

LA “SEGUNDA OPORTUNIDAD” EN ESPAÑA FRENTE AL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LOS PARTICULARES EN ESTADOS UNIDOS

Dr. Jesús Conde Fuentes
Profesor Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura
jesusconde@unex.es

RESUMEN: El objetivo de nuestro trabajo consiste en analizar las novedades que presenta el régimen de segunda oportunidad tras la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, para comprobar si, realmente, se han solventado las numerosas deficiencias de que adolecía la anterior regulación prevista en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Nuestro trabajo se completa con una aproximación al régimen de segunda oportunidad previsto en Estados Unidos, por ser considerado el más favorable para la situación de insolvencia del deudor personal natural.

PALABRAS CLAVE: concurso de acreedores, liquidación, insuficiencia de masa activa, pasivo insatisfecho, exoneración de deudas, segunda oportunidad.

ABSTRACT: The aim of our paper is to analyze the changes that the second chance regime presents after the amendment introduced by Law 25/2015 of July 28, of second chance mechanism, reduction of the financial burden and other measures of Social order, in order to check if the numerous shortcomings of the previous regulation provided in Law 14/2013 of September 27, on support for entrepreneurs and their internationalization have actually been addressed. Our paper is completed with an approximation to the second chance regime envisaged in the United States, as it is considered the most favorable for the insolvency situation of the natural personal debtor.

KEY WORDS: bankruptcy process, settlement, lack of assets, unsatisfied liabilities, discharge of debts, fresh start.

SUMARIO: 1.- CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.- 2.- EL NUEVO RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD.- 2.1.- Requisitos para obtener el

beneficio de segunda oportunidad y vías de acceso.- 2.2.- Procedimiento para obtener el beneficio de segunda oportunidad.- 2.3.- Efectos de la concesión provisional del beneficio de segunda oportunidad.- 2.4.- Revocación del beneficio de segunda oportunidad.- 2.5.- Exoneración definitiva de los créditos no satisfechos.- 2.6.- Consideraciones finales. 3. APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO: EL SOBREENDEUDAMIENTO DE PARTICULARES EN ESTADOS UNIDOS.- 3.1.- La liquidación del Capítulo 7.- 3.2.- El plan de pagos del Capítulo 13. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Desde el comienzo de la crisis económica se ha venido insistiendo, desde distintos ámbitos, sobre la conveniencia de prever un mecanismo legal de segunda oportunidad para el deudor persona natural. En nuestro país, el miedo al fracaso es un claro obstáculo al emprendimiento que, en gran medida, se funda en las gravosas consecuencias que comporta el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Aunque tarde, el legislador ha cogido el testigo y ha comprendido que el fracaso económico, ya sea empresarial o personal, no puede atrapar de por vida a aquellas personas que, de forma inesperada y contra su voluntad, no pueden hacer frente a sus deudas.

En este contexto, la última reforma concursal es la llevada a cabo por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (en adelante Ley 25/2015), procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero (en adelante Real Decreto-ley 1/2015). La reforma trae causa de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial¹, que contiene unas líneas básicas a las que los Estados miembros debían adaptar sus Derechos concursales hasta el 14 de marzo de 2015. Una de esas líneas básicas es la relativa a la regulación de un mecanismo de segunda oportunidad para el deudor persona natural que evite su exclusión social. Este es uno de los motivos por los que

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 74, de 14 de marzo de 2014, págs. 65 a 70. Disponible en internet: www.boe.es (consulta de 1 de septiembre de 2016).

nuestro legislador ha optado por modificar nuevamente la Ley Concursal, primero mediante el Real Decreto-ley 1/2015 y posteriormente mediante la Ley 25/2015².

Tras la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, todo parece indicar que el legislador ha comprendido la importancia que para la economía tiene un eficaz régimen de segunda oportunidad. Por esta razón, se afirma que *“la experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo”* (vid. E.M. I de la Ley 25/2015).

Partiendo de estas premisas, nuestro objetivo es analizar las novedades que presenta el régimen de segunda oportunidad tras la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2015 para comprobar si, realmente, se han solventado las numerosas deficiencias de que adolecía la anterior regulación prevista en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Al respecto, no sólo haremos cumplida referencia a las novedades introducidas, sino que también serán examinadas con la intención de identificar todas aquellas cuestiones controvertidas relacionadas con su aplicación práctica. Finalmente, como colofón a nuestro trabajo, llevaremos a cabo una aproximación al tratamiento de la insolvencia de los particulares en Estados Unidos, de modo que examinaremos su régimen de segunda oportunidad o *discharge*.

2. EL NUEVO RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

2.1.- Requisitos para obtener el beneficio de segunda oportunidad y vías de acceso

La Ley 25/2015 introduce un nuevo artículo 178 bis en la Ley Concursal donde se ha previsto un régimen unificado de exoneración del pasivo insatisfecho –en sede de concurso– para deudores personas naturales empresarios y no empresarios

² El otro motivo, según PULGAR, es la “rentabilidad electoral” que se puede conseguir con la adopción de medidas de este tipo, cfr. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, pymes y mecanismos de segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, Número 8538, de 13 de mayo de 2015, pág. 2.

(consumidores)³, ⁴. Este régimen se basa en dos pilares fundamentales. De un lado, ya no se aplica únicamente en los casos de conclusión del concurso por liquidación, sino también –esta es la novedad– en los casos de insuficiencia de masa activa (art. 178 bis.1 LC)⁵. De otro lado, solo podrá acceder al régimen de exoneración del pasivo insatisfecho el deudor que lo sea de *buena fe* (sic) conforme a los requisitos previstos en el artículo 178 bis.3: a) que el concurso no haya sido declarado culpable, salvo determinados casos excepcionales⁶; b) que el deudor no haya sido condenado mediante sentencia firme por determinados delitos; c) que el deudor haya celebrado o, al menos, intentado celebrar previamente un acuerdo extrajudicial de pagos; y d) que alternativamente se haya cumplido bien la opción prevista en el artículo 178 bis.3.4º, o bien la opción que se dispone en el artículo 178 bis.3.5º.

La reforma ha previsto dos vías de acceso a dicho mecanismo exoneratorio. Una primera vía en la que el deudor de buena fe puede satisfacer un umbral mínimo de pasivo: todos los créditos contra la masa, todos los créditos concursales privilegiados y un 25% del pasivo ordinario si no intentó con anterioridad un acuerdo extrajudicial de

³ Según la Disposición Transitoria Primera de la Ley 25/2015, el régimen legal para obtener el beneficio de la segunda oportunidad será de aplicación a todos aquellos deudores personas naturales que estén sujetos a un concurso de acreedores en tramitación. En los concursos ya concluidos antes de la entrada en vigor de la Ley, el 30 de julio de 2015, el deudor podrá beneficiarse de las novedades del sistema de exoneración de deudas si, por cualquier razón, se viera nuevamente sometido a un concurso de acreedores, ya sea voluntario o necesario.

⁴ Al respecto, señala SENENT que “a diferencia de lo que acontecía hasta ahora el régimen será siempre el mismo para ambos tipos de deudores, ya que si bien existe distinta regulación y efectos, según se haya intentado o no un acuerdo extrajudicial de pagos, a dicha institución puede acudir tanto la persona natural empresario como la que no lo es”, SENENT MARTÍNEZ, S., “El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Número 23, 2015, pág. 151.

⁵ En la práctica, el supuesto de insuficiencia de masa activa será el más frecuente, puesto que en muchas ocasiones el concurso del deudor persona natural es, por definición, un concurso sin masa. Los ejemplos típicos son aquellos supuestos en los que el deudor no tiene ingresos, no tiene bienes o tiene un solo bien que está sujeto a un préstamo hipotecario. Al respecto, PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, pymes y mecanismos de segunda oportunidad”, cit., pág. 16.

⁶ La Ley 25/2015 suaviza el requisito de la buena fe, ya que puede acogerse a la exoneración del pasivo insatisfecho el deudor cuyo concurso se ha declarado culpable por incumplir el deber de solicitar el propio concurso (vid. art. 178 bis.3.1º *in fine* LC). Como señala CUENA, parece que se considera que el retraso en la declaración de concurso es un fallo “leve”. Por el contrario, la autora considera que la regulación del régimen de segunda oportunidad tiene que ser un estímulo al buen comportamiento del deudor. Iniciar tarde el procedimiento de concurso puede haber hecho inviable el acuerdo extrajudicial de pagos y que el concurso se vea abocado a la liquidación y al perjuicio de los intereses de los acreedores, siendo muy generosa la ley con la conducta del deudor merecedor de la exoneración. Pero es que, además, esta excepción es difícil de interpretar pues parece conceder margen al juez para admitir la exoneración si se declaró el concurso culpable por tal razón, siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor, CUENA CASAS, M., “Segunda oportunidad. Novedades de última hora”, *El Notario del Siglo XXI*, Número 63, septiembre-octubre de 2015, pág. 2. Disponible en internet: www.elnotario.es (consulta de 1 de septiembre de 2016).

pagos (art. 178 bis.3.4º LC)⁷. La segunda vía de acceso no requiere el abono inmediato por parte del deudor de un determinado umbral de pasivo como condición para la concesión de la exoneración, sino el sometimiento a un plan de pagos conforme a lo previsto en el artículo 178 bis.6, exigiéndose en este caso que el deudor haya intentado previamente un acuerdo extrajudicial de pagos (cfr. art. 178 bis.3.3º y 5º LC)⁸. Para acceder a esta segunda vía, además de la buena fe, el deudor ha de cumplir los siguientes requisitos⁹: a) aceptar someterse a un plan de pagos para abonar las deudas no exoneradas en un plazo de cinco años (el plan de pagos mencionado); b) haber colaborado con el juez del concurso y con la administración concursal¹⁰; c) no haber disfrutado del mismo beneficio de exoneración en los últimos diez años¹¹; d) no haber rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad profesional en los cuatro años anteriores a la declaración del concurso¹²; y e) aceptar que el Registro Público

⁷ Que en esta vía de acceso al mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho se exija el pago completo de los créditos privilegiados, entre los que se incluyen los garantizados con prenda, hipoteca o similar, es un requisito completamente desproporcionado que implica que la segunda oportunidad tenga una aplicación residual en la práctica y, por tanto, tan sólo sea relevante en el papel. En este sentido, RUBIO considera que con la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2015 no se suavizan los importantes umbrales de pasivo que se han de satisfacer para poder acceder a esta vía de exoneración, “por lo que esta opción se antoja de muy difícil cumplimiento, sobre todo si se tiene en cuenta el importante nivel de deterioro económico de quienes acceden al concurso”, RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la ley concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Número 24, 2016, pág. 106.

⁸ En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Palma de Mallorca, de 2 de diciembre de 2015 (JUR 2016\7827), señala que el plan de pagos será un simple documento en el que se asuma por el deudor el compromiso de pagar los créditos de obligado cumplimiento en el plazo de cinco años, sin que se haya previsto ningún cauce o trámite oposición por los acreedores. El asunto trae causa de la oposición formulada por parte de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) a la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho presentada por el concursado, siendo desestimada la misma y acordándose la exoneración provisional de deudas solicitada.

⁹ Sobre la concurrencia o no de los requisitos para aplicar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho mediante esta vía, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) de 9 de julio de 2015 (JUR 2015/236654). Esta sentencia trae causa de un recurso de apelación formulado frente al Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia de 10 de marzo de 2015, que resuelve sobre la aplicación transitoria del artículo 176 bis y 178 bis de la Ley Concursal tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero.

¹⁰ Para RUBIO, este requisito concreto y vinculado “únicamente a la modalidad de plan de pagos parece reflejar que la transcendencia de este requisito reside sólo en este caso, algo que resulta absolutamente injustificado y sólo puede ser calificado de absurdo”, RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la ley concursal”, cit., pág. 116.

¹¹ Este requisito se ha previsto con la clara intención de evitar la aparición de auténticos profesionales de la exoneración, que de forma recurrente podrían pretender la obtención de este beneficio en claro perjuicio de terceros. Al respecto, RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la ley concursal”, cit., pág. 117.

¹² Según la Disposición Transitoria Primera de la Ley 25/2015, este requisito no será exigible durante el año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley para obtener el beneficio de la segunda oportunidad.

Concursal publicite durante cinco años que el deudor ha obtenido el beneficio de la segunda oportunidad (art. 178 bis.3.5° LC)¹³.

2.2.- Procedimiento para obtener el beneficio de segunda oportunidad

La solicitud será presentada por el deudor ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido en base a lo previsto en el artículo 152.3 de la Ley Concursal para formular oposición a la conclusión del concurso por liquidación (art. 178 bis.2 LC). Y, aunque no se diga, en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, la solicitud del deudor será presentada dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a dicha conclusión *ex* artículo 176 bis.3. A continuación, el Secretario Judicial dará traslado de la solicitud a la administración concursal y a los acreedores personados para que, si lo estiman oportuno, puedan formular alegaciones por un plazo de cinco días para mostrar conformidad con la solicitud del deudor u oponerse a la misma por considerar que no se cumple alguno de los requisitos exigidos en el artículo 178 bis.3 (art. 178 bis.4-I y III LC). Si la administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad o no formulan oposición, el juez del concurso concederá al deudor, con *carácter provisional* (sic), el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. La exoneración tiene carácter provisional puesto que puede ser revocada en función de las circunstancias descritas en el artículo 178 bis.7; precepto sobre el que volveremos más adelante.

2.3.- Efectos de la concesión provisional del beneficio de segunda oportunidad

Cuando el artículo 178 bis regula los efectos de la concesión provisional del beneficio de segunda oportunidad se refiere únicamente al deudor que se ha sometido a un plan de pagos, pero –aparentemente– nada establece en relación con el deudor que puede satisfacer un umbral mínimo de pasivo (cfr. art. 178 bis.5 LC). Dejando a un lado

¹³ Según CUENA, esta publicidad adicional de un dato negativo de solvencia es un despropósito que debería haberse suprimido. No obstante, la regulación de esta materia en la Ley 25/2015 ha mejorado con respecto de la contenida en el Real Decreto-ley 1/2015, de modo que el acceso a esta sección del Registro Público Concursal está limitado a personas con un interés legítimo en averiguar la situación del deudor. Además, la apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal. A juicio de la autora, la restricción de acceso merece una valoración positiva, pero se sigue dando una publicidad suplementaria al hecho de haberse beneficiado el deudor de una segunda oportunidad que puede provocar exclusión financiera, cfr. CUENA CASAS, M., “Segunda oportunidad. Novedades de última hora”, cit., pág. 3. En el mismo sentido, pero con posterioridad, RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la ley concursal”, cit., pág. 119.

este *lapsus calami*, los efectos y el alcance de la exoneración de créditos son distintos en función de la vía de acceso por la que haya optado el deudor. Por un lado, si el deudor ha satisfecho todos los créditos contra la masa, todos los créditos privilegiados y, en su caso, el 25% de los créditos ordinarios, puede entenderse que el deudor quedará liberado temporalmente del resto del pasivo insatisfecho, es decir, de todo el pasivo subordinado y de todo o parte del pasivo ordinario, dependiendo de si intentó alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos previo o no (art. 178 bis.3.4º LC). Sin embargo, nada se dice sobre los créditos de derecho público y los de alimentos. En cuanto al crédito público, la doctrina coincide en que la exoneración es total¹⁴, mientras que en relación a los créditos por alimentos las posturas son divergentes¹⁵.

Por otro lado, si el deudor acepta someterse a un plan de pagos y cumple los requisitos establecidos en el artículo 178 bis.3.5º, quedará temporalmente liberado de todos los créditos concursales ordinarios y subordinados pendientes de pago a la fecha de conclusión del concurso, excepto los créditos de derecho público y los créditos por alimentos (art. 178 bis.5.1º LC). Respecto de los créditos con privilegio especial (art. 90.1 LC), la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado (art. 178 bis.5.2º LC)¹⁶.

En relación con las deudas no exoneradas, el deudor deberá presentar un plan de pagos que, oídas las partes por plazo de diez días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas

¹⁴ PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, pymes y mecanismos de segunda oportunidad”, cit., pág. 17; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª. M., “La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015”, *ElDerecho.com*, de 1 de abril de 2015, pág. 4. Disponible en internet: www.elderecho.com (consulta de 6 de septiembre de 2016). Por su parte, FERNÁNDEZ SEIJO matiza que “respecto del crédito público sólo deberá satisfacerse el calificado como privilegiado”, FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª, “Aspectos concursales de la ley de segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, Número 8500, de 13 de marzo de 2015, pág. 8.

¹⁵ Autores como PULGAR y SENENT consideran que los créditos por alimentos no quedan exonerados provisionalmente, cfr. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, pymes y mecanismos de segunda oportunidad”, cit., pág. 18; SENENT MARTÍNEZ, S., “El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015”, cit., pág. 157. Por el contrario, otros autores entienden que los créditos por alimentos sí quedan exonerados totalmente, al igual que acontecía hasta la reforma, cfr. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª. M., “La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015”, cit., pág. 7.

¹⁶ Mediante esta vía el deudor puede liberarse de la parte del crédito hipotecario no satisfecho y que no ha sido cubierto por el valor del bien hipotecado, como es la vivienda habitual. De este modo, la parte del crédito que excede del valor del bien no tendrá la consideración de crédito privilegiado, puesto que no responde a ningún fin de política social concreto de los previstos en la ley, imponiéndosele el mismo destino que el de los créditos ordinarios.

(art. 178 bis.6-II LC). De esta forma, las deudas que no queden exoneradas deberán ser satisfechas por el deudor-concurrido dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior (art. 178 bis.6-I LC). De igual modo, las deudas no exoneradas no podrán devengar intereses durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso (art. 178 bis.6-I *in fine* LC). Por su parte, los créditos de derecho público quedarán exclusivamente afectados por el aplazamiento o fraccionamiento que, en su caso, las distintas administraciones públicas hayan optado por concederle al deudor (art. 178 bis.6-III y DA 7ª LC).

Con independencia de la vía de acceso elegida por el deudor, el artículo 178 bis.5 ha previsto una serie de efectos, comunes a todo deudor, con la finalidad de proteger la concesión provisional del beneficio de segunda oportunidad. De esta forma, los acreedores cuyos créditos se extinguen no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos, de modo que no podrán iniciar ningún procedimiento, ya sea declarativo o de ejecución, frente al patrimonio del deudor (art. 178 bis.5-II LC). No obstante, quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor-concurrido y frente a sus fiadores y avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor-concurrido ni “subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida” (art. 178 bis.5-III LC). Este último inciso ha sido añadido por la Ley 25/2015, estableciéndose que el fiador o codeudor solidario que paga no puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor. De esta forma, como afirma CUENA, “se salvaguarda la esencia de las garantías personales y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal”¹⁷.

Respecto a terceros no declarados en concurso, el beneficio de la exoneración se extiende al cónyuge del deudor-concurrido cuyo régimen económico matrimonial sea el de gananciales u otro de comunidad, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común (vid. art. 178 bis.5-IV LC).

¹⁷ CUENA CASAS, M., “Segunda oportunidad. Novedades de última hora”, cit., pág. 4.

2.4.- Revocación del beneficio de segunda oportunidad

La exoneración provisional del pasivo insatisfecho está condicionada a que el deudor actúe, dentro de los cinco años siguientes, bajo los parámetros para apreciar su *buena fe* que se establecen en el artículo 178 bis.7. De este modo, cualquier acreedor concursal podrá solicitar la revocación de este beneficio si durante los cinco años siguientes a su concesión aparecieran ingresos, bienes o derechos ocultos del deudor, o si durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos el deudor incumpliera alguna de las condiciones que permitieron la concesión del beneficio, incumpliera el plan de pagos para las deudas no exoneradas¹⁸, o viera mejorada de manera sustancial su situación económica por causa de herencias, donaciones o juegos de azar^{19, 20}. En definitiva, si el juez del concurso acuerda la revocación del beneficio de segunda oportunidad los acreedores recuperarán todas sus acciones contra el deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso (art. 178 bis.7-III *in fine* LC). En este sentido, la inclusión del crédito del acreedor en la lista definitiva de acreedores del deudor persona natural se equipara a una sentencia de condena firme (art. 178.2 LC).

2.5.- Exoneración definitiva de los créditos no satisfechos

Una vez transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos (cinco años) sin que se haya revocado el beneficio de segunda oportunidad, el deudor persona natural podrá solicitar al juez que conoció de su concurso que dicte auto reconociendo el carácter *definitivo* de la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178

¹⁸ En este punto podríamos plantearnos si cabría instar la revocación del beneficio de segunda oportunidad cuando se incumpla el aplazamiento o fraccionamiento de los créditos de derecho público no exonerados. Al respecto, se ha considerado que ésta también sería causa de revocación del beneficio puesto “que en definitiva supone el incumplimiento de la obligación de pago de los créditos no exonerados que es el fundamento de esta causa de revocación”, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M., “La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015”, cit., pág. 8.

¹⁹ En la redacción establecida por el Real Decreto-ley 1/2015 cuando al deudor se le habían condonado provisionalmente determinadas deudas, tal exoneración era revocable si en el plazo de cinco años el deudor mejoraba sustancialmente su situación económica, lo que constituía un completo despropósito que vaciaba de contenido al mecanismo exoneratorio (cfr. antiguo art. 178 bis.7 LC). Afortunadamente, la Ley 25/2015 se ha encargado de modificar el artículo 178 bis.7 que sigue permitiendo la revocación en dicho plazo, pero concreta las causas de tal mejora (herencias, donaciones o juegos de azar).

²⁰ En cuanto a la legitimación para instar la revocación del beneficio de segunda oportunidad, el artículo 178 bis.7 se refiere en exclusiva a los “acreedores concursales” pero no a los que sean titulares de créditos contra la masa. En este sentido, se ha considerado que “debiera haberse extendido la legitimación a todos los acreedores del deudor, tanto los concursales como contra la masa, y respecto a los primeros, tanto cuando se hayan visto afectados por la exoneración como cuando no”, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M., “La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015”, cit., pág. 9. En el mismo sentido, pero con posterioridad, RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la ley concursal”, cit., pág. 123.

bis.8-I LC). No obstante, se ha previsto un supuesto especial para el caso de que el deudor no haya cumplido en su integridad el plan de pagos. De este modo, en función de las circunstancias del caso y previa audiencia a los acreedores, el juez podrá declarar la exoneración *definitiva* del pasivo insatisfecho del deudor persona natural que, aun no cumpliendo íntegramente el plan de pagos, acredite que durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio ha destinado al cumplimiento del plan la mitad, al menos, de los ingresos obtenidos que no tuvieran la consideración inembargables o la cuarta parte de dicho ingresos en determinados casos de “deudores especialmente vulnerables” (art. 178 bis.8-II LC)^{21, 22}.

Por último, el auto que declare con carácter *definitivo* la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso se publicará en el Registro Público Concursal, sin que quepa recurso alguno frente a dicha resolución (art. 178 bis.8-IV LC). No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causa de revocación prevista en el primer párrafo del apartado séptimo del artículo 178 bis para la exoneración provisional, es decir, cuando el deudor haya ocultado ingresos, bienes o derechos, si bien se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los artículos 605 y 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 178 bis.8-IV *in fine* LC)²³. Como afirma CUENA, con esta previsión el legislador dota al régimen de segunda oportunidad de más provisionalidad, puesto que si en los cinco años que dura la exoneración provisional no se ha logrado probar la ocultación de ingresos, bienes o

²¹ Se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (art. 178 bis.8-III LC).

²² En caso de que el deudor destine al cumplimiento del plan la cuarta parte de los ingresos que no tuviesen la consideración de inembargables, han de concurrir las circunstancias establecidas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (art. 178 bis.8-II *in fine* LC). En definitiva, si se reúnen los requisitos que establece el mencionado precepto, el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque el deudor sólo haya destinado el 25% de sus ingresos embargables al cumplimiento del plan de pagos.

²³ RUBIO considera que a la vista de la remisión total que se hace al primer párrafo del apartado séptimo del artículo 178 bis, y a fin de clarificar su alcance, habría que entender que el plazo para poder revocar la exoneración definitiva también será el que allí se indica de cinco años siguientes a la concesión, pero en este caso, y ante el silencio de la norma, habría evidentemente que reconducirlo al momento de la concesión definitiva de la exoneración, RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la ley concursal”, cit., pág. 126.

derechos del deudor, no parece que vaya a descubrirse dentro de los cinco años posteriores a la exoneración definitiva²⁴.

2.6.- Consideraciones finales

Con la reforma introducida por la Ley 25/2015 se ha avanzado en materia de segunda oportunidad, pero el sistema sigue siendo fundamentalmente restrictivo. De un lado, supeditar la exoneración al pago efectivo de las deudas que no quedan exoneradas es un error que deja fuera del sistema a aquellos deudores que no han podido satisfacer un plan de pagos que han tenido que aceptar tras la liquidación de su patrimonio en un procedimiento concursal. De otro lado, quedan fuera de la exoneración la práctica totalidad del crédito privilegiado y la totalidad del crédito público en los casos en que el deudor se someta a un plan de pagos. Además, el beneficio de segunda oportunidad se convierte en papel mojado si no se respeta la exoneración del pasivo insatisfecho una vez que el concurso ha concluido. Por todas estas razones, la norma no responde a las necesidades reales de los particulares y de las familias, así como tampoco a las de los emprendedores y pequeños empresarios. Menos aún va a evitar que negocios viables que se han visto abocados al cierre por la falta de liquidez y la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones con la Hacienda Pública y la Seguridad Social vuelvan a resurgir y a crear empleo. En definitiva, la norma sigue adoleciendo de numerosas deficiencias, por lo que se anticipa una escasa aplicación práctica.

3. APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO: EL SOBREENDEUDAMIENTO DE PARTICULARES EN ESTADOS UNIDOS

El tratamiento de la insolvencia de los particulares en Estados Unidos es, y ha sido, sustancialmente distinto al de nuestro país. La legislación estadounidense siempre ha tratado de favorecer la segunda oportunidad (*discharge* o *fresh start*) para evitar cualquier tipo de estigmatización social del deudor; siendo clara la prevalencia del concurso de los consumidores frente a la insolvencia empresarial²⁵. En este sentido, la *Bankruptcy Act* de 1898 introdujo la exoneración de deudas del deudor tras la

²⁴ CUENA CASAS, M., “Segunda oportunidad. Novedades de última hora”, cit., pág. 5. La autora califica la norma de “ridícula”, apostando por “más controles de entrada en el proceso y menos de salida”.

²⁵ La prevalencia del concurso del consumidor sobre la insolvencia empresarial en Estados Unidos es extraordinariamente llamativa, puesto que supera el 90% del total de concursos, siendo llamativo el contraste si se compara con el porcentaje de concursos de empresas, CUENA CASAS, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Número 3, 2011, pág. 11.

liquidación de sus activos, siendo el primer texto legal que contuvo una regulación concursal a nivel federal en los Estados Unidos²⁶. Las sucesivas reformas legales cristalizaron en el actual Código Federal (*US Code*), originario de 1978, cuyo Título 11 prevé diversas alternativas según la situación en que se encuentre el deudor.

La legislación estadounidense es considerada como la más favorable para la situación de insolvencia del deudor persona natural, debido a un mayor desarrollo financiero que pone a disposición de los consumidores una serie de instrumentos de endeudamiento que no encuentran similitud en los países europeos, si bien este hecho se está atenuando en los últimos años²⁷. De este modo, el *discharge* o *fresh start* persigue que el deudor desafortunado se recupere económicamente para volver a consumir a la mayor brevedad posible. El intento por redimir al deudor se debe a la falta de una verdadera “red de seguridad” con un sistema de transferencias por parte del Estado en forma de servicios asistenciales públicos como el que disfrutamos en Europa. Sin esa red de seguridad un sistema de segunda oportunidad se convierte en esencial para evitar que el sobreendeudamiento lleve a una situación de pobreza crónica de una parte de la población²⁸.

El deudor persona natural puede optar por cuatro procedimientos de cara a solucionar su situación de insolvencia: el Capítulo 7 relativo a la liquidación; el Capítulo 11 relativo a la reorganización de los créditos; el Capítulo 12 relativo a las explotaciones agrarias o pesqueras familiares con ingresos regulares; y el Capítulo 13 que se ocupa de las personas físicas con ingresos regulares. De entre ellos, los procedimientos previstos en los Capítulos 7 y 13 constituyen la piedra angular del *fresh start* y son los más utilizados en la práctica para hacer frente a los problemas propios de los consumidores, como el sobreendeudamiento provocado por el uso de tarjetas de crédito y por las deudas sanitarias y de educación. Con independencia del procedimiento utilizado, la declaración de concurso supone la paralización de las ejecuciones individuales, incluso aquellas que son consecuencia de un crédito con garantía real. Como afirma CUENA, no hay distinciones al respecto en función de los

²⁶ Sobre la evolución histórica de la segunda oportunidad en Estados Unidos, vid. SKEEL, D., *Debt's Dominion: A history of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2003, págs. 1-296.

²⁷ MARCUS COLE, G., “El derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Número 15, 2011, págs. 545 y ss.

²⁸ SENENT MARTÍNEZ, S., “Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del derecho norteamericano y español”, *DT del Departamento de Derecho Mercantil UCM*, Número 47, 2012, pág. 10.

bienes sobre los que recaigan, a diferencia de lo que sucede con lo dispuesto en los artículos 55 y 56 de nuestra Ley Concursal²⁹.

3.1.- La liquidación del Capítulo 7

Si el deudor opta por esta vía, se procede a la liquidación de su patrimonio no exento y el pasivo pendiente queda exonerado –salvo determinadas deudas que no se liberan– de manera automática. Una vez que el deudor solicita la apertura del procedimiento, se paralizan todas las acciones ejecutivas y se designa al denominado *Bankruptcy trustee* (administrador concursal), que gestiona el patrimonio del deudor y procede al pago de las deudas de los acreedores de acuerdo al orden de prelación legal establecido³⁰. El hecho de que el deudor pueda optar por este procedimiento es independiente del volumen de pasivo adeudado y de si realmente es insolvente o no. Sin embargo, el deudor ha de someterse a un test de “buena fe” (test de *discharge*) que demuestre su honestidad y que garantice que no utiliza este mecanismo como instrumento para eludir el pago de algunas obligaciones contraídas frente a terceros. En definitiva, este modelo hace pivotar la concesión del beneficio de una segunda oportunidad sobre la buena fe del deudor insolvente (*honest but unfortunate debtor*) para que ante determinadas circunstancias extraordinarias, como la enfermedad, el desempleo o el divorcio junto con una actitud colaboradora y honesta del deudor, se justifique la conculcación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

La reforma llevada a cabo por la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, que entró en vigor el 17 de octubre de 2005, trató de prevenir el abuso de este procedimiento, exigiendo que las personas que opten por el mismo reciban un asesoramiento crediticio, por parte de un consejero o agencia de crédito autorizada, en los seis meses anteriores a la declaración de concurso³¹. Por lo tanto, si un deudor insolvente se acoge al procedimiento del Capítulo 7 y es considerado honesto, verá exonerado el pasivo pendiente, con excepción de aquellas deudas exceptuadas del *discharge*, como pueden ser las deudas garantizadas (vid. Título 11, Capítulo 5 del US Code). De este modo, la exoneración no depende de un intento de acuerdo o de un plan de pagos, sino que es automática si concurren los requisitos legales y el deudor no tiene

²⁹ CUENA CASAS, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, cit., págs. 19 y 20.

³⁰ Los acreedores pueden oponerse al *discharge* probando la conducta fraudulenta del deudor, por lo que si se admite la oposición el deudor no podrá exonerar sus deudas (cfr. Título 11, Capítulo 7, Subcapítulo II del US Code).

³¹ CUENA CASAS, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, cit., pág. 20.

patrimonio embargable. Eso sí, los créditos garantizados se ejecutan salvo que el deudor llegue a un acuerdo con el acreedor, aunque si la ejecución de la garantía real no es suficiente para el pago de la deuda, el remanente quedaría exonerado³². Finalmente, el deudor no puede volver a solicitar una nueva exoneración hasta que no hayan transcurrido, al menos, 8 años (vid. Título 11, Capítulo 7, Subcapítulo II US Code).

3.2.- El plan de pagos del Capítulo 13

El procedimiento que se contempla en el Capítulo 13, al que pueden acceder los deudores personas naturales con ingresos regulares y un pasivo limitado, está destinado a la elaboración de un plan de pagos. Este procedimiento evita la liquidación del patrimonio del deudor con la intención de que conserve los bienes no exentos, a cambio de comprometer sus ingresos futuros al cumplimiento de plan. Una vez cumplido el plan de pagos, se produce la exoneración del pasivo pendiente (vid. Título 11, Capítulo 3 US Code).

Para optar por este procedimiento, es requisito indispensable que los acreedores no garantizados reciban por esta vía, al menos, lo que les correspondería en caso de que la insolvencia o situación de dificultad económica se tramitara de acuerdo con el procedimiento del Capítulo 7. El plan de pagos ofrece al deudor la oportunidad de negociar un calendario de pagos, debiendo destinar todos los ingresos de los que disponga al abono de las deudas pendientes, una vez que la autoridad concursal competente haya determinado aquellos gastos de carácter indispensable para el propio deudor. A diferencia de lo que ocurre con el procedimiento previsto en el Capítulo 7, la utilidad de este procedimiento para el deudor reside en que los acreedores que se ven afectados por el mismo no son sólo los no garantizados, sino también los asegurados con cualquier garantía real. Como afirma CUENA, esta es la razón por la que los particulares acuden a este procedimiento, es decir, para resolver los problemas asociados a los créditos hipotecarios o a los préstamos para la adquisición de vehículos³³. Efectivamente, aquellos deudores que acuden al procedimiento establecido en el Capítulo 13 suelen ser propietarios de un bien inmueble que se han visto sorprendidos por las variaciones en la situación económica o en los tipos de interés y no han podido hacer frente a los pagos de la hipoteca. De este modo, el plan de pagos les

³² CUENA CASAS, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, cit., pág. 22.

³³ CUENA CASAS, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, cit., págs. 22 y 23.

permite diferir el abono de las amortizaciones durante el plazo pactado e impedir que el acreedor inicie la ejecución de la garantía hipotecaria, pues como ya dijimos la declaración de concurso supone la paralización de la ejecución de la garantía real.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CUENA CASAS, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Número 3, 2011, págs. 1-56.

- “Segunda oportunidad. Novedades de última hora”, *El Notario del Siglo XXI*, Número 63, septiembre-octubre de 2015. Disponible en internet: www.elnotario.es.

- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a, “Aspectos concursales de la ley de segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, Número 8500, de 13 de marzo de 2015.

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M., “La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015”, *ElDerecho.com*, de 1 de abril de 2015. Disponible en internet: www.elderecho.com.

- MARCUS COLE, G., “El derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Número 15, 2011, págs. 545-551.

- PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, pymes y mecanismos de segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, Número 8538, de 13 de mayo de 2015.

- RUBIO VICENTE, P., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la ley concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Número 24, 2016, págs. 99-131.

- SENENT MARTÍNEZ, S., “Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del derecho norteamericano y español”, *DT del Departamento de Derecho Mercantil UCM*, Número 47, 2012, págs. 1-21.

- “El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Número 23, 2015, págs. 147-160. *

* Estudio realizado en el marco del Proyecto de investigación “Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas y de los instrumentos financieros complejos” (DER2014-51957-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España).