

¿QUÉ ES LA LEY DE “SEGUNDA OPORTUNIDAD”?



Carlos Fidalgo Gallardo. Abogado.
Socio Director de MOREANA | Abogados y Economistas.
Profesor Asociado del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.

SUMARIO

1. Una auténtica revolución en el Derecho Patrimonial español
2. La Segunda Oportunidad, singularísima variante del concurso de acreedores
3. La Segunda Oportunidad, alternativa al concurso
4. Ventajas e inconvenientes de su condición de especialidad concursal

Aunque todavía poco conocidos, y lastrados por una regulación aquejada de graves carencias e indefiniciones, los expedientes de negociación extrajudicial de pasivos pueden proporcionar una verdadera segunda oportunidad a las personas naturales (individuos o familias, asalariados o autónomos y empresarios) que sin mala fe de su parte hayan podido caer en una situación de insolvencia. Este artículo es el primero de una serie que analizará en sucesivos capítulos la naturaleza, la tramitación, y las ventajas y carencias del régimen de la Segunda Oportunidad.

UNA AUTÉNTICA REVOLUCIÓN EN EL DERECHO PATRIMONIAL ESPAÑOL

La responsabilidad personal por deudas es cuestión actualmente circunscrita

al ámbito del Derecho Patrimonial Privado, donde el basilar art. 1.911 del Código Civil nos dice que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. **Los bienes por tanto, pero no la**

persona misma, son lo que queda sujeto a la atención de las deudas que el individuo pueda contraer por cualquier título. Sólo en supuestos concretos el Código Penal tipifica como delitos determinadas conductas de na-

turaliza o sustrato económico, y consiguiendo les apareja la imposición de sanciones penales, incluso restrictivas de libertad ambulatoria: por ejemplo el impago de pensiones alimenticias (art. 227 CP), o los delitos fiscales (arts. 305 y ss. CP). Pero en estos supuestos la conducta del deudor está revestida de un plus de gravedad, y el bien jurídico protegido —la ratio que fundamenta la tipificación penal— no es el simple impago sino, en el caso de las pensiones por alimentos los derechos de los hijos, y en el caso del delito fiscal el menoscabo a la Hacienda Pública.

La sujeción sin embargo de “todos [los] bienes presentes y futuros” del deudor a la atención de sus acreedores, puede sin embargo en situaciones extremas —mucho más frecuentes de lo que habitualmente se piensa— equivaler a una muerte económica en vida que condena a simplemente sobrevivir excluido del sistema.

En España, hasta fecha reciente esas situaciones de ruina no tenían solución, salvo mejoras de fortuna de tal naturaleza que solían ser más bien golpes de suerte que resultado del esfuerzo personal: una lotería o una herencia sustanciosa que permitiese al deudor de un plumazo liquidar sus deudas anteriores y volver a reintegrarse al sistema económico y crediticio como un ciudadano más. Porque la insolvencia en efecto

“Si el acuerdo extrajudicial no prospera, tras la liquidación de los activos y su distribución entre los acreedores conforme a las reglas legales, el deudor de buena fe puede tener acceso al beneficio de exoneración de los pasivos que no hayan podido ser satisfechos”

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Art.; 1911
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Legislación. Marginal: 69726846). Arts.; 227, 305 a 310 bis
- Ley 1/2000, de 7 de enero. Ley de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 12615). Arts.; 45.1.b, 570
- Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. (Legislación. Marginal: 6927281)
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Legislación. Marginal: 69726897). Arts.; 5 bis, 178 bis, 231 a 242 bis
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (Legislación. Marginal: 683161)

“El expediente de negociación extrajudicial de pasivos, o según la terminología legal acuerdo extrajudicial de pagos, permite a las personas físicas gestionar su situación de insolvencia de forma alternativa al concurso de acreedores de personas físicas”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Auto del Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº5 de Dos Hermanas de fecha 13 de diciembre de 2017, Nº Rec. 0/0, (Marginal: 70512173)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de diciembre de 2016, núm. 227/2016, (Marginal: 70363409)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de julio de 2016, núm. 144/2016. (Marginal: 70363325)



no sólo abocaba al insolvente a acabar perdiendo sus bienes a manos de sus acreedores (por el desencadenamiento de procedimientos administrativos y judiciales de reclamación de cantidad y las subsiguientes ejecuciones, acompañadas de la inclusión en ficheros de morosos), sino también a que se le cerrasen total y definitivamente las puertas del crédito (las ejecuciones no caducan una vez iniciadas, art. 570 de la LEC). Crédito, no lo olvidemos, que en una economía moderna es imprescindible para poder tener una vida económica más allá del simple vivir al día.

Aquí es donde entra en juego la reciente incorporación a nuestro ordenamiento del régimen de la Segunda Oportunidad, que ha supuesto en nuestro Derecho Patrimonial una verdadera revolución, aún muy desconocida y poco utilizada.

LA SEGUNDA OPORTUNIDAD, SINGULARÍSIMA VARIANTE DEL CONCURSO DE ACREEDORES

La Segunda Oportunidad fue introducida en la legislación española 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, LSO). **Constituye una muy especial especialidad del concurso de acreedores, tanto por su naturaleza, como por sus fines, como por su tramitación, como muy especialmente por el resultado que se puede alcanzar con ella.** A través de estos expedientes, los particulares en situación de insolvencia actual o inminente pueden conseguir, tras un procedimiento de mediación extrajudicial desarrollado de buena fe y para el caso de falta de acuerdo en el mismo, la liberación por resolución judicial del resto de pasivos no atendidos tras la liquidación de sus activos. Lo de “segunda oportunidad” es por eso un término no técnico, pero muy descriptivo y eficaz.

La LSO, en efecto, incorporó a la Ley Concursal una singularísima variante del concurso de acreedores. Lo hizo mediante la adición a la LC del rompedor art. 178 bis, que regula la concesión del beneficio de exoneración de pasivos insatisfechos; la sustancial modificación del título X de la misma ley sobre “El acuerdo extrajudicial de pagos” (el cual había introducido la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), que quedó conformado por unos renovados arts. 231 a 242 bis y pasó a ser aplicable a personas naturales no empresarios; y el retoque no precisamente cosmético de otros artículos tanto de la LC como de la LEC (por ejemplo el fundamental art. 5 bis LC sobre efectos del inicio del expediente, o el art. 45.1.b LEC sobre competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia).

El expediente de negociación extrajudicial de pasivos, o según la terminología legal acuerdo extra-

judicial de pagos, es por tanto un cauce que permite a las personas físicas (individuos o unidades familiares, asalariados o autónomos y empresarios) gestionar su situación de insolvencia (actual o inminente), de forma alternativa al concurso de acreedores de personas físicas.

LA SEGUNDA OPORTUNIDAD, ALTERNATIVA AL CONCURSO

Y es que el concurso de acreedores no es ordinariamente salida para la persona natural insolvente. Porque, aunque la bienintencionada LC pretenda desde su misma Exposición de Motivos que “el Convenio es la solución normal del concurso, que la Ley fomenta”, lo cierto es que el sistema concursal español es, en la práctica, un absoluto y carísimo fracaso. Lo es desde el punto y hora que, según todas las estadísticas, **más del 95% de los concursos acaban en liquidación**, y que en su seno y a sus resultados sólo cobren los Administrado-

res Concursales, con mucha suerte los Abogados de la concursada, y de aquella manera los acreedores con garantía real (normalmente bancos)... en la medida en que consideren que adjudicarse inmuebles forma parte del *core* del negocio bancario. El resto de los acreedores se tendrán que contentar, si acaso, con las migajas de una liquidación de activos que en el curso del procedimiento se habrán depreciado sustancialmente, y el resto de sus créditos simplemente tendrán que darlos por incobrables y fallidos. Del deudor concursado no digamos: cuando se trata de persona jurídica, el auto de finalización del concurso será equivalente a la partida de defunción de la empresa. Sólo si el concurso es declarado fortuito el letrado de la concursada y sobre todo sus administradores societarios podrán darse por satisfechos, pues la insolvencia y liquidación de la persona jurídica no les arrastrará personalmente vía derivación de responsabilidad y subsecuente condena a sufragar los pasivos no cubiertos. Esto, claro está, siempre que no se hubiesen constituido garantías





personales que tras la caída de la empresa se volvieran contra los avalistas, supuesto típico en nuestra economía de PYMEs donde la banca exige casi sin excepción a socios y administradores garantizar con su patrimonio las operaciones financieras de sus empresas.

Cuando se trata de personas naturales, la situación a la que conduce el concurso es aún peor, porque salvo ese improbable convenio, tras el concurso y la liquidación el deudor concursado y liquidado aún deberá todo lo que no se haya podido pagar tras venderse todos sus activos, seguirá teniendo cerrado a cal y canto el acceso al crédito, y seguramente la cuenta será mayor que al inicio porque se habrá incrementado con los costes de los profesionales intervinientes en el proceso.

No entremos ahora, pues no es momento, en las causas y las soluciones a esa situación. En lo que ahora nos toca, el círculo vicioso de **la insolvencia de los particulares, y el hecho de que a la persona física no se la puede liquidar (se pueden liquidar sus activos, no a la persona), lo rompe precisamente el régimen de la Segunda Oportunidad.** Pues a su término, **si el acuerdo extrajudicial no prospera, tras la liquidación de los activos y su distribución entre los acreedores conforme a las reglas legales, el deudor de buena fe puede tener acceso al beneficio de exoneración de los pasivos que no hayan podido ser satisfechos** (art. 178 bis LC). Es este beneficio, en efecto, la más radical novedad que incorpora la LSO a nuestro ordenamiento.

VENTAJAS E INCONVENIENTES DE SU CONDICIÓN DE ESPECIALIDAD CONCURSAL

Antes de entrar en el detalle del procedimiento, conviene hacer hincapié precisamente en esa consideración de

singularísima especialidad del concurso de acreedores de persona física que es el acuerdo extrajudicial de pagos (y subsiguiente exoneración de pasivos insatisfechos, si fuese el caso), y lo que eso supone en la teoría y en la práctica de la gestión de la insolvencia de los particulares.

El hecho de ser un régimen especial del concurso de acreedores confiere a los expedientes de negociación extrajudicial de pasivos la ventaja de incardinarlos en el marco bien asentado de la dogmática general del Derecho Mercantil y concretamente del Derecho Concursal. Porque lo que no funcionan son los concursos de acreedores en su realidad práctica, no la teoría y la solidísima doctrina y jurisprudencia que en torno a los concursos existe. De este modo, los acuerdos extrajudiciales de pagos se benefician de todo el amplísimo desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal de la LC en los quince años que han transcurrido desde su promulgación. Si se conoce bien el Derecho Concursal y la LC, puede abordarse con confianza la promoción y el impulso de un expediente de negociación extrajudicial de pasivos, que además por su regulación, que limita grandemente las posibilidades de actuación de los distintos intervinientes en el mismo, supone menos incertidumbre para el deudor en cuanto a su resultado final (el acuerdo de pagos, o la exoneración de pasivos insatisfechos). Al revés, si no se conoce bien la LC y el régimen general de los concursos de acreedores, difícilmente podrá abordarse en condiciones óptimas un procedimiento de segunda oportunidad.

Pero de ahí —de esa consideración de régimen especial respecto al de los concursos ordinarios— resultan a la vez los inconvenientes y las incertidumbres de estos procedimientos.





Esos inconvenientes empiezan, en un plano teórico pero que tiene importantísimas repercusiones prácticas, ya desde la consideración de que los expedientes de negociación extrajudicial de pasivos son procesos de mediación. Esta naturaleza es incompatible o al menos de difícil armonización con la naturaleza del concurso ordinario y el papel que en el mismo desempeñan el Juez y sobre todo la Administración Concursal. **En el concurso de acreedores se busca facilitar el convenio (esa solución supuestamente “normal” del concurso), con una serie de medidas “orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores”** (apartado VI de la EM de la LC), y un estricto régimen de tutela del deudor concursado. **Frente eso el procedimiento de Segunda Oportunidad, ya desde su misma denominación, está diseñado más**

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS. *La ley de segunda oportunidad y los acreedores del deudor exonerado*. Ed. Marcial Pons. 2017
- MUNAR BERNAT PEDRO ANTONIO, CUENA CASAS MATILDE, FERNANDEZ SEIJO JOSE M^a, VALLS RIUS ANNA. *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad (Dúo)*. Ed. Aranzadi. 2016

Disponible en www.casosreales.es

- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2007
- NOGUERA DE ERQUIAGA, JUAN CARLOS. *Ley Concursal*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2011

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- PAVÓN NEIRA, CARLOS. *Insolvencia de promotoras inmobiliarias: alternativas al concurso de acreedores*. Economist&Jurist N° 129. marzo 2013. (www.economistjurist.es)
- PAVÓN, CARLOS. *Preconcurso como método para evitar el concurso de acreedores*. Economist&Jurist N° 171. Junio 2013. (www.economistjurist.es)
- ALBIOL PLANS, JORDI. VALCÁRCEL BERNAL, CRISTIAN. *El concepto de insolvencia en la solicitud de concurso necesario*. Economist&Jurist N° 193. Septiembre 2015. (www.economistjurist.es)

bien para atender la necesidad del deudor insolvente, que en la fase extrajudicial puede proponer quitas sin límite y esperas de hasta diez años (art. 238.1 LC), y que en el concurso de liquidación posterior a la falta de acuerdo puede acceder a un beneficio (el de la exoneración de pasivos insatisfechos) que en nada aprovecha a los acreedores.

En un concurso la Administración Concursal, y supraordenada a ésta el Juez, deben actuar buscando ante todo salvaguardar los derechos de la masa pasiva (procurar la continuidad de la empresa o buscar que se suscriba y apruebe un convenio son medios para propiciar el mayor grado posible de satisfacción de los créditos). Frente a esto, un mediador en un expediente de negociación extrajudicial de pasivos *no es un administrador concursal*. No lo es por mucho que, en la práctica, quizá simplemente por la inercia que surge del marco al que confusamente se remite la regulación de su figura, muchas veces así se vean y actúen, desde que aceptan el nombramiento y se reúnen por primera vez con el deudor, hasta que seguidamente se aprestan a desarrollar su labor. **Es muy frecuente (así lo ha experimentado quien suscribe en diversas ocasiones) que los mediadores concursales adopten modos y maneras que no se compadecen con su función conceptualmente mediadora.** Y así es muy común que,

“El procedimiento de Segunda Oportunidad, está diseñado más bien para atender la necesidad del deudor insolvente, que en la fase extrajudicial puede proponer quitas sin límite y esperas de hasta diez años”

al inicio de la fase de mediación extrajudicial, presenten a la firma del deudor un acta de intervención (calcada de las de los concursos ordinarios), pretendan desde el principio intervenir cuentas bancarias y autorizar gastos (cosa que no procede en la fase extrajudicial, y dudo mucho que proceda en la ulterior fase de liquidación), o seguidamente travistan su mediación en una suerte de censura omnipresente de los actos del deudor, radicalmente escorada hacia la defensa de los intereses de los acreedores. Finalmente, **en el concurso consecutivo de liquidación, abierto tras fracasar la fase extrajudicial de mediación, es frecuente que se pretenda establecer alimentos para los deudores, o que se quiera sujetar los ingresos de éstos a la atención de los acreedores anteriores al inicio del procedimiento extrajudicial, cuando conceptualmente las masas activa y pasiva quedaron fijadas en el momento del otorgamiento del acta notarial de inicio del expediente.**

Los expedientes de negociación extrajudicial de pasivos navegan por tanto en un marco legal complejo, por la mezcla de naturalezas y el endiablado juego de remisiones entre las distintas secciones de la LC (del régimen general al especial y vuelta, sin que muchas veces sea fácil determinar cuál es el requisito o el plazo aplicable). Pero es un marco que, si se domina, puede desembocar, bien en un acuerdo extrajudicial ajustado a las posibilidades reales del deudor y por tanto susceptible de ser efectivamente cumplido (la ausencia de limitación a las posibles quitas hace que puedan proponerse acuerdos auténticamente viables para el insolvente), bien en una exoneración de pasivos que verdaderamente propicie esa reincorporación a la vida económica, esa Segunda Oportunidad tan anhelada. ■

CONCLUSIONES

- Los expedientes de Segunda Oportunidad, introducidos en nuestro ordenamiento como una singularísima variante del concurso de acreedores de la LC, han supuesto una auténtica revolución en el modo de gestionar las situaciones de insolvencia de los particulares. No sólo en su seno puede llegarse a acuerdos cuyo cumplimiento sea verdaderamente posible en función de las circunstancias reales del deudor, sino que si fracasan pueden desembocar en una exoneración de los pasivos no atendidos y por tanto hacer posible la reincorporación del insolvente a la vida económica. Sin embargo, todavía son poco conocidos, y sobre todo su naturaleza, a medio camino entre un concurso de acreedores y un procedimiento de mediación, hacen que persistan carencias y dudas en cuanto al modo de promoverlos y tramitarlos