

GABINETE DE CRISIS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

(18 de junio de 2020)

Propuestas sobre el mecanismo de segunda oportunidad

La Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (Fide), es un proyecto colectivo nacido en el seno de la sociedad civil con una vocación claramente definida: ser un lugar de encuentro para las empresas, la administración pública y los profesionales independientes.

Desde Fide, se han puesto en marcha desde el inicio de la crisis del COVID-19, una serie de grupos de trabajo dirigidos a analizar desde distintas perspectivas, las consecuencias presentes y futuras, tanto jurídicas, como económicas y sociales, que inevitablemente acompañarán a la crisis sanitaria provocada por la pandemia.

FIDE considera indispensable el papel protagonista que debe asumir la sociedad civil en la toma de decisiones, y más aún, en una situación tan excepcional como la que acontece en estos instantes.

Con este objetivo, se puso en marcha el Gabinete de crisis en materia civil y mercantil, que tras una primera propuesta consistente en la positivización de la cláusula “*Rebus Sic Stantibus*”, pone a disposición de los interesados una segunda reflexión, dirigida a potenciar y agilizar el mecanismo de segunda oportunidad en España.

CONTEXTO HISTÓRICO DEL MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

El mecanismo de Segunda Oportunidad se introdujo por primera vez en España por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, sin embargo, el ámbito subjetivo venía restringido a las personas naturales empresarias, de modo que hasta la aprobación 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, no se introdujo lo que en su propia exposición de motivos se define como un **mecanismo efectivo de segunda oportunidad, que incluya, no solo a las personas naturales empresarias, sino también a las no empresarias.**

Transcurridos cinco años desde entonces, a pesar del gran número de personas en situación de insolvencia crónica como consecuencia de los devastadores efectos de la crisis inmobiliaria y bancaria iniciada a finales de 2007, la aplicación del mecanismo de segunda oportunidad ha sido muy discreta, siendo **escasos los procedimientos iniciados para alcanzar el fin exonerativo en comparación con otros países de nuestro entorno.**

Las razones de dicho fracaso son de muy distinta naturaleza, entre otras, sin ánimo de exhaustividad por exceder del marco introductorio, pueden señalarse las siguientes:

- a) **El periodo de tiempo que toda nueva norma requiere** hasta lograr su generalizada aplicación, lapso temporal preciso para que los ciudadanos y los profesionales se familiaricen con ella y las soluciones o mecanismos que ofrece, especialmente, en el caso de normas que suponen una ruptura con el sistema anterior, tal y como sucede en este caso, al tratarse de una regulación que incide en el tradicional principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil.
- b) **El estigma social del fracaso**, a diferencia de otras culturas en donde el fracaso se asocia positivamente con la iniciativa, con el emprendimiento, a pesar de que, como se afirma en el considerando 72 de la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, “se ha comprobado que los empresarios que deviene insolventes tienen más posibilidades de éxito la vez siguiente”.
- c) **El déficit de información y conocimiento**, tanto de la ciudadanía como de los operadores jurídicos no especializados en derecho concursal.
- d) **La complejidad de la regulación sustantiva y procesal** al asociarse al mecanismo de segunda oportunidad al proceso concursal y el coste y lentitud de dicho proceso.
- e) El mecanismo de la segunda oportunidad **no es válido ni beneficioso en todas las situaciones de sobreendeudamiento**, pues en aquellos casos en los que éste viene determinado por un sobreendeudamiento hipotecario la solución más adecuada quizá debe buscarse en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- f) **La exigencia de liquidación del patrimonio** y, en particular, de la vivienda familiar.
- g) Finalmente, **la sobreprotección del crédito público** que constituye, en especial, en el caso de los autónomos una barrera insuperable para alcanzar el beneficio exonerativo.

CONTEXTO ECONÓMICO ACTUAL

La pandemia de la COVID-19 y las medidas de contención de su propagación, entre otras, la limitación de circulación de personas y vehículos de motor, el cierre de fronteras, las medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación, en la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas y otras adicionales, así como la suspensión de apertura al público de establecimientos de

alojamiento turístico, han producido una paralización de la práctica totalidad de la actividad económica y con ella la extinción de miles de contratos de trabajo y la aprobación de innumerables expedientes de regulación de empleo, temporales y no temporales, lo que ha redundado en una reducción significativa de los ingresos de un **importante número de ciudadanos que se verán abocados en muchos casos a una situación irreversible de insolvencia.**

Junto a ellos, muchos de los empresarios autónomos no van a poder superar la drástica reducción de ingresos sufrida durante la vigencia del estado de alarma y se verán obligados a cesar en su actividad empresarial y cerrar definitivamente sus negocios.

El 8 de junio de 2020 el Banco de España publicó en su página web **las proyecciones macroeconómicas de la economía española para el período 2020-2022**, distinguiendo, por un lado, un escenario de recuperación temprana en el que el PIB español caería un 9% este año, y repuntaría un 7,7% y un 2,4%, respectivamente, en 2021 y 2022 y, por otro lado, un escenario de recuperación gradual, de reactivación económica más lenta, en el que el PIB retrocedería un 11,6% en 2020 y crecería un 9,1% y un 2,1% en cada uno de los dos años siguientes.

Por su parte, la tasa de paro presentaría un aumento muy significativo en 2020 (hasta el 18,1% de la población activa, en el escenario de recuperación temprana, y hasta el 19,6%, en el de recuperación gradual).

Asimismo, todos los componentes de la demanda, con la excepción del consumo y la inversión públicos, presentarían contracciones sustanciales en 2020 (https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/relac/Boletin_Economic/Informes_de_proy/).

De esa situación tan excepcional y perturbadora sólo cabe esperar, pues, que en los próximos meses se produzca un alud de insolvencias tanto de empresas como de personas físicas y familias.

Muestra de ello son las previsiones del Ministro de Justicia que, en su comparecencia ante el Senado del 21 de mayo de 2020, afirmó que se espera un incremento del número de concursos de acreedores del 246% en 2020 y del 619% en 2021, pasando el número de estos procesos de apenas 7.000 en 2019 a rondar los 50.000 en el año 2021.

El incremento diferido tiene su razón de ser en el artículo 11 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia.

Ante esta perspectiva, si la mejora del sistema de segunda oportunidad en España era una necesidad sentida entre los especialistas en la materia, **las terribles perspectivas económicas hacen inaplazable y urgente su reforma.**

Un mecanismo de segunda oportunidad ágil, sencillo y que aborde las dificultades del colectivo de los trabajadores autónomos se erige como la clave para gestionar adecuadamente la insolvencia y conseguir el **inmediato regreso al emprendimiento de cientos de miles de empresarios autónomos** que constituyen en España uno de los motores esenciales de su economía.

En este contexto, **se ha producido la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, "T.R.L.C") que, a nuestro juicio, yendo más allá del marco permitido por el artículo 82.5 de la Constitución Española, ha dificultado considerablemente la efectiva consecución de una segunda oportunidad al disminuir el ámbito objetivo de la exoneración mediante el reforzamiento del estatus del crédito público**, haciendo recaer en los acreedores privados el peso de la recuperación de los empresarios y ciudadanos víctimas de la adversidad económica.

Las esperanzas residen, pues, en la **necesaria reforma que se debe realizar para la transposición de la Directiva UE 2019/1023 de 20 de junio de 2019** sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (en adelante, "Directiva UE 2019/1023").

Por ello, parece conveniente incitar la reflexión y debate mediante la formulación de una serie **de propuestas que definan las líneas maestras de un eficaz y ágil sistema de segunda oportunidad** e indiquen los puntos críticos que, a nuestro juicio y con espíritu constructivo, deberían ser tenidos en cuenta en ese proceso de reforma.

OBJETIVO PRINCIPAL

Cambio de paradigma. Cargas y derechos del deudor, desjudicialización del procedimiento sin merma de garantías, potenciación de la función del mediador.

Una segunda oportunidad tardía, puede no ser útil cuando aparece el desánimo, la búsqueda de alternativas en la economía sumergida o la acomodación a la situación de insolvencia, además, la difícil situación que debe afrontar el insolvente no se compadece con una respuesta judicial tardía, por ello, se debe agilizar al máximo la respuesta, mediante la inmediatez que proporcionan las nuevas tecnologías, anticipando el beneficio exonerativo al lento proceso liquidatorio y limitando la intervención judicial a aquellos actos que no puedan realizarse por terceros sin merma de garantías.

Si consideramos que el deudor puede y debe adoptar todas las medidas necesarias para aliviar su situación de insolvencia en consonancia con dar la mejor y más equilibrada respuesta a sus acreedores debemos diseñar un procedimiento que así lo permita.

Por tanto, aquel deudor que quiera obtener un procedimiento rápido, sometido al control máximo del mediador concursal, debe proporcionar la totalidad de la documentación necesaria para que este pueda realizar un análisis detallado de la situación, convocar cuantas reuniones con los acreedores sean precisas para confirmar la integridad de la información y la realidad de las causas alegadas y de las posibilidades resarcitorias de la deuda.

En estos supuestos, el mediador tendrá la capacidad legalmente reconocida para fijar las condiciones en que se atenderán los créditos, se liquidará el patrimonio, etc. y su decisión tendrá carácter ejecutivo. Sometida al recurso de aquellos acreedores que muestren disconformidad.

El procedimiento inicial será a cargo del deudor y el recurso y eventual procedimiento judicial a costa del recurrente, salvo que finalmente se determine judicialmente que dicho recurso estaba justificado.

PROPUESTAS

Tras el debate sobre la regulación actual, sus fases, trámites, requisitos, etc. hemos valorado la conveniencia de tratar los aspectos más relevantes y proponer diferentes cuestiones para el análisis y su reforma que son:

Propuestas:

- 1. Automatización del nombramiento de mediador concursal;**
- 2. Potenciación de las funciones del mediador concursal, limitando la intervención judicial a los supuestos de discrepancia;**
- 3. Modificar requisitos de acceso y algunas mejoras procedimentales;**
- 4. Desvincular la segunda oportunidad del proceso concursal cuando no exista patrimonio liquidable;**
- 5. Liquidación extrajudicial;**
- 6. Inexistencia de pluralidad de acreedores;**
- 7. Atribución de la competencia objetiva a juzgados especializados;**
- 8. Exclusión de la vivienda habitual de la liquidación;**
- 9. El crédito público como crédito exonerable;**
- 10. El plan de pagos, su duración, los criterios para fijar su contenido y si debe ser imperativo tras la liquidación del patrimonio del deudor;**
- 11. Exoneración a los fiadores o deudores solidarios con relación de parentesco; y**
- 12. Reforzar la publicidad y efectividad de la resolución concediendo el BEPI.**

ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS FORMULADAS.

- 1. PROPUESTA: AUTOMATIZACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE MEDIADOR CONCURSAL**

En los últimos años se ha venido realizando un importante esfuerzo para el desarrollo de la administración electrónica, reconociendo el derecho del ciudadano a relacionarse de forma electrónica con la Administración Pública, lo que se llevará a cabo mediante las llamadas sedes electrónicas, disponibles para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones y cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a una o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias. (véanse, entre otros, el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 38 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

La implantación y el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación es uno de los grandes retos que también asumió la Administración de Justicia en los comienzos del siglo veintiuno.

Los objetivos de una Justicia transparente, ágil, eficaz y moderna sólo se pueden lograr a través de la incorporación y utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación a la Administración de Justicia.

Recientemente, el 8 de junio de 2020, el Ministerio de Justicia ha iniciado un trámite de consulta pública previa sobre la reforma de medidas procesales y tecnológicas y de implantación de medios adecuados de solución de controversias, entre cuyos fines se establece la implementación medidas para la transformación digital del servicio público de Justicia, avanzando, como ya sucede en otras administraciones, en la posibilidad de llevar a cabo actuaciones judiciales evitando en la medida de lo posible el desplazamiento de los ciudadanos y profesionales, así como la concentración de personas en las oficinas judiciales (<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>).

Pues bien, la primera propuesta va encaminada a la automatización del procedimiento de nombramiento de mediador concursal, tramitándose la solicitud electrónicamente.

De esta manera, el ciudadano, accediendo a la sede electrónica del Ministerio de Justicia, podría presentar la solicitud, cumplimentando un formulario electrónico al que adjuntaría los documentos requeridos y, una vez enviada y validada la solicitud, recibiría por correo electrónico el recibo de su petición y la designación de un mediador concursal, con indicación de su correo electrónico y datos de contacto, todo ello, en escasos minutos, sin coste alguno, desde su propio domicilio o, en su caso, desde la oficina de su asesor.

2. PROPUESTA: POTENCIACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL MEDIADOR CONCURSAL, LIMITANDO LA INTERVENCIÓN JUDICIAL A LOS SUPUESTOS DE DISCREPANCIA.

La tramitación de la fase extrajudicial podría ser íntegramente telemática. No se trataría sólo de que el nombramiento de los mediadores se hiciese de forma automática, sino de que la mediación realice por medios telemáticos y sin reuniones o gestiones presenciales, salvo que el mediador lo considere imprescindible o algún acreedor así lo solicite (por ejemplo, para la visita a instalaciones fabriles, la constatación directa del estado de bienes que deban ulteriormente

venderse, la adopción de medidas de aseguramiento, depósito o custodia de bienes muebles o inmuebles, etcétera).

La L.C ya apunta en esta dirección (al establecer que ordinariamente las comunicaciones entre el mediador y los acreedores sean por correo-e si el deudor facilita las direcciones), la Ley de Mediación propugna el uso de medios y la celebración de reuniones telemáticas, y el RDL 16/2020 no ha podido sino incidir en este punto en sus medidas de agilización (entre otros, art. 19 y DF 1ª). La Directiva 2019/1023 también propugna en su artículo 28 la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

Se trata también de **dar a la labor de los mediadores y a la fase extrajudicial de A.E.P una relevancia y efectos mucho más amplios que los actuales.**

Los mediadores concursales deberían ocuparse de la práctica totalidad de lo que en un concurso ordinario son las secciones primera (en lo que hace a comprobación de la corrección y exhaustividad de la documentación y datos presentados por el deudor sobre la base de la cual se gestionará la insolvencia), tercera y cuarta (inventario de bienes y derechos, y reconocimiento, calificación y cuantificación de créditos), y quinta (fase de convenio, que es el intento de acuerdo).

Para el desarrollo cabal de las funciones de elaboración de la lista de bienes y derechos y el reconocimiento, calificación y cuantificación de pasivos podría ser en cualquier caso recomendable que se confiriese a los mediadores la facultad de poder realizar indagaciones telemáticas de bienes y deudas.

Podría ocuparse, en caso de ausencia de acuerdo, de la liquidación del patrimonio del deudor y su distribución entre los acreedores conforme a las reglas legales (con lo cual se ocuparía de la totalidad de la sección quinta). **La intervención judicial tendría lugar a instancia de cualquiera de los acreedores o interesados en caso de disconformidad con las decisiones y actos del mediador concursal. Esta intervención judicial estaría sujeta al régimen general de condena en costas y debería valorarse el efecto suspensivo de la impugnación.**

3. PROPUESTA: MODIFICAR REQUISITOS DE ACCESO Y ALGUNAS MEJORAS PROCEDIMENTALES.

3.1. Se propone eliminar el límite de 5 millones de € del art. 178 bis 3. 3º L.C y 632 T.R.L.C para acceso al A.E.P.

La insolvencia de personas físicas empresarias puede venir provocada no por la asunción de riesgos personales derivados de lujos o gastos suntuarios, sino de la exigencia de las entidades financieras de avalar personalmente las operaciones de sus sociedades.

Si bien inicialmente se consideró que ese límite vetaba la posibilidad de acceso al A.E.P pero no al BEPI (pues se consideraba que aun así éste podría obtenerse después de tramitarse un concurso ordinario), la interpretación más extendida del art. 178 bis 3.3º L.C considera que la superación de los 5 millones de euros y por tanto la imposibilidad legal de tramitar en esos casos A.E.P impide también el acceso a la posibilidad de

exoneración de pasivos y por tanto el acceso a la segunda oportunidad que la UE propugna.

- 3.2. Se propone que **el plazo durante el que se impide el acceso a A.E.P y BEPI se reduzca, y que asimismo se compute no desde la firmeza de la sentencia sino desde la comisión del delito** (suspendiéndose la concesión del BEPI hasta la resolución judicial firme, como ya prevén el art. 178 bis 3.2º L.C y el 487.2.2 T.R.L.C., en caso de que sea necesario).

El establecimiento de un plazo de diez años desde la firmeza de la sentencia condenatoria hace no sólo que el plazo pueda resultar amplísimo (piénsese en instrucciones que se extienden años y luego juicios y recursos que pueden hacer que la sentencia se dicte cinco o siete años después de cometido el delito) sino que el inicio del cómputo dependa de una circunstancia ajena a la buena fe o la diligencia del deudor que quiere reinsertarse y volver a empezar.

- 3.3. Parece también recomendable **eliminar la distinción entre persona natural empresaria y no empresaria** a los efectos de determinar la autoridad competente para conocer de las diversas fases del mecanismo de la segunda oportunidad.

- 3.4. Proponemos igualmente **que se establezca expresamente la posibilidad de tramitación acumulada de las solicitudes de AEP para los mismo supuestos que la ley concursal prevé la acumulación de concursos.**

- 3.5. En cuanto a la medida de agilización procesal introducida por el art. 17 del RD-L 16/2020, consistente en que “durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido **dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo**”, parece más que conveniente que dicha medida temporal se consolide y quede incorporada establemente al mecanismo de segunda oportunidad.

Es cierto que el problema de la renuncia de los mediadores a asumir la llevanza de A.E.P, que pueden encadenarse especialmente en casos en los que el pasivo del insolvente es pequeño y por tanto los honorarios de la mediación serán irrisorios, se resolvería o atemperaría si se abordase una reforma del sistema de retribución de los mediadores que les garantizase unos ingresos mínimos por expediente. Pero independientemente de eso, no es razonable que el deudor de buena fe, que inicia diligentemente el expediente y busca acceder a la exoneración a la que la ley le da derecho si cumple los requisitos, pueda encontrarse de este modo y sin culpa por su parte privado de acceso al BEPI, o como mínimo viendo que encalla y se alarga indebida e incontroladamente su procedimiento.

- 3.6. Por último, proponemos **que los efectos de la iniciación del expediente y de la declaración de concurso** (señaladamente la suspensión de la exigibilidad de los créditos y del devengo de los intereses, la suspensión de actuaciones ejecutivas y apremios administrativos, etcétera) **se produzcan desde el momento en que se solicita el nombramiento de mediador**, y no desde que éste acepta o desde que se declara el concurso consecutivo.

De nuevo es una cuestión de proteger al deudor que de buena fe solicita el inicio del A.E.P frente a circunstancias que no dependen de él (las renunciadas quizá encadenadas de mediadores, la ralentización del procedimiento de mediación, la tardanza en solicitarse por el mediador o declararse por el juzgado el concurso consecutivo...).

Parece más conveniente, y no sólo para el deudor sino también para la salvaguarda de la par conditio creditorum, que la congelación y sujeción al procedimiento universal de gestión de la insolvencia de todos los activos y pasivos del deudor mediado, se produzcan desde un momento lo más temprano posible y que además no dependa de circunstancias ajenas a la diligencia del deudor.

4. PROPUESTA: DESVINCULAR LA SEGUNDA OPORTUNIDAD DEL PROCESO CONCURSAL CUANDO NO EXISTA PATRIMONIO LIQUIDABLE.

No parece tener mucho sentido que el deudor insolvente que pretende obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, tras el intento fracasado de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, **tenga que sujetarse a un proceso concursal consecutivo** cuya finalidad, especialmente en el caso de las personas naturales no empresarias, es la liquidación, en aquellos casos, muy frecuentes, en los que carece de patrimonio embargable o este es insignificante en relación con el pasivo.

Es por ello por lo que se propone que, en los supuestos en los que el deudor insolvente carezca de patrimonio o masa activa liquidable o cuando este carezca de significancia y no esté integrado por bienes inmuebles, pueda el mediador concursal, tras la finalización del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, solicitar la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez que fuera competente para conocer de su declaración de concurso.

5. PROPUESTA: LIQUIDACIÓN EXTRAJUDICIAL.

En la línea de lo anteriormente expuesto, en relación con la potenciación de la figura del mediador y la desjudicialización del procedimiento, **se propone que la función de liquidación de los activos del deudor se atribuya al mediador concursal en el seno o una vez finalizado el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos** y por supuesto la ulterior distribución del líquido resultante a los acreedores, en función de la naturaleza de sus créditos, sin necesidad de la tramitación del concurso consecutivo.

6. PROPUESTA: LA INEXIGENCIA DE PLURALIDAD DE ACREEDORES.

Existe una amplia mayoría doctrinal y jurisprudencial que predica la pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso, pues se entiende que la razón de ser y la finalidad del procedimiento concursal la presuponen e imponen.

Sin querer entrar a debatir la cuestión, lo cierto es que, desde la incorporación de la segunda oportunidad a nuestro ordenamiento jurídico, en tanto la obtención del beneficio exonerativo exija la tramitación previa de un proceso concursal, dicho criterio debe revisarse, al menos cuando nos encontramos ante un concurso consecutivo de persona natural, so pena de excluir de la segunda oportunidad a aquellos deudores con un solo acreedor, pero cuya deuda sea suficientemente elevada para sumirle en la insolvencia.

Basta remontarnos a los años de la crisis inmobiliaria y bancaria cuando eran muy frecuentes los casos en que la única deuda, pero cuantiosa, era la derivada de una ejecución hipotecaria, ya finalizada, en la que el producto de la subasta no fue suficiente para satisfacerla, prosiguiéndose la ejecución por la vía del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También fueron numerosos los supuestos de personas cuya insolvencia tenía origen en la ejecución de un aval o fianza cuantiosa derivada de una actividad empresarial de un tercero. En ambos casos nos encontramos con personas que con sus ingresos podrían hacer frente a las obligaciones de su día a día y que, sin embargo, no podían afrontar el pago de la deuda residual derivada de la ejecución hipotecaria o de la deuda avalada o afianzada.

Finalmente, podrían darse supuestos en los que existe una pluralidad de créditos, pero con un único acreedor. Se dirá que se puede provocar la existencia de pasivos, dejando de atender ciertas obligaciones o contrayendo nuevas para ser desatendidas a su vencimiento, sin embargo, **¿es razonable exigir al deudor que provoque una pluralidad inexistente so pena de quedar excluido de la segunda oportunidad?**

En definitiva, ni el legislador quiso excluir de la segunda oportunidad a las personas en situación de insolvencia con un solo acreedor, ni es una exégesis adecuada la que conduce al deudor insolvente a agravar su insolvencia con nuevos pasivos para cumplir con el presupuesto de la pluralidad de acreedores bajo la amenaza de no poder solicitar y, en su caso, obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

7. PROPUESTA: ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA A JUZGADOS ESPECIALIZADOS.

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, acaba con la competencia exclusiva de los juzgados de lo mercantil en materia concursal, al atribuir a los juzgados de primera instancia la competencia para conocer, a partir del 1 de octubre de 2015, de los concursos de persona natural no empresaria.

Sin entrar en las razones que llevaron a romper la unidad jurisdiccional, desde luego no especificadas en la exposición de motivos, la experiencia nos revela que, por lo general, la tramitación de los concursos por los juzgados de primera instancia ha sido deficiente y lenta, sin duda por la falta de formación y experiencia en una materia de especial complejidad sustantiva y procesal, lo que justifica la necesidad de concentrar dicha competencia en unos pocos órganos que adquieran con celeridad el conocimiento y la experiencia práctica que les permita tramitar y resolver con solvencia, agilidad, criterios uniformes y, en definitiva, con gran calidad los procesos concursales.

Se exceptúan de lo anterior los escasos juzgados de primera instancia que, bien por norma de reparto, bien por la vía de especialización del artículo 98 del Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), conocen de forma exclusiva de dichos procedimientos concursales, entre otros, el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona, el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Murcia, el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Valencia o el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Huesca.

La especialización en materia concursal en estos casos ha supuesto importantes ventajas como son la eficacia, celeridad en la resolución y unificación de criterios. Así, la especialización, no solo del juez y letrado de la Administración de Justicia, sino de los funcionarios ha permitido una agilización del trámite y una mejora en la calidad de las resoluciones y, asimismo, ha facilitado la coordinación con los jueces de lo mercantil de la provincia y la adopción de criterios uniformes.

En este sentido, la Directiva UE 2019/1023 en su artículo 25 exige a los Estados miembros garanticen que los jueces con competencia para conocer de los procedimientos de exoneración de deudas tengan conocimientos especializados necesarios para el ejercicio de dicha función.

Por ello, nuestra propuesta viene referida a la **necesaria especialización de los órganos judiciales que tengan atribuida la competencia para conocer del concurso y posterior exoneración**, bien mediante la atribución competencial exclusiva a uno o varios juzgados de primera instancia, en el ámbito provincial o en el ámbito de uno o varios partidos judiciales, para el conocimiento de los concursos de persona natural no empresaria, bien mediante **la reunificación de la competencia en materia concursal en los juzgados de lo mercantil**, solución esta última que contribuiría, además, a acabar con la siempre problemática distinción entre la condición de personas naturales empresarias o no empresarias.

8. PROPUESTA: EXCLUSIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL DE LA LIQUIDACIÓN

La experiencia de estos años de vigencia de la segunda oportunidad en España nos ha demostrado que una de las renuencias de las personas naturales frente al mecanismo de la segunda oportunidad es su resistencia a perder la propiedad de la vivienda habitual, incluso en aquellos casos en que el importe de la deuda garantizada hipotecariamente es superior al valor de mercado del inmueble.

Entre las razones que se esgrimen para justificar la oposición a la liquidación de la vivienda habitual, destacaremos la utilitarista y la del coste de acceso a la vivienda.

La primera, que hemos denominado como utilitarista, sostiene que no debe someterse al deudor al sacrificio que le supone la liquidación de su vivienda habitual si de ello no se obtiene ninguna utilidad o se satisface algún interés. Esta es la razón que sustenta el acuerdo que alcanzaron el 15 de junio de 2016 los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona -especializado por norma de reparto para conocer

de todos los concursos de persona natural no empresaria del partido judicial de Barcelona- para excluir la vivienda habitual de la liquidación concursal.

Así, en aquellos casos en los que el crédito o préstamo hipotecario que grava la vivienda habitual esté al corriente de pago, sin que ello suponga la desatención de los demás créditos contra la masa, el valor de la vivienda sea inferior al importe de la deuda garantizada y se muestren conformes el deudor y el acreedor hipotecario, podrá excluirse la realización de la vivienda, pues la liquidación no resultaría útil para ninguno de los acreedores al no restar numerario para atender sus créditos, ni para el acreedor hipotecario, ni para el deudor.

A priori, reconocemos que resulta difícil justificar en términos económicos que la realización no resulte útil o de interés al deudor, sin embargo, aquí es donde entra en juego la teoría del coste de acceso a la vivienda en régimen de alquiler, segunda razón que se esgrime para justificar la exclusión de la realización de la vivienda habitual hipotecada.

Así, la realidad nos muestra que en determinadas ciudades españolas el precio del alquiler de la vivienda puede llegar a alcanzar cifras superiores al del importe de la cuota del préstamo o crédito hipotecario que grava la vivienda habitual del deudor concursado, de tal suerte que, pese a que la vivienda en propiedad tenga un valor inferior en el mercado al del crédito garantizado, resulte más económico el pago de la cuota hipotecaria que el de una renta arrendaticia de una vivienda de similares características.

Por otra parte, la posibilidad de excluir la liquidación de la vivienda habitual no es ajena a la Directiva (UE) 2019/1023 que en su artículo 23.3 autoriza a los Estados miembros a establecer plazos de exoneración más largos que el previsto en el artículo 21 si viene justificado por la no realización y salvaguarda de la vivienda habitual.

En definitiva, partiendo de la base de que el mecanismo de segunda oportunidad no es una institución enderezada a la salvaguarda del derecho de propiedad sobre la vivienda habitual del deudor insolvente, sí parece razonable y así se propone que cuando **el valor actual de mercado de la vivienda habitual del deudor concursado sea inferior al importe de las responsabilidades hipotecarias garantizadas, pueda excluirse la vivienda del activo liquidable** y el crédito o préstamo que la grava del pasivo exonerable, siempre que, además, la obligación esté al corriente de pago y hayan mostrado su conformidad el deudor y el acreedor hipotecario, todo ello, sin perjuicio de que las ventajas que la no realización conlleva para el acreedor hipotecario deban compensarse por este de alguna manera.

9. PROPUESTA: EL CRÉDITO PÚBLICO COMO CRÉDITO EXONERABLE

La propuesta que formulamos invita a la reflexión sobre el tratamiento del crédito público en la regulación de la segunda oportunidad y, en concreto, si debe ser un crédito no exonerable.

En la regulación introducida por el RDL 1/2015, que dará lugar a la posterior Ley 25/2015, no se establecía un catálogo de créditos no exonerables en sentido estricto, sino una relación de los créditos cuya satisfacción era condición indispensable para la obtención del beneficio de exoneración, por lo que sólo en sentido impropio podemos considerarlos como créditos no exonerables.

No obstante, esta afirmación debería matizarse cuando la vía de exoneración elegida es la de la sujeción a un plan de pagos, pues, conforme al artículo 178 bis 8 L.C (art. 499.2 T.R.L.C.), aunque no es una interpretación unánime, los créditos sujetos al plan de pagos podrían llegar a ser exonerados, a pesar de que el plan de pagos no se hubiera llegado a cumplir en todo o en parte, siempre que el deudor concursado hubiera realizado un esfuerzo sustancial para ello.

En todo caso, prescindiendo de si son créditos exonerables en sentido propio o impropio, en el sistema de 2015, la no exonerabilidad de un crédito no depende de su naturaleza, causa u origen, sino de su calificación concursal, lo que da lugar a que determinadas categorías de créditos puedan ser al mismo tiempo exonerables o no, al tener una calificación distinta según el tiempo en el que se originó, su cuantía o el sujeto titular.

Además, el catálogo de los créditos no exonerables es diferente según la vía de exoneración elegida. Así, en el caso de acceder a la exoneración por la vía del abono de un determinado umbral de pasivo -exoneración por pago- no son exonerables, pues se requiere su pago como condición para obtener el beneficio, los créditos contra la masa y los privilegiados.

Por el contrario, en la exoneración por sujeción a un plan de pagos se consideran no exonerables los mismos que en el caso anterior y, además, los créditos por alimentos y el crédito público, en ambos casos, sea cual sea su calificación.

No obstante, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia nº 381/2019, de 2 de julio - ROJ: STS 2253/2019-ECLI:ES:TS:2019:2253-, unificó el elenco de créditos exonerables en ambas vías exonerativas, estableciendo que los créditos no exonerables en el caso de solicitar el beneficio por medio de la sujeción a un plan de pagos eran los mismos que en la exoneración por pago, es decir, únicamente, los créditos contra la masa y los privilegiados.

Por lo que se refiere a la regulación contenida en el T.R.L.C., al igual que la referida sentencia del Tribunal Supremo unifica los créditos no exonerables en una y otra vía de exoneración, pero a la inversa, es decir, en vez de equipararlos a los de la exoneración por pago, los equipara a los de la exoneración por sujeción a un plan de pagos, de tal suerte que se han elevado a la categoría de créditos no exonerables el crédito por alimentos y el crédito público, este último como crédito exonerable en sentido estricto.

En este estado de cosas, la Directiva (UE) 2019/1023, en su considerando 81, establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan excluir de la exoneración determinadas categorías de deuda, pero siempre que exista una razón debidamente justificada y, asimismo, podrán –deben poder, precisa el texto- excluir las deudas garantizadas hasta donde alcance la garantía. Posteriormente, en el artículo 23.4 enumera las categorías de créditos que pueden los

Estados miembros exceptuar de la exoneración, limitarla o someterla a plazos más largos, en concreto, son: las deudas garantizadas, las derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas, las derivadas de responsabilidad extracontractual, las relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, parentesco, matrimonio o afinidad, las deudas contraídas tras la solicitud o apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas y, finalmente, las derivadas de la obligación de pagar los costes de dicho procedimiento.

Con respecto a los créditos de derecho público, tras la entrada en vigor del T.R.L.C., se elevarán a la categoría de créditos no exonerables, lo que no parece acertado por varias razones.

En primer lugar, no es justificable que el estado, que se beneficia de la recuperación para el emprendimiento, no esté dispuesto a sacrificar el crédito público, descargando la responsabilidad en los acreedores privados. No se puede exigir únicamente a estos el sacrificio de sus créditos, la exoneración reincorpora al deudor a la vida económica y en última instancia acabará posibilitando en muchos casos que el deudor exonerado vuelva a generar riqueza, empleo e ingresos fiscales.

En segundo lugar, **la no exoneración del crédito público dificulta, sino impide, el acceso de los trabajadores autónomos a la segunda oportunidad**, al ser dicha categoría de deuda la que en mayor medida se encuentra en su pasivo, no en vano, la exoneración del crédito público es una reclamación constante de la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA).

No debemos olvidar la importancia de los trabajadores autónomos en la economía nacional, así a 31 de marzo de 2020 los trabajadores autónomos personas físicas eran casi dos millones, en concreto, 1.979.863.

También se ven especialmente afectados por la no exoneración del crédito público los administradores societarios a los que se les deriva la responsabilidad por las deudas de la seguridad social y las tributarias.

Finalmente, el crédito público ni siquiera se contempla en las excepciones del artículo 23.4 de la Directiva (UE) 2019/1023, por lo que su **trasposición, que deberá realizarse antes del 17 de julio de 2021, deberá determinar el fin del privilegio del crédito público y, por tanto, su exclusión de la categoría de crédito no exonerable.**

10. PROPUESTA: EL PLAN DE PAGOS, SU DURACIÓN, LOS CRITERIOS PARA FIJAR SU CONTENIDO Y SI DEBE SER IMPERATIVO TRAS LA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR.

El mecanismo de segunda oportunidad que se introdujo en 2015 en la L.C, como el que se contiene en el T.R.L.C., distingue dos vías de exoneración, exigiéndose en ambas una previa liquidación del patrimonio del deudor, la general que precisa haber satisfecho un determinado umbral de pasivo y la especial que requiere la sujeción y cumplimiento de un plan de pagos cuyo objeto es la satisfacción, en un plazo no superior a cinco años, de los créditos no exonerables, es decir, los créditos contra la masa, los privilegiados y, cualquiera que sea su calificación, los de alimentos y el crédito público, si bien, debe tenerse en cuenta que el T.R.L.C. deja fuera del plan de pagos el crédito público, cuyo aplazamiento y fraccionamiento se sujeta a lo que decida la propia administración acreedora.

La regulación española del plan de pagos es esencialmente mejorable en tres aspectos, a saber: el plazo, los criterios que son tenidos en cuenta para el establecer su contenido y su carácter necesario tras la liquidación del patrimonio del deudor, cuestiones que conforman el objeto de nuestra propuesta.

En primer lugar, **el plazo de hasta cinco años** nos parece que se compadece mal con la idea de un eficaz mecanismo de segunda oportunidad que debe tender a la ágil recuperación del sujeto insolvente y su rápida integración en la economía productiva, evitando la aparición del desaliento.

En este sentido **la Directiva (UE) 2019/1023 en su artículo 21 señala que los Estados miembros garantizarán que el plazo para obtener la plena exoneración no exceda de tres años**, que se contarán, cuando se sujete al deudor insolvente a un plan de pagos, desde la fecha de su aprobación o la de inicio de su vigencia.

El segundo aspecto mejorable de la regulación del plan de pagos es el relativo a los **criterios para conformar su contenido obligatorio**. Así, en el actual sistema el plan de pagos tiene por objeto la total satisfacción de los créditos no exonerables, sin tener en cuenta los recursos del deudor para hacer frente a los fraccionamientos establecidos, de tal suerte que, en la mayoría de los casos son planes abocados desde el primer momento a su incumplimiento.

Esta situación se ha agravado con la regulación introducida por el T.R.L.C. que deja fuera del plan de pagos al crédito público que se sujetará a los fraccionamientos que establezca la administración acreedora, de tal manera que se sujetará al deudor al cumplimiento de dos planes de pago, conformados de manera independiente y sin tener en cuenta su capacidad económica.

En nuestra opinión, los elementos o circunstancias que deben presidir la decisión del Juez del concurso a la hora de fijar el contenido de un plan de pagos debieran ser, únicamente, la viabilidad, atendidos los medios económicos del deudor concursado y el importe de las deudas no exoneradas provisionalmente, de forma que **el Juez del concurso debe poder establecer aquellos fraccionamientos y aplazamientos que el deudor concursado puede atender con sus recursos actuales o previsibles, determinando, asimismo, la cantidad de pasivo reembolsable**.

En este aspecto, la Directiva (UE) 2019/1023 en su artículo 20 ordena a los Estados miembros que garanticen que las obligaciones de reembolso establecidas en los planes de pago se ajusten a la situación individual del deudor, siendo proporcionadas al patrimonio e ingresos del deudor, teniendo en cuenta el interés equitativo de los acreedores.

Finalmente, en nuestra regulación, cuando la vía exonerativa es la especial, de sujeción a un plan de pagos, la fijación de este es obligatoria, con independencia, como hemos visto, de la capacidad económica del deudor, llegándose al absurdo de aprobarse planes de pagos **al deudor cuyo patrimonio ha sido enteramente liquidado y que carece de ingresos embargables. Nos parece más razonable que, en estos casos, pueda el juez del concurso conceder la exoneración definitiva sin necesidad de sujetar al deudor a un inviable plan de pagos**.

Por lo que se refiere a la Directiva (UE) 2019/1023 en su consideración 75 permite que los procedimientos puedan incluir un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos, sin decantarse por una opción.

En definitiva, consideramos y por ello proponemos que el plan de pagos no deba tener una duración superior a tres años contados desde la fecha en la que es aprobado, que las obligaciones de reembolso establecidas en el mismo deban ajustarse a la situación económica del deudor, siendo proporcionadas a sus ingresos, sujetándose al plan de pagos todos los

créditos no exonerables y, finalmente, que el deudor cuyo patrimonio embargable ha sido enteramente liquidado y carece de ingresos embargables o estos representan un ínfimo porcentaje del pasivo insatisfecho y no exonerado pueda eludir su sujeción a un plan de pagos.

11. PROPUESTA: EXONERACIÓN A LOS FIADORES O DEUDORES SOLIDARIOS CON RELACIÓN DE PARENTESCO

En efecto, la tramitación del expediente de negociación extrajudicial de pasivos por el deudor principal, y la eventual exoneración de pasivos obtenida al final del concurso consecutivo, no supone la cancelación de los afianzamientos o garantías prestadas por terceros al deudor (art. 178 bis 5 III L.C. y art. 502 T.R.L.C.).

Parece conveniente volver a evaluar que la concesión del BEPI pueda extenderse a **las fianzas y garantías hipotecarias prestadas a favor del deudor por familiares en línea recta o hasta el segundo grado de la línea colateral cuando la situación patrimonial de estos se viera sustancialmente afectada por la ejecución de las garantías.**

12. PROPUESTA: REFORZAR LA PUBLICIDAD Y EFECTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN CONCEDIENDO EL BEPI

Parece conveniente que **el Juez del concurso**, de oficio o a instancia del deudor, tanto al dictarse el auto de BEPI como en un momento posterior si fuese necesario, **comunique a los acreedores y a cualquier tercero, incluidos los ficheros de solvencia patrimonial, la exoneración acordada en el concurso**, así como decretar todo lo que sea necesario para propiciar la verdadera, plena e inmediata exoneración y el acceso a la segunda oportunidad.

MIEMBROS INTEGRANTES DEL GABINETE DE CRISIS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

Tanto la reflexión sobre la procedencia de introducir cambios o mejoras en el mecanismo de segunda oportunidad, como las propuestas de agilización contempladas en este documento, son el resultado de los debates mantenidos por todos los integrantes del grupo.

Nos hacemos solidarios con el conjunto de la propuesta. La propuesta se firma a título personal y no representa la posición oficial de las instituciones a las que pertenecemos.

- **Cristina Jiménez Savurido:** Presidente y fundadora de la Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (Fide). Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Mediadora acreditada por CEDR, Centre for Effective Dispute Resolution de Londres.
- **Carlos Ricardo Puigcerver Asor:** Inspector Delegado en el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial desde octubre de 2018. Desde noviembre de 2017 hasta septiembre de 2018 ha estado destinado como Magistrado asesor en el Ministerio de Justicia. Ejerció la abogacía desde 1996 a 2010. Ha sido profesor de Derecho procesal en la

Universidad de Valencia desde 2001 a 2010, así como en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz (Bolivia), en la Escuela de Práctica Jurídica del ICAVOR (Ilustre Colegio de Abogados del Vallés Oriental) y, actualmente, en la Universitat Oberta de Catalunya. Desde 2011 pertenece a la carrera judicial como Magistrado, habiendo desempeñado su labor en el Juzgado de 1ª Instancia 3 de Granollers -en donde también fue Decano electo-, en diversas Secciones civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona y en el Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Barcelona con competencia exclusiva en materia de concursos de personas físicas no empresarias. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia, obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados (DEA) del Programa de Doctorado "Nuevas tendencias en derecho procesal".

- **Carlos Fidalgo Gallardo:** Socio Director de Moreana Abogados. Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, donde obtuvo su Doctorado en el año 2000 con una tesis doctoral sobre la Prueba Ilícita. Ha disfrutado de becas de investigación en Harvard University, University of Missouri y otras. Tiene diversas publicaciones científicas, entre ellas la monografía "Las pruebas ilegales. De la exclusionary rule de los EEUU al art. 11.1 de la LOPJ" y la obra colectiva "Derecho Global. Positivismo, lusnaturalismo y razonabilidad del Derecho". Entre los años 2001 y 2006 fue Consultor y Adjunto al Presidente del Comité Español del Programa MaB (Man and Biosphere, Hombre y Biosfera) de la UNESCO. Es Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (sección de Derecho Procesal).
- **Víctor Moreno Catena:** Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid y abogado. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y presidente de la Unión Española de Abogados Penalistas. Of Counsel de Moreno & Venturi Abogados. Miembro del Consejo Académico de FIDE.
- **José María Blanco Saralegui:** Counsel en el Área de Procesal y Arbitraje en Uría Menéndez Abogados. Anteriormente Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Área Civil.
- **Ignacio Díez-Picazo Giménez:** Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Abogado y Socio Director de Díez-Picazo Abogados. Miembro excedente del Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional. Vocal permanente de la Sección Quinta de Derecho Procesal de la Comisión General de Codificación. Académico correspondiente y miembro de la Sección de Derecho Procesal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Miembro del Consejo Académico de Fide.
- **Carlos Fuerte Jiménez:** Se graduó en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y cursó un Máster en Derecho de la Empresa en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE). Durante sus estudios universitarios trabajó en el departamento legal de Mercer (Marsh & McLennan Companies). Posteriormente se incorporó al despacho de abogados, Jesús Almuquera y Asociados, donde trabajó principalmente en asuntos de derecho procesal y concursal. Actualmente, trabaja en el departamento de corporate de DLA Piper Spain. Colaborador de Fide.