

Borja Pardo Ibáñez
Coordinador

EL MECANISMO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD

*Del acuerdo extrajudicial de pagos al beneficio
de exoneración del pasivo insatisfecho*

[BOSCH]

er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer

Borja Pardo Ibáñez
Coordinador

EL MECANISMO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD

*Del acuerdo extrajudicial de pagos
al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **De los autores**, 2017

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: diciembre, 2017

Depósito Legal: M-31302-2017

ISBN Impreso: 978-84-9090-255-4

ISBN Electrónico: 978-84-9090-256-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

trata de una laguna aparente, que evidencia lo cuestionable de una técnica legislativa de sistemática tan dispersa. Porque encontramos respuesta a estas inquietudes en la regulación que ofrece el art. 5.bis LC, que regula con intensidad suficiente los efectos que generalmente se desprenden de la pendencia de procesos de refinanciación o de acuerdo extrajudicial de pagos. Así, en el apartado cuarto del precepto se prevé que el Letrado de la Administración de Justicia del juzgado competente para la declaración de concurso, emitirá una resolución de constancia de la comunicación recibida, como título bastante para procurar, con su sola presentación, la suspensión de cualquier ejecución sobre bienes del deudor, en los términos que el precepto dispone, que también habilita objetivamente al que será juez del concurso para interferir en los procesos de ejecución seguidos por juez distinto. El problema, insistimos, es que el sistema impone, más que una lectura concordada de ambos preceptos, reproducir un diálogo ideal entre ellos. Pero cabe reconocer la compatibilidad de uno y otro precepto¹⁶.

3.2. Efectos sobre los procesos de ejecución

Desde la comunicación de la apertura de negociaciones no pueden iniciarse ni continuarse ejecuciones contra el patrimonio del deudor, ni judiciales ni extrajudiciales, durante un plazo máximo de tres meses (*ex art.* 235.2.a LC). Se trata de la regla general en materia de efectos de la iniciación de la mediación respecto de acreedores y que consume la mayor utilidad e incentivo que, junto a las ventajas para la obtención del beneficio de exoneración de pasivo no satisfecho, el deudor puede obtener por el recurso al acuerdo. Sin embargo, esta regla general, de apariencia tan sólida, no ofrece una protección plena al deudor. Así:

- Se trata de una regla dada respecto de los acreedores que puede verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos. Cabe entonces enfatizar aquí que el art. 231.5 LC determina que los créditos con garantía real solo se verán afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos conforme a las condiciones para extensión subjetiva de efectos en los arts. 238 y 238.bis LC, lo que justifica el tratamiento particular en materia de ejecuciones que analizaremos en el siguiente epígrafe, así como que, en todo caso, los créditos de derecho público no pueden verse afectados por el acuerdo extrajudicial, gocen o no gocen de garantía real.

Esto supone la concesión de un privilegio exorbitante a las administraciones públicas que, dotadas de capacidad de *autotutela*, podrán iniciar o mantener actuaciones ejecutivas sobre el patrimonio del deudor. De este modo, si en el origen de la insolvencia del deudor de que se trate el crédito público ostenta cierto peso, el acuerdo extrajudicial supondrá un mero estadio previo, privado de utilidad alguno, para la solicitud de un posterior concurso consecutivo en el que quizá obtener de forma más amable la exoneración del pasivo insatis-

el art. 5.bis.1 LC, omnicompreensivo del acuerdo extrajudicial de pagos y de refinanciación.

16. A favor de la compatibilidad excepto en lo tocante al art. 5.bis.4 LC, puede verse HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., op. cit.

fecho (tras el pago del crédito privilegiado), al tiempo que el deudor se verá privado durante la tramitación del expediente de esa posición de cobertura frente a una parte de actuaciones ejecutivas, las de origen público, lo que supone el desvalor de su mayor incentivo¹⁷.

- El precepto no confiere una protección *durante* tres meses desde la comunicación del inicio de negociaciones, sino que concede esa protección mientras se desarrollen efectivamente negociaciones, de modo que el plazo efectivo de protección puede ser menor si las negociaciones se consuman durante un lapso más breve. En cualquier caso, se trata de un plazo de carácter máximo, sin posibilidad de prórroga¹⁸.

3.3. Garantías reales: la situación de la vivienda habitual

Los acreedores de créditos con garantía real no se encuentran afectados por la regla general anterior. Solo se exceptúa aquellos supuestos en los que la garantía real recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. También sobre su vivienda habitual. Se trata de una regla asimilable a la situación de esos mismos acreedores durante la situación de concurso, así en el art. 56 LC, aunque con algunos matices, entre ellos los que responden a las particularidades de esta fase extrajudicial. Pero, incluso en estos casos de excepción a la regla de no afectación, los acreedores dotados de garantía real pueden entablar acciones ejecutivas, que después quedarán neutralizadas. Se trata entonces de una prohibición relativa. Es decir, se les privilegia con una suerte de ahorro del coste de oportunidad que para otro tipo de acreedor supone la imposibilidad de entablar una acción ejecutiva y conservarla, a modo de acto preparatorio para una ejecución definitiva y posterior. De nuevo, pueden ofrecerse algunas reflexiones:

- La protección que se reconoce a la vivienda habitual del deudor persona física, *a sensu contrario* la prohibición relativa de incoación y paralización de ejecuciones, es temporalmente claudicante y no encuentra concordancia estricta en los arts. 5.bis o 56 LC, que solo consideran los bienes necesarios para el desarrollo de actividades económicas. Además, para el caso del concurso consecutivo de los consumidores cabe recordar que será necesariamente un proceso de liquidación inmediata (art. 242.bis.1.10.^a LC), por lo que la conservación de este privilegio

17. Puede traerse aquí el amargo diagnóstico de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, Segunda Oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE: «(...) en muchos Estados miembros, los empresarios honrados que se encuentran en concurso de acreedores necesitan más de tres años para obtener una condonación de sus deudas y empezar de nuevo. La existencia de unos marcos ineficientes de Segunda Oportunidad supone que los empresarios queden atrapados en sus deudas o se vean empujados a la economía sumergida, o tengan que trasladarse a otras jurisdicciones para acceder a sistemas más favorables».

18. Ya el art. único.1 del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, modificó el art. 5.bis LC, resultando entre otros extremos la adición de su apartado sexto, que excluye la imposibilidad de formular comunicaciones en el plazo de un año, lo que fue generalmente aceptado como exclusión de la posibilidad de prórroga de sus efectos.

ya no solo resultará cuestionado objetivamente –por el hecho de que el art. 56 LC no contempla la protección de la vivienda habitual–, sino también temporalmente, puesto que no cabe esgrimir la imposibilidad de realización de la garantía durante la fase de liquidación, pueda producirse esta de forma separada o en el propio concurso.

- El concepto de vivienda habitual cohonesta con la noción civil de domicilio del art. 40 CC, que considera el lugar de residencia habitual de la persona natural en lo que no debe ser tomado aquí como tautología, puesto que la reflexión que queremos sugerir es la de que resultará indiferente el que se haya hecho mención o no de dicha circunstancia en la escritura de otorgamiento de un préstamo hipotecario que grave la vivienda, por ejemplo, pero razón también por lo que no pueden merecer esta condición las viviendas de mero recreo o vacacionales.
- El concepto de bien necesario se encuentra sólidamente asentado en nuestra doctrina concursal, dado en examen de los arts. 5.bis, 55 o 56 LC. La tesis más amplia y actualmente extendida, refiere que merece tal consideración cualquier bien o recurso afecto al proceso económico o productivo que desarrolle el concursado, lo que permite incluir en el concepto al circulante necesario para el pago a proveedores, adquisición de materias primas, abono de nóminas de empleados, etc. Nótese nuevamente en cualquier caso que esta protección solo se conferiría al deudor persona natural empresario y en la medida en que el bien en cuestión esté afecto a su actividad empresarial.
- Se reproducen aquí algunas de las incertidumbres anteriormente apuntadas en materia de competencia objetiva y territorial, ahora para determinar que órgano judicial pueda resultar competente para apreciar el carácter necesario del bien de que se trate. En este punto, se impone nuevamente una remisión a las reglas del art. 5.bis LC, como argumento de refuerzo para apreciar la compatibilidad entre ese precepto y el art. 235 LC.

3.4. El acreedor que pretende mejorar su situación. Otras reglas

El art. 235 LC regula otros efectos añadidos a los ya examinados, llamados a limitar las posibilidades de los acreedores de instar la adopción de medidas de garantía sobre sus créditos. Veámoslos:

- Solo los acreedores de derecho público, en el curso de procedimientos seguidos contra el deudor de carácter administrativo, pueden lograr la anotación de embargos o secuestros sobre los bienes del deudor pese a la práctica de anotación de la apertura de la fase de acuerdo extrajudicial de pagos. El resto de acreedores no podrán obtenerlos, si fueren posteriores a la presentación de la solicitud de nombramiento de mediador concursal y siempre que se haya procurado la anotación de la apertura del acuerdo extrajudicial (art. 235.2.a LC).
- Los acreedores deben abstenerse de realizar cualquier acto dirigido a mejorar la situación en que se encuentre respecto del deudor (art. 235.2.b LC). Se prohíbe así que puedan darse negociaciones particulares entre el deudor y acreedores de una determinada clase, para novar sus obligaciones originarias, por ejemplo, obteniendo estos acreedores la constitución de nuevas garantías. Estos actos, como actos ajenos al proceso de negociación extrajudicial, no gozarían de la protección

que el art. 242.2.4.º LC respecto del cómputo del plazo bianual para la reintegración de actos perjudiciales para el patrimonio del deudor definitivamente concursado y el resto de acreedores, siendo subsumibles en la presunción de perjuicio del art. 71.3.2.º LC.

- El acreedor puede facilitar al mediador concursal una dirección de correo electrónico para la práctica de comunicaciones, pero posteriormente no puede pretender o exigir que las comunicaciones se realicen por ninguna otra vía alternativa o complementaria (art. 235.2.c LC).
- El acreedor puede dirigirse, durante la tramitación del expediente, frente a los garantes del crédito que ostenta si estuviere vencido, sin que estos puedan oponerle a modo de excepción la misma apertura del expediente (art. 235.3 LC). Debe hacerse notar la concordancia del precepto con lo dispuesto por el art. 178.bis.5 LC¹⁹, que prevé la subsistencia de garantías personales pese a la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.
- El deudor no puede ser declarado en concurso necesario (art. 235.5 LC, en concordancia con los arts. 5.bis.5 y 15.3 LC) durante un plazo cuatrimestral: tres meses desde la comunicación durante los que no se admitirán solicitudes de concurso necesario formuladas por los acreedores y un plazo adicional de un mes, a la finalización de ese plazo, para que el deudor formule su propia solicitud, aunque durante este último plazo sí es posible que los acreedores formulen sus solicitudes, que serán admitidas pero solo proveídas si a la expiración de ese último plazo mensual el deudor no ha solicitado el concurso. En cualquier caso, deben ser consideradas aquí las particulares vías para la declaración del concurso consecutivo, puesto que el mediador concursal se encuentra legitimado para formular la solicitud de declaración (arts. 236. 4, 241.3 o 242.bis.1.9.º LC).

4. EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS

La incoación del expediente extrajudicial también produce efectos respecto de los créditos del deudor, si bien en una medida inferior al impacto que la declaración de concurso puede producir respecto de esos créditos, según la regulación que sobre el particular reúne el Título III de la LC que, en adición a la interdicción del devengo de intereses, también ofrece reglas concretas respecto de la compensación como vía para la extinción del crédito, la subsistencia o enervación del derecho de retención o respecto del tratamiento de la prescripción. En realidad, puede decirse que sobre el crédito pueden operar, más o menos incólumes, la generalidad de vicisitudes que le afectan el plano civil o mercantil ordinarios. De este modo, durante la vigencia de esta situación extrajudicial sería posible, por ejemplo, que un acreedor recibiera

19. Art. 178.bis.5 LC:

(...) Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida.

el completo pago de lo que se le debe, sin verse afectado por las prohibiciones que hemos comentado en epígrafes anteriores y con una dudosa vigencia de la regla de interdicción de la reintegración de actos de disposición a la que también se ha aludido, que antes parece evocar el régimen de protección de determinados acuerdos de refinanciación (art. 71.bis y Disp. Adicional 4.ª LC). Del mismo modo, el acreedor conserva el poder de disposición sobre su crédito.

4.1. El devengo de intereses

El apartado tercero del art. 235 LC dispone que “durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto por el art. 59²⁰”. De este modo, se mantiene el tratamiento privilegiado a acreedores públicos, a los que no afecta el propio acuerdo, así como a acreedores con garantía real, cuyos créditos devengarán intereses hasta donde alcance la garantía. Para el caso del deudor persona física no empresario pero empleador en un contrato doméstico, cabe hacer notar que la remisión al art. 59 LC también privilegia a este posible acreedor laboral.

4.2. Nuevos créditos

El art. 242.2.3.º LC reconoce el carácter de créditos contra la masa a cualquier crédito subsumible en las previsiones del art. 84 LC y que se hubiera devengado durante la tramitación del expediente extrajudicial. Si se trata de una regla dada, aparentemente, para desplegar eficacia desde el momento de declaración de concurso consecutivo, pueden ofrecerse dos reflexiones relevantes:

- La primera y evidente, que la posibilidad de que durante la tramitación del expediente de mediación se devenguen pasivos de esta especie, que dificultan o hacen más gravosa la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, debe intervenir como acicate para evitar dilaciones innecesarias en la tramitación de esta fase, lo que no siempre dependerá de la buena predisposición del deudor, tal y como ya se ha dicho.
- La segunda, que aunque el precepto reconoce tal condición para esa amplia tipología de créditos, no cabe considerar extendidos, durante la fase de tramitación del expediente, los remedios particulares de tutela que el art. 84.4 LC reconoce a créditos de tal clase.

20. A su vez, el art. 59 LC señala que: «Suspensión del devengo de intereses. 1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92.3.º de esta ley. 2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional».

er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer

La regulación de la Segunda Oportunidad para personas físicas operada tras la entrada en vigor del RDL 1/2015 y posterior Ley 25/2015, junto con las previsiones ya contenidas en nuestro ordenamiento en relación a la exoneración de pasivo de personas jurídicas y empresarios, supone la implantación de un nuevo paradigma en las relaciones jurídicas y económicas. Lo más destacado del nuevo marco es que permite la superación de la histórica responsabilidad patrimonial universal del deudor, regulando la existencia de un verdadero «fresh start» (*nuevo comienzo o segunda oportunidad*) para consumidores y empresarios.

Tras el éxito de medidas análogas en otros países de nuestro entorno, la regulación de la segunda oportunidad llega a nuestro ordenamiento –aunque tarde y de forma manifiestamente mejorable– para desbloquear la situación en la que se encuentran miles de ciudadanos tras la crisis económica y financiera de los últimos años. La presente obra analiza, desde todos sus ángulos, este nuevo marco regulatorio de la insolvencia de las personas físicas que requiere de una comprensión profunda de la materia por parte de todos los agentes implicados, a fin de garantizar el correcto uso de esta nueva herramienta y, con ello, la seguridad del tráfico económico y jurídico.

