

EL MECANISMO DE "SEGUNDA OPORTUNIDAD" PARA CONSUMIDORES INSOLVENTES EN EL RDL 1/2015: REALIDAD Y MITO

Angel Carrasco

Catedrático de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este documento analiza y critica las modificaciones referentes al concurso de las personas físicas introducidas en la ley concursal por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Palabras clave: segunda oportunidad, ley concursal, concurso del deudor persona física, acuerdo extrajudicial de pagos, consumidor insolvente, beneficio de remisión del pasivo insatisfecho por personas físicas, mediador concursal, Registro Público Concursal.

Title: "Second opportunity" system for insolvent consumers in RDL 1/2015: Reality and myth

Abstract: this paper aims to analyse and criticise the last amendment regarding the arrangement with creditors natural persons introduced in the Insolvency Law by Royal Decree 1/2015, of 27th February, on second opportunity, reduced financial burden and other measures for the social order.

Keywords: second opportunity, Insolvency Law, arrangement with debtor natural person, out of court dispute settlement procedure, insolvent consumers, referral of dissatisfied liabilities, Insolvency mediator, Public Insolvency Register.

Sumario. 1. Nuevamente perdiendo el tiempo. 2. El sistema nuevo. 3. Especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios.

1. Nuevamente perdiendo el tiempo

El objetivo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social¹ (enésima incursión del ministro Guindos en terreno concursal mediante real decreto ley de fin de semana) es, según pomposamente declara la Exposición de Motivos, permitir que una persona física (empresario autónomo o consumidor final), a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de “encarrilar” (sic) nuevamente su vida “e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer”. A esta finalidad responde la primera parte del real decreto ley, por el cual se regulan diversos mecanismos de mejora del acuerdo extrajudicial de pagos introducido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal² por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización³, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular la aplicación del artículo 1911 del Código civil.

En mi opinión, empero, todo el sistema es una conjunción de error de previsión legislativa y de sarcasmo político. Porque parece ser que el “encarrilamiento” nuevo no reza con las deudas públicas (fiscales y de Seguridad Social), que siguen gravando sobre el deudor persona física, y que no se perdonan ni antes [cfr. nuevos arts. 231.5 II y 235.2 a) II] ni después de abierto y cerrado el concurso (cfr. art. 178 bis 3 4º y 5 1º) y que toda la demagogia del legislador se reduce a “predicar y no dar trigo”, cargando sobre las espaldas de otros el coste de la “segunda oportunidad” (incluso el estribillo suena a ridículo).

Que el sistema es un error se prueba por los costes terciarios que se crean para llegar a una “remisión del pasivo insatisfecho”. Hay que iniciar y consumir todo el camino concursal – por breve que éste pueda ser si se encauza por el art. 176 bis LC-, que está gravado con altos costes, a los que, acaso, han precedido los costes de gestión y “mediación” del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Todos estos costes son deudas de la masa, que tendrá que pagar el insolvente persona física, al que se le imponen acaso como “costes para la remisión” unas cargas casi seguro superiores al montante de sus créditos preconcursales. Cargas que, además, no producen eficiencia en el sistema, sino el simple paso de dinero de un bolsillo a otro. Además, el sistema pasa – luego lo veremos- porque de hecho las hipotecas hay que pagarlas siempre, y, lo que es peor, que hay que ejecutarlas también, a coste del deudor, en lugar de limitarse el juez a imponer una dación en pago como medida final del proceso. Total, que si quitamos esto y aquello, lo que se acaba perdonando es la pensión compensatoria atrasada del pobre ex cónyuge y el saldo deficitario de las tarjetas de crédito. Quizá también la deuda arrendaticia atrasada y debida. Y al final estos acreedores tampoco van a “olvidar” ni dejar que el deudor empiece “de rositas” una nueva vida sin deuda. El arrendador habrá resuelto el contrato antes de que se llegue a la fase del art. 178 bis y el emisor de la tarjeta sabe ya a quién no ha de darle crédito futuro. Total, que la vida de hombre nuevo

¹ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015.

² BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

³ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

empieza después de haber pagado la deuda hipotecaria, teniendo por pagar las deudas fiscales y de Seguridad Social, más las deudas de la masa – básicamente todas aquellas desde que puso en marcha el fallido sistema de acuerdo extrajudicial de pagos o solicitó el concurso- y con una imposibilidad absoluta de acceder al crédito nuevo. Para tocar palmas. Es claro que para este viaje sobran todas las alforjas. Mucho más barato individual y socialmente – bien es verdad que menos vendible ahora que toca jugarse el puesto en las próximas lides electorales- hubiera sido recordar que existe un sistema de inembargabilidad por deudas. Y si el que ahora existe en la LEC no gusta, que se hubiera cambiado. Ahí acaba la cosa, porque tampoco el invento del 28 de febrero va más allá de un disfrazado sistema ordinario de inembargabilidad.

2. El sistema nuevo

En su versión anterior al Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, el art. 178.2 LCon establecía que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable (...) y que se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.

El real decreto ley comentado da una nueva redacción al precepto y establece ahora que, fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por personas físicas se regula ahora en el **nuevo art. 178 bis LCon**. Los detalles más singulares de esta regulación son los siguientes.

- 1) No existe ya una declaración necesaria de remisión sujeta a las condiciones materiales del art 178.2 antiguo, sino que su concesión *parece* potestativa del juez del concurso y ha de ser solicitada por el concursado. Pero sigue exigiéndose que haya existido – y se haya cancelado- concurso del deudor. Es decir, la remisión de deudas no puede obtenerse en ningún otro procedimiento administrativo ni tampoco en el acuerdo extrajudicial de pagos se puede prever que el incumplimiento del mismo pueda conducir a la remisión del pasivo impagado o que se pueda imponer la remisión de

deudas que no estaban sujetas al acuerdo extrajudicial. Tampoco puede el acuerdo extrajudicial imponer una "remisión de pasivo insatisfecho" más allá de las quitas que sí puede ser contenido de dicho acuerdo conforme al nuevo art. 236 LCon.

Comentario. Es dudoso si la expresión "podrá obtener" contiene un elemento de libre valoración del juez, aún cumplidas las condiciones materiales del apartado 3 ("buena fe"), o la "posibilidad" no es más que un elemento descriptivo del tipo, indicativo de que la remisión se obtendrá si se cumplen las condiciones objetivas materiales. A juzgar por lo dispuesto en el apartado 4 del art. 178 bis, el juez no dispone de discrecionalidad para conceder o no la remisión. Con todo, es más dudoso que la "solución final" de remisión casi incondicional del apartado 8, párrafo II, no esté sujeta a la valoración judicial ("atendiendo las circunstancias del caso").

- 2) Ahora no basta con que el concurso no haya sido declarado culpable, sino que se exige que el deudor sea de buena fe. El concepto de buena fe no es *valorativo*, sino *normativo*, pues la buena fe se declarará cuando y solo si se han cumplido las condiciones materiales del apartado 3 del precepto o que, no habiéndose cumplido la nº 4º, se cumplan las condiciones de segundo nivel establecidas en el nº 5º del apartado 3.
- 3) Las condiciones materiales para que se determine la buena fe en el primer nivel son que el concurso no haya sido declarado culpable, que no se haya condenado el deudor en los términos del apartado 3 nº 2º, que haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos y que hayan 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, el 25% de los créditos ordinarios.

Comentario1. Con todo, sigue siendo preciso que el deudor haya iniciado y recorrido todo el proceso concursal, hasta su cancelación. Lo que es absurdo, porque supone que, a pesar del final "feliz" esperado, el deudor persona física tiene los recursos suficientes para financiar como deudas de la masa el seguimiento de un concurso. Esto es así aunque, paliativamente, el concurso se abra y se cierre *in continenti* por insuficiencia contrastada de masa.

Comentario2. Con independencia de que el deudor pueda pasar luego al "segundo nivel", donde las restricciones del apartado 3.4º no se aplican, lo cierto es que la cuestión sigue estando donde estaba antes de la reforma. Los únicos créditos que realmente importan para el empresario persona física son los garantizados y los públicos (ambos "irredimibles") y para la persona física consumidora el crédito hipotecario, irredimible. El resto de los créditos que puedan subsistir han de tener poca importancia, y de facto se "remiten por sí solos", porque los acreedores de esta clase tampoco tendrán los incentivos necesarios para seguir persiguiendo al deudor. Respecto de

los créditos alimenticios, los de futuros son "irredimibles" y los de pasado en ningún caso se pagarían ya de facto, con o sin remisión.

Comentario3. *La norma reza "satisfacer los créditos concursales privilegiados". Pero como resulta del apartado 5. 2º, y en general del art. 94, sólo será preciso que se hayan satisfecho los créditos con garantía real hasta el límite del crédito cubierto por el valor de la garantía. El remanente no cubierto es crédito ordinario.*

- 4) Si el deudor no cumple la condición 4º del primer nivel (haber pagado los créditos a los que nos hemos referido), todavía puede cumplir las condiciones más laxas del segundo nivel. Obsérvese que aquí la satisfacción de determinadas deudas no será ya un presupuesto de la remisión, sino una consecuencia de la misma. Además, no se trata necesariamente de condiciones suspensivas de cumplimiento previo. Por eso, si el deudor "acepta someterse al plan de pagos" de que luego se habla, su cumplimiento no puede controlarse en la admisión a trámite de la solicitud de remisión, como pretende el apartado 3.

Comentario. *Es absurdo que tanto las condiciones de primer nivel como las de segundo nivel se sigan caracterizando como determinaciones necesarias de la "buena fe". Es un error introducir la condición de "buena fe" si luego va a ser totalmente normativizada por medio de elementos fácticos y estándares de conducta que nada tienen que ver en verdad con la "buena fe". Bastaría haber dicho que la remisión está sujeta al cumplimiento de las condiciones siguientes.*

- 5) El deudor puede someterse "alternativamente" a las condiciones del segundo nivel aunque no haya pagado los créditos a que se refiere el nº 4º del apartado 3. Estas condiciones son: que acepte someterse al plan de pagos que luego se dirá, que no haya incumplido las obligaciones de colaboración del art. 42 LCo, que no haya obtenido este "beneficio" dentro de los diez últimos años, que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad (*¿cómo podrá determinarse tal cosa en la fase de admisión de la petición de remisión?*), que acepte de forma expresa (¿) en la solicitud de remisión que la obtención del beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

Comentario. *La pomposa y ridícula justificación que se da en la Exposición de Motivos del RDL sobre esta "segunda oportunidad" – "encarrilar" de nuevo su vida como un hombre nuevo- revela el extremo sinsentido que tienen todas las propuestas de "segunda oportunidad" para las personas físicas. Con toda seguridad, para poder "encarrilar" su vida de nuevo, el deudor necesitará crédito nuevo, y nadie se lo dará, por mucho que se instaure la ficción de que es un "hombre nuevo" (como rezaba el verso de TRIANA, "florecer como un hombre nuevo sin miedo a la tragedia por*

venir”). Ya ni siquiera hará falta acudir a los registros de morosos. En el propio Registro Público Concursal se hallará la huella del pasado. No hay aquí “derecho al olvido”. Y, aunque lo hubiera, ningún acreedor olvida.

- 6) Si la administración concursal y los acreedores personados no se oponen a la solicitud, el juez declarará la remisión con efectos provisionales y la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación. Los acreedores y la administración concursal sólo podrán oponerse a la solicitud por incumplimiento de requisitos del apartado 3.
- 7) El beneficio de la exoneración, sin o después de vencida la oposición en incidente concursal, se extenderá a la parte insatisfecha de todos los créditos ordinarios y subordinados, con salvedad de los públicos (*iincluso carentes de privilegio general!*) y los de alimentos (pero no de las *pensiones compensatorias por divorcio* que resten impagadas). En los créditos dotados de garantía quedará extinguida “la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía”.

Comentario1. *Es decir, y era esto de lo que se trataba en caso de consumidores, los créditos cubiertos con una garantía hipotecaria no quedan remitidos ni siquiera en este segundo nivel, salvo en la parte en que el crédito excede del valor de mercado del activo gravado. Pero no quedan remitidos porque la norma presupone que las garantías ya han sido ejecutadas, al menos en la fase de liquidación. Es decir, como, según lo dicho, el deudor tiene que recorrer todo el procedimiento concursal, la deuda hipotecaria no es un remanente sobre el que pueda extenderse la remisión, porque de hecho tiene que estar pagada antes de la remisión.*

Comentario2. *Es curioso cómo los créditos por alimentos “no se salvan” en la purga del nivel uno y sin embargo se salvan en la purga del nivel segundo (i).*

Comentario3. *El supuesto de hecho de que parte el apartado 5 nº 2º (créditos con privilegio especial) exige que haya una “parte que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía”. Básicamente, el remanente a que se refiere el art. 671 LEC después de producida la adjudicación de la finca por el 50/60% del valor de tasación. Pero creo que es muy improbable que el supuesto de la norma tenga lugar. Lo más seguro es que este concurso ha sido inmediatamente cerrado por insuficiencia de masa (art. 176 bis LCon), es decir, que la hipoteca o garantía en cuestión no habrá tenido tiempo de ser todavía ejecutada. ¿Cómo se determina el supuesto de la norma? Porque ni en este concurso “express” ni en el, eventual, acuerdo extrajudicial de pagos fallido se habrá determinado el “valor de las garantías” a efectos del art. 94.5 LCon. Precisamente para evitar este impasse en por lo que el nuevo art. 176 bis apartado 4 establece que en estos casos la AC deberá liquidar los bienes existentes.*

Comentario4. Pero una vez más el efecto y proceso que acabamos de describir introduce dilaciones y costes innecesarios de ejecución. Hubiera sido más fácil que en el auto de conclusión "expres" el juez impusiera directamente la dación en pago de los bienes, pues el resultado iba a ser el mismo.

Comentario5. Repárese que las deudas de la masa – básicamente, las generadas desde la solicitud de nombramiento de mediador para el acuerdo judicial de pagos o desde la solicitud de concurso- tienen que pagarse, incluso en este segundo nivel, y no se exoneran.

- 8) La exoneración alcanza al patrimonio matrimonial común, pero no a los fiadores – salvo si a su vez éstos han obtenido el privilegio de exoneración, por ejemplo, en un concurso acumulado.
- 9) Las deudas no exoneradas deberán pagarse, sin intereses nuevos, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un plazo de vencimiento posterior. El deudor deberá presentar en 10 días una propuesta de pago, *salvo en las deudas de Derecho público, que se tramitarán por su normativa específica*, es decir, que no corresponde al juez del concurso aprobar con o sin modificaciones la propuesta de pago. Aunque no se dice por la norma, se supone que se dará audiencia a los acreedores afectados.
- 10) Los acreedores concursales (todos, no sólo aquellos no afectados por la remisión) podrá solicitar del juez la revocación del beneficio cuando durante los cinco años siguientes a su concesión, el deudor incurriese en alguna de las circunstancias que conforme al apartado 3 hubieran impedido la concesión del beneficio o incumpliese el plan de pagos o "mejorase sustancialmente" de fortuna de manera que pudiera pagar "todas las deudas pendientes sin detrimento de su deberes alimenticios" o se constatase la existencia de ingresos o bienes ocultados.

Comentario1. No deja de ser curioso que un acreedor afectado por la exoneración pueda pedir la revocación de este beneficio si el deudor incumple la obligación de pago de una deuda que no está exonerada. ¿Cuál es el interés legítimo para tal pretensión?

- 11) Transcurrido el plazo de cinco años sin que se haya revocado el beneficio, el juez dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.
- 12) Queda un "tercer nivel", una especie de solución final salvadora. El cumplimiento íntegro del plan de pagos puede excusarse si el deudor hubiese, durante los cinco años, destinado a su cumplimiento al menos la mitad de sus ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la condición de inembargables.

Comentario1. La experiencia en la aplicación de parecidas normas en Derecho comparado prueba que de facto la remisión se convierte automáticamente en definitiva, porque los acreedores afectados – que son los remitidos y los no remitidos- no tienen incentivos suficientes para vigilar a un deudor de esta clase.

Comentario2. La norma es lo bastante confusa para poner en duda si esta exoneración final alcanzará a los créditos públicos que hayan quedado todavía impagados. Porque si la "tramitación de solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento" se rige por la normativa fiscal específica, es muy probable que ésta no esté coordinada con el régimen de los cinco años precisos para obtener la remisión final.

3. Especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios

El real decreto ley introduce un nuevo art. 242 bis en la ley concursal, es un procedimiento de acuerdo extrajudicial diseñado para consumidores. Su contenido es el siguiente:

La solicitud deberá presentarse ante el notario del domicilio del deudor. El notario, una vez constatada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos deberá, de oficio, comunicar la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso.

El notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, salvo que designase, si lo estimase conveniente, un mediador concursal. El nombramiento del mediador concursal deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud del deudor, debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días. Las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 (referido al nombramiento del mediador concursal) no devengarán retribución arancelaria alguna.

El plazo para la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos y realizar la convocatoria de la reunión entre deudor y acreedores será de quince días desde la notificación al notario de la solicitud o de diez días desde la aceptación del cargo por el mediador, si se hubiese designado mediador. La reunión deberá celebrarse en un plazo de treinta días desde su convocatoria.

La propuesta de acuerdo se remitirá con una antelación mínima de quince días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, pudiendo los acreedores remitir propuestas alternativas o de modificación dentro de los diez días naturales posteriores a la recepción de aquél. La propuesta de acuerdo únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a), b) y c) del artículo 236.1.

El plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 será de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado

salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso.

Si al término del plazo de dos meses el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones. El concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación.

Reglamentariamente se determinará régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan en los acuerdos extrajudiciales de pagos de las personas naturales no empresarios. Su retribución será la prevista para los mediadores concursales.

Debe tenerse en consideración que con la reforma operada por el RDL, el acuerdo extrajudicial de pagos puede extenderse a los acreedores con garantía real, aunque no hayan consentido (art. 238 bis 3) Pero se exige para ello que una mayoría del 65 o 80% de esta clase de acreedores vote en favor del acuerdo. Lo que constituye un imposible, porque en la insolvencia del deudor consumidor es lo más probable que sólo exista un acreedor con garantía real, por lo que no podrá formarse en su contra una mayoría dentro de la misma clase.