

EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS Y POR ALIMENTOS EN LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DICTADAS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRLC

Dr. Enrique Gadea Soler
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2020
Fecha de aceptación: 30 de diciembre de 2020

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un estudio comparativo de la regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho introducida en la Ley Concursal por el RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, y la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y de la contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR). Seguidamente, se exponen los criterios mantenidos por las primeras resoluciones judiciales sobre la exoneración de los créditos de derecho público y por alimentos dictadas después de la entrada en vigor del TRLR y se analiza la polémica surgida en torno al ultra vires por exceso de delegación, finalizando con una valoración crítica y con una propuesta de solución al problema de inaplicación por los tribunales de preceptos en vigor.

ABSTRACT: This paper makes a comparative study of the regulation on the exoneration of unsatisfied liabilities introduced in the Insolvency Act by RD-Law 1/2015, of 27 February and the subsequent Law 25/2015, of 28 July, on the second chance mechanism, and that contained in Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, approving the revised text of the Insolvency Act (TRLR). It then sets out the criteria maintained by the first judicial decisions on the exoneration of public law and maintenance claims issued after the entry into force of the TRLR and analyses the controversy that has arisen around ultra vires due to excess of delegation, ending with a critical assessment and a proposed solution to the problem of non-application by the courts of the precepts in force.

PALABRAS CLAVE: persona física, concurso de acreedores, segunda oportunidad y exoneración del pasivo insatisfecho.

KEYWORDS: natural person, insolvency proceedings, second chance and discharge of unsatisfied liabilities.

SUMARIO: 1. La regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en España. 2. El régimen jurídico relativo a la exoneración del pasivo insatisfecho contenido en la LC. 3. El beneficio de la exoneración pasivo insatisfecho en el en el TRLR. 4. Los criterios mantenidos por las primeras resoluciones de nuestros tribunales sobre la exoneración de los créditos de derecho público y por alimentos después de la entrada en vigor del TRLR. Valoración crítica y propuesta de solución. 5. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DEL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN ESPAÑA

Desde la entrada en vigor de la Ley concursal (en adelante, LC), la doctrina ha venido solicitando que se introdujese en España, como ya se había hecho en otros países, un mecanismo de liberación de deudas para las personas físicas que se encontrasen en situación concursal.

La primera norma que regula en nuestro ordenamiento un sistema de exoneración del pasivo insatisfecho es la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que modificó el apartado 2 del art. 178 LC, aunque su ámbito de aplicación se limitaba a las personas físicas empresarias.

Para encontrar un mecanismo de segunda oportunidad general, aplicable a cualquier tipo de deudor persona natural, empresario y no empresario¹, es necesario esperar hasta la aprobación del RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, y a la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas del orden social, que introduce en la Ley Concursal un nuevo artículo, el artículo 178 bis, que regula la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (o, indistintamente, BEPI).

En la actualidad, la regulación prevista en el artículo 178 bis de la LC ha sido derogada por la contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en lo sucesivo, TRLC), artículos 486 a 592, que fue concebido para la regularización, la aclaración y la armonización normativa, pero que, al menos en este punto, ha añadido más controversia a la ya existente con la regulación anterior.

A continuación, vamos a tratar de explicar las nuevas cuestiones controvertidas, si bien, con carácter previo, realizaremos un estudio comparativo del régimen legal contenido en la LC y en el TRLC.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO RELATIVO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO CONTENIDO EN LA LC

El presupuesto para obtener el BEPI se contiene en el apartado 1 del artículo 178 bis de la LC, que lo supedita a que el concursado sea persona natural y a que se haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencias de la masa activa. Ello supone que todos los bienes y derechos que, conforme al artículo 76 LC, forman parte de la masa activa han sido realizados y aplicados al pago de los créditos.

Como se señala en el SAP Pontevedra 71/2020, 12 de Febrero de 2020: “...pese a la solicitud del mediador de declaración y conclusión del concurso consecutivo por inexistencia de masa, cuando el concursado es una persona física, la insuficiencia de masa activa no permite declarar el concurso y concluirlo de forma simultánea, debiéndose abrir la fase de liquidación, con designación de AC, que deberá liquidar los bienes existentes y, en su caso, pagar los créditos contra la masa, y concluida esta liquidación, con el correspondiente informe final, el deudor podrá solicitar el BEPI”².

¹ La extensión del ámbito subjetivo de la norma ha sido valorado positivamente por la doctrina. Sobre el particular, puede verse CUENA CASAS, M. “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, en El Notario del Siglo XXI, mayo-junio 2015, nº 61. Madrid 2015, p. 478.

² Así también PUIGCERVER ASOR, C. “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, en la obra colectiva La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas. PUIGCERVER ASOR, C/ADAN DOMÉNECH, F. Ed. Librería Bosch, Barcelona 2019, p. 124, que hace hincapié en que en caso contrario el juez no podrá valorar la culpabilidad o no del concurso.

Sobre la base de este presupuesto, la LC, en el apartado 3 del artículo 178 bis, exige el cumplimiento de una serie de requisitos. Como se destaca en la STS nº 381/2019, de 2 de julio, el precepto señala que: *"Sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe"*. Y a continuación explica qué se entiende por buena fe, al ligar esta condición al cumplimiento de unos requisitos que enumera a continuación³. Por lo tanto, la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del artículo 7.1 del CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC .

La naturaleza de estos requisitos es heterogénea: en efecto, los dos primeros guardan una relación más directa con las exigencias de la buena fe: es preciso que el concurso no haya sido declarado culpable (con la salvedad legal prevista para el caso de que lo hubiera sido por retraso en la solicitud de concurso, siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor) y también que en los diez años anteriores el deudor no hubiera sido condenado por sentencia firme por una serie de delitos (contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores).

Por su parte, el tercero exige que, reuniendo los requisitos legales para ello, se hubiera optado por el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (o, indistintamente, AEP) y que, frustrada su consecución o cumplimiento, se hubiera acabado en el concurso consecutivo. Bajo una perspectiva de interpretación literal de la norma, el AAP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 15/2016, de 25 de enero de 2016, se decantó por el carácter necesario del AEP para que el deudor pueda ser considerado de buena fe:

"El reconocimiento de este beneficio (la exoneración), en opción legislativa, se somete en la legislación actualmente vigente a diversos requisitos, diferentes del carácter automático que presentaba el texto anterior, entre ellos que el deudor pueda ser considerado de buena fe. Es la propia norma, el art. 178 bis, la que ofrece el concepto auténtico de buena fe, estado jurídico que se somete a tres requisitos necesarios y uno dispensable por el juez. Los requisitos de derecho imperativo son que el concurso no haya sido declarado culpable, la ausencia de condena del deudor por ciertos delitos, y que "reuniendo los requisitos establecidos en el art. 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos"; el requisito dispensable se refiere a la obligación de "satisfacer todos los créditos contra la masa y los privilegiados y, en el caso de que no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios". La dispensa de esta exigencia se condiciona a cinco requisitos que prevé el apartado 5º del precepto.

Por tanto, en interpretación literal de la norma, el intento de AEP es condición ineludible para que el deudor pueda ser considerado de buena fe a efectos de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo. La redacción dada al 178.2 por la Ley 14/2013 no lo exigía. La nueva norma precisa un intento previo de AEP que en la lógica de las cosas habrá resultado frustrado, pues en otro caso el AEP, perfeccionado y cumplido, habrá logrado su finalidad de liberar al deudor de las deudas o de la parte insatisfecha de las deudas que no gocen de garantía real o por la parte que exceda del valor de la garantía. El intento de obtención del acuerdo se concibe como una manifestación de que el beneficio lo solicita un deudor responsable y colaborador, predispuesto a pagar sus deudas. Se impone así al deudor la carga de solicitar previamente el AEP para solicitar la remisión del pasivo.

La pertinencia de tener que acudir al procedimiento extrajudicial para superar la insolvencia, cuando no existan posibilidades efectivas de lograr acuerdo alguno con los acreedores, o aún antes, cuando no existan bienes suficientes para acometer los propios

³ Sobre el concepto de buena fe, SANJUÁN Y MUÑOZ, E. "El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad", en la obra colectiva dirigida por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I/OLMEDO CARDENETE, M, Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 798 y ss.

gastos del expediente notarial, puede resultar cuestionable, pero constituye el ejercicio de una opción legislativa, que el intérprete no puede soslayar. Tampoco apreciamos contradicción en la norma, pues en la introducción de la alternativa al último requisito de pago de los créditos contra la masa y privilegiados (ap. 4º, art. 178 bis.3), cuando se añade la posibilidad de que el deudor no haya intentado el AEP, -en cuyo caso deberá también haber satisfecho el 25% del pasivo ordinario- puede interpretarse en el sentido de que la norma se está refiriendo a los deudores que no cumplan los requisitos del art. 231⁴.

Sin embargo, posteriormente, la STS 150/2019, 13 de marzo de 2019 (en el mismo sentido, la STS 383/2020, de 1 de julio de 2020), prescindiendo de la literalidad de la norma, matiza el criterio anterior y ofrece una explicación al aparente contrasentido entre lo previsto en el ordinal 3º (*haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos*) y el 4º (*no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo*) del artículo 178 bis 3 de la LC. Considera que el requisito del ordinal 3º se refiere a que se hubiera *instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos*, mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que *hubiera habido un intento efectivo de acuerdo*; es decir, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Concretamente, en el fundamento jurídico 2º la STS señala:

“La cuestión suscitada en el motivo se centra en cómo debe interpretarse la referencia contenida en el ordinal 4.º del art. 178 bis.3 LC, a que se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, para que no resulte exigible el pago del 25% de los créditos concursales ordinarios como requisito previo para obtener el beneficio de la remisión de deudas.

La posibilidad de obtener "el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho" prevista en la actualidad en el art. 178 bis LC, proviene de la reforma introducida por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, con las modificaciones de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

Este precepto permite, en supuestos como el presente, en que "ha concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa", recabar del juzgado la condonación de deudas.

El apartado 3 del art. 178 bis LC regula los requisitos para que se pueda obtener este beneficio. Los tres primeros son comunes, y el cuarto y quinto son alternativos.

En nuestro caso, no se discute el cumplimiento de los requisitos comunes: el concurso no ha sido declarado culpable; el deudor no ha sido condenado por sentencia penal firme por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, ni de falsedad documental, y tampoco constan diligencias penales pendientes relativas a estos delitos; y el concurso consecutivo ha venido precedido de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

El deudor instante del beneficio ha optado por la alternativa del ordinal 4º. Conforme a esta alternativa, es preciso "que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y

⁴ En esa línea también, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª M. La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia. Ed. Lefevre/El Derecho, 2ª ed., Madrid 2015, pp. 95-96. Por su parte, entienden que la exigencia necesaria del intento de AEP es excesiva: SENENT MARTÍNEZ, S.; GALLEGOS SÁNCHEZ, A.M; NIETO DELGADO, C.; VILLENAS CORTÉS, F.B.; “Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social”. Fascículo de actualización de la Ley Concursal Comentada, Ed. Francis Lefevre/El Derecho, Madrid 2015, p. 4 y JIMÉNEZ PARÍS, T. A. “El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 750/2015. Madrid 2015, pp. 2371 a 2373.

los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios".

Esto es, para obtener la inmediata remisión de deudas es preciso que antes se hayan pagado todos los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, así como el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. Pero se elude esta exigencia del previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, si previamente se "hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos".

Esta referencia genera lógicas dudas de interpretación, pues conforme al ordinal 3º, ya se prevé que en todo caso el deudor haya instado el acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo al concurso consecutivo. El que en el ordinal 4º el alcance de los pagos que en todo caso deben haber sido satisfechos dependa de si se había intentado o no el acuerdo extrajudicial de pagos parece un contrasentido, pues se supone que si no hubiera sido así no se cumpliría el requisito anterior del ordinal 3º.

Ante estas dudas, la interpretación que sostiene la Audiencia resulta muy razonable.

El requisito del ordinal 3º se refiere a que se hubiera instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, que al verse frustrado, dio paso al concurso consecutivo, a cuya conclusión por insuficiencia de activo el deudor interesa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De modo que, a los efectos del ordinal 3º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos.

Si, como ocurre en el presente caso, en la práctica no se ofrece nada, pues la propuesta era la extinción o quita del 100% de los créditos, hemos de concluir, como hizo la Audiencia, que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Por esta razón, el Sr. Hipólito no podía obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por la alternativa del ordinal 4.º del art. 178 bis 3 LC, sin que previamente hubiera acreditado haber pagado el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios".

En el cuarto y el quinto se regulan dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho, conteniendo cada una de ellas unos requisitos propios. El ordinal 4º prevé una exoneración inmediata, y para ello exige el cumplimiento de unos requisitos: que el deudor haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios; y, alternativamente, el ordinal 5º, para los deudores que no hayan podido atender antes de finalizar el procedimiento concursal los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, prevé una exoneración diferida en el tiempo, transcurridos cinco años, y exige otros requisitos propios: que el deudor acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6 del artículo, a través del cual también deberá abonar, cualquiera que sea su clasificación, los créditos públicos y por alimentos; que no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42; que no haya obtenido el beneficio dentro de los diez últimos años; que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la

declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y que acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

De este modo, como concluye la STS nº 381/2019, de 2 de julio anteriormente referida, para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario en primer lugar que, con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1º, 2º y 3º del apartado 3 del artículo 178 bis LC; es decir, que el concurso no haya sido calificado culpable; que el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; y se haya acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso. Además, en función de la alternativa que se tome, la exoneración inmediata del ordinal 4º o la exoneración en cinco años del ordinal 5º, se han de cumplir las otras exigencias anteriormente mencionadas, propias de cada alternativa⁵.

3. EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN PASIVO INSATISFECHO EN EL EN EL TRLC

Como es lógico, dada la naturaleza de la norma, el TRLC, en su artículo 486, también supedita la solicitud del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho al caso del concurso de persona natural, si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa.

Sin embargo, la regulación del BEPI, que se contiene en el Capítulo II del Título XI del Libro I del TRLC, es más amplia: comprende los artículos 486 a 592 del TRLC. En ella se distingue entre el régimen general de la exoneración (artículos 487 a 492) y el régimen especial por aprobación de un plan de pagos (artículos 493 a 499).

En la regulación del régimen general (llamado de exoneración inmediata en la LC), el TRLC diferencia entre presupuesto subjetivo (artículo 487) y presupuesto objetivo (artículo 488) de exoneración:

El presupuesto subjetivo de exoneración se identifica con el deudor persona natural que sea de buena fe, considerándose deudor de buena fe cuando reúna los dos requisitos siguientes, prácticamente coincidentes con los contenidos en la normativa derogada, si bien en el TRLC no se incluye como presupuesto de la buena fe el requisito relativo a haber celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos:

1. Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso. En el artículo 178 bis, apartado 3, nº 1, LC se aludía a la apreciación por parte del juez del concurso de la inexistencia de dolo o culpa grave en la solicitud de concurso tardío; ahora se exige que el juez valore las circunstancias en que se produjo el retraso, si bien entendemos que para evitar una alegación de exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición, el juez del concurso deberá tomar esos parámetros de evaluación en su juicio de ponderación.

2. Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años

⁵ La calificación de concepto normativo y no valorativo es sustentada por PULGAR EZQUERRA, J., en Preconcurso y reestructuración empresarial. Ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2ª Edición, Madrid, 2016, p. 920.

anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme.

En el TRLC, el presupuesto objetivo se identifica únicamente con la satisfacción de un determinado umbral de pasivo, pero no necesariamente con haber intentado la celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos previo. Respecto al requisito de la celebración o, al menos, intento de celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos, que se recogía en el artículo 178 bis, apartado 3, nº 3, LC, consideramos que en la regulación prevista en el Texto Refundido la inexistencia de un intento de acuerdo extrajudicial de pagos no impedirá la obtención del beneficio de exoneración de pasivo, ni en el régimen general de la exoneración, ni en el régimen especial por aprobación de un plan de pagos. En efecto, el artículo 488.2 del TRLC, al regular el presupuesto objetivo para la obtención del beneficio prevé que también podrá obtenerlo el deudor que, reuniendo los requisitos para poder hacerlo, no hubiera intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, sin perjuicio de que al deudor que, reuniendo los requisitos para poder hacerlo, lo haya hecho, le conceda un trato más favorable. En este caso, para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados; mientras que si el deudor, que reuniera los requisitos para poder hacerlo, no hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, podrá obtener el BEPI si en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios (en ese sentido, el AJM nº 1 de A Coruña nº 143/2020, 6 de Octubre de 2020).

No obstante, y sin perjuicio de las dudas de extralimitación que pueda generar la no exigencia de haber instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos para obtener la exoneración (el TRLC ha decidido que si, reuniendo los requisitos para ello, no se hubiese intentado un AEP se podrá obtener el beneficio de la exoneración abonando, además, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios), el tema más polémico, y donde se ha apreciado un exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición, es en la regulación de la extensión de la exoneración (artículo 491 TRLC).

A pesar de los problemas interpretativos planteados por el artículo 178 bis LC, la doctrina y la jurisprudencia, de forma prácticamente unánime, entendían que el apartado 4 del artículo 178 bis de la LC establecía que el deudor que fuera de buena fe podía ser exonerado de todo el pasivo insatisfecho si, habiendo intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, estaba al corriente de pago de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados. De darse tales circunstancias, el deudor quedaba exonerado de todo el crédito concursal ordinario y subordinado, incluido el crédito público y por alimentos. En ese sentido, la crítica recaía sobre el apartado 5 del art. 178 bis LC, que establecía el ámbito de la exoneración de pasivo insatisfecho cuando el deudor se hubiese acogido a la modalidad de concesión diferida por aprobación de un plan de pagos. La norma, respecto a este segundo régimen de exoneración, se refería a la exoneración de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, pero exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

La polémica ha llegado porque el artículo 491 del TRLC prevé una regulación más restrictiva para el deudor que accede al BEPI mediante el régimen general de exoneración, al que ahora también se exige, como presupuesto para su obtención, el pago de los créditos de derecho público y por alimentos, aunque se clasifiquen como ordinarios y subordinados.

En lo que respecta a la revocación de la exoneración, el artículo 492 del TRLC, al igual que artículo 178 bis 7 de la LC, prevé que únicamente podrá fundarse en que, durante los cinco años siguientes a su concesión, se constatare que el deudor ha ocultado la existencia de

bienes o derechos o de ingresos, salvo que fueran inembargables según la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte, en cuanto a la regulación de la exoneración por el cauce del régimen especial por aprobación de un plan de pagos, de forma análoga a la LC, el TRLC, en los artículos 493 y 494, prevé que aunque el deudor de buena fe no reuniera el presupuesto objetivo establecido para el régimen general (pago del umbral mínimo de pasivo allí previsto) podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quedara exonerada (créditos contra la masa, créditos concursales privilegiados, créditos públicos y por alimentos), si cumpliera los siguientes requisitos:

1º. No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

2º. No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal.

3º. No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años.

4º. Aceptar de forma expresa someterse al plan de pagos que resulte aprobado por el juez y que la concesión de este beneficio se haga constar en el Registro público concursal durante un plazo de cinco años.

También en este caso, en lo relativo a las causas de revocación de la exoneración, el TRLC - en su artículo 498- recoge las previstas en la LC, con lo que, además de la solicitud de revocación en caso de ocultación por el deudor de la existencia de bienes o derechos o de ingresos, cualquier acreedor concursal, durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación de la concesión provisional del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho si el deudor incumpliere el plan de pagos, si mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que, sin detrimento de la obligación de satisfacer alimentos, pudiera pagar todos los créditos exonerados o si el deudor incurriese en causa que hubiera impedido la concesión del beneficio por falta de los requisitos establecidos para poder ser considerado deudor de buena fe⁶.

Con el objeto de mitigar la rigidez y el rigor del plan de pagos y de facilitar la exoneración, el artículo 499.2 del TRLC (al igual que el 176 bis 8 de la LC) prevé que el pasivo del deudor que no haya sido exonerado, podrá serlo si éste no cumple el plan de pagos, pero atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables (conforme al criterio previsto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios) o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriese en el deudor las circunstancias previstas 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, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad⁷.

Asimismo, la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho produce los siguientes efectos, que se ahora se regulan en los artículos 500 a 502:

⁶ Distinguen entre revocación propia e impropia, CAMPUZANO LAGUILLO, A. B/SANJUÁN Y MUÑOZ, E. GPS Concursal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 755.

⁷ Sobre esta cuestión, SENDRA ALBIÑANA, A. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 254.

- Efectos de la exoneración sobre los acreedores: los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de los mismos.
- Efectos de la exoneración respecto de los bienes conyugales comunes: la exoneración beneficia a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que debieran responder estos bienes, aunque el otro cónyuge no hubiera sido declarado en concurso. Si se tratase de deudas propias del otro cónyuge, subsiste la facultad de los acreedores de dirigirse contra su patrimonio privativo, mientras no obtuviese el beneficio de exoneración de pasivo.
- Efectos de la exoneración sobre los obligados solidarios y sobre fiadores: la exoneración concedida al deudor no afecta a los derechos de los acreedores frente a todos ellos. En caso de pago posterior a la liquidación, ninguno de ellos quedará subrogado en los derechos que el acreedor tuviese frente al deudor, salvo revocación de la exoneración concedida.

4. LOS CRITERIOS MANTENIDOS POR LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DE NUESTROS TRIBUNALES SOBRE LA EXONERACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE DERECHO PÚBLICO Y POR ALIMENTOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRLC. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

A pesar de que los artículos 491, relativo a la extensión de la exoneración bajo un supuesto de aplicación del régimen general, y 497, que se refiere al régimen especial de exoneración por aprobación del plan de pagos, exceptúan de la exoneración los créditos de derecho público y por alimentos, venimos observando, con cierta perplejidad, que la mayoría de las primeras resoluciones se decantan por inaplicar ambas normas, por entender que existe un exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición.

En el caso del artículo 491 se señala que el Texto Refundido introduce una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición. Sin embargo, en el supuesto del artículo 497 el argumento invocado para justificar la extralimitación no es un precepto legal, sino el criterio jurisprudencial interpretativo de la norma refundida contenido, a día de hoy, en la STS nº 381/2019, de 2 de julio. Y ello, sin perjuicio de reconocer, por ser así, que el artículo 497 del TRLC incorpora fielmente lo previsto en el artículo 178 bis, apartado 5, de la LC.

En esa línea, cabe citar el AJM nº 7 de Barcelona nº 507/2020, de 8 de septiembre de 2020, que prevé lo siguiente:

“Crédito público. En materia de extensión de la exoneración del crédito público se ha de estar al criterio mantenido por el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 en la que, básicamente, se debe incluir el crédito público en el sistema de exoneración, tanto general como especial (en la terminología del vigente TR). Ello supone en este caso la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa en el plan de pagos y la restante exoneración provisional del crédito público.

La entrada en vigor del Texto Refundido de la LC, con la modificación del régimen de extensión de los efectos de la exoneración en el art. 491 de la LC, no debe suponer una modificación de la anterior doctrina jurisprudencial, al apreciarse que el citado art. 491 debe ser inaplicado por vulnerar el art. 82.5 de la Constitución Española.

Esta vulneración se deriva del hecho de que el Texto Refundido introduce en el art. 491 una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición, en concreto el art. 178 bis 3, 4º, lo que supone un exceso ultra vires en la delegación otorgada para

proceder a la refundición, pudiendo los tribunales ordinarios, sin necesidad de plantear cuestión (por todas STC de 28/7/2016 o STS de 26/11/2018), inaplicar el precepto que considere que excede de la materia que es objeto de refundición.

En efecto, el art. 178 bis 3, 4º de la LC, regulaba la llamada exoneración directa (ahora llamada régimen general) basada en la satisfacción o pago de los créditos privilegiados y contra la masa y si no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, del 25% de los créditos ordinarios.

Ciertamente, como expone la STS de 2 de julio de 2019, la regulación de la exoneración de deudas del art. 178 bis generaba muchas dudas, algunas de las cuales han sido objeto de aclaración en el Texto Refundido, dentro de las finalidades propias de un texto refundido.

Sin embargo, que el sistema de exoneración directa del art. 178 bis 3, 4º, tuviera como efecto la exoneración de la totalidad del pasivo no satisfecho, créditos ordinarios y subordinados, sin excepción, sin la excepción del crédito público, era una cuestión indubitada por la doctrina e indiscutida en los Juzgados y Tribunales.

La única discusión doctrinal y práctica se centraba en el alcance de la exoneración, en el sistema de exoneración provisional mediante plan de pagos (hoy llamada régimen especial) pues el art. 178 bis 5, apartado primero, aplicable únicamente a este sistema, exceptuaba al crédito público y por alimentos del alcance de la exoneración provisional. Mientras que el párrafo primero del art. 178 bis 6 comenzaba diciendo que los créditos no exonerados según el apartado anterior (entre los que se debían incluir los créditos públicos) podían ser exonerados a través del plan de pagos. Si bien a continuación parecía remitir al sistema administrativo de aplazamiento y fraccionamiento para los créditos públicos. Esta deficiente y contradictoria regulación fue objeto de interpretación por la citada STS de 2 de julio de 2019 en el sentido de entender que el crédito público podía ser objeto de exoneración provisional y objeto de satisfacción a través del sistema de plan de pagos mediante la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa no satisfecho en el mismo.

Por ello, se considera que el art. 491 altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente.

La inaplicación del art. 491 supone que el TR mantenga, en lo que se refiere al régimen especial, la misma dicción literal en el art. 497, aunque con diferente sistemática, que los arts. 178 bis 5 y 6, que fueron interpretados por la STS de 2 de julio de 2019, en el sentido que se ha expuesto.

Ello supone, por tanto, que el art. 497, que regula la extensión de la exoneración en el régimen especial, continúe siendo interpretado de la manera que recoge la STS de 2 de julio de 2019".

En relación al tratamiento del crédito público, se pronuncia exactamente en los mismos términos, que damos por reproducidos, el AJM nº 10 de Barcelona nº 233/2020, de 23 de septiembre de 2020.

Incide también en ese criterio el AJM nº 13 de Madrid nº 170/2020, de 6 de octubre de 2020, que comienza diciendo que: "... España fue uno de los últimos países de la Unión Europea en prever un mecanismo de segunda oportunidad para las personas físicas. Si bien, cuando reguló esta figura en el ex art. 178 bis de la LC, lo hizo siguiendo una tendencia marcadamente liberal, hasta el punto que se decía que teníamos una de las regulaciones más liberales en esta materia, en comparación con otros países de nuestro entorno.

En concreto, el mecanismo de la segunda oportunidad o "fresh start" estaba regulado en el ex art. 178 bis LC y, a diferencia de otras legislaciones, podían optar a él todas las personas físicas, fueran comerciantes o no comerciantes, siempre que fueran "deudores de buena fe".

Asimismo, a diferencia de otros países, en la legislación española, el concepto de "buena fe" no se basaba en criterios subjetivos ni, por tanto, había que valorar las circunstancias de cada caso, sino que era un concepto legal, regulado desde un prisma objetivo. Es decir, según el ex art. 178 bis de la LC, deudor de buena fe era aquél que cumplía los tres primeros requisitos del artículo 178 bis número 1º, 2º y 3º (esto es, ser persona física, no haber sido declarado culpable del concurso, no haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio y haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos). En caso afirmativo, el deudor podía optar, bien a la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho si había pagado el umbral mínimo del número 4 (todos los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados) o, en caso contrario, obtener el beneficio de la exoneración parcial de la deuda exonerable, condicionada al pago de la deuda no exonerable, en un plazo de 5 años, en los términos y condiciones previstas en el plan de pagos. Dicho precepto fue objeto de interpretación por la STS de 2 de julio de 2019.

Pues bien, el 1 de septiembre de 2020, entró en vigor el texto refundido de la ley concursal, aprobado por la ley 1/2020, de 5 de mayo. Tal como recoge su disposición transitoria única, ese texto refundido se aplica tanto a los concursos que se declaren a partir de esa fecha como a los que estuvieran en trámite, sin mayores especificaciones a nivel de derecho transitorio.

Desde un punto de vista objetivo y formal, es lógico y entendible, habida cuenta que, conforme a la DA 8ª de la ley 9/2015, de 9 de mayo, ese texto refundido sólo podía "regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición", sin introducir ningún elemento nuevo o variación respecto al régimen anterior, pues para ello, sería necesario una norma con rango de ley.

Por tanto, en principio, el TRLC se debería poder aplicar a los concursos nuevos y a los que están en trámites porque, según el legislador, al no introducirse cambios, bastaría con acudir a una tabla de equivalencias entre una y otra norma.

Con todo, lo cierto es que el texto refundido, en lo que a exoneración del pasivo insatisfecho se refiere, ha ido, en mi opinión, un paso más allá de lo que podía ser objeto de refundición. Pues lejos de aclarar o regular conforme a la jurisprudencia, lo que ha hecho es justamente lo contrario, regular "contra ella", lo cual, insisto, no es posible en un texto refundido. Veamos el porqué de tal conclusión:

El ex art. 178 bis apartado 4 de la LC establecía que el deudor que fuera de buena fe, podía ser exonerado de manera definitiva de todo el pasivo insatisfecho si, habiendo intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (como es el caso), estaba al corriente de pago de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados. De darse tal circunstancia, el deudor quedaba exonerado de todos el crédito concursal ordinario y subordinado, incluido el crédito público".

Y a continuación añade: "Sin embargo, el TRLC, lejos de aclarar la normativa anterior conforme a esa jurisprudencia, lo que ha hecho es legislar "en contra de ella", lo cual sólo es posible, insisto, mediante una norma con rango de ley, pero no en un texto refundido. Así, el artículo 491 del TRLC, dispone lo siguiente: "el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos".

Es decir, el legislador, desoyendo la jurisprudencia interpretativa del antiguo texto normativo, establece ahora que tanto si el deudor opta por la exoneración definitiva e inmediata como por la provisional o mediada, nunca quedará exonerado del crédito público, lo que supone una clara merma de los derechos de los deudores y, como tal, un exceso del

legislador de lo que puede ser objeto de refundición. En estos casos, tal como concluyeron en su día la STC de 28 de julio de 2016 o la STS de 29 de noviembre de 2018, los jueces ordinarios estamos obligados a inaplicar la norma refundida, sin tener que plantear, para ello, una cuestión de inconstitucionalidad, al tratarse de una regulación "ultravires" y, como tal, prohibida por el art. 82.5 C. En este mismo sentido, se ha pronunciado, recientemente, el AJM nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020.

Es más, aunque pudiéramos concluir que el TRLC no contiene una regulación ultravires, lo cierto es que se plantea, en este caso, un serio problema de derecho transitorio, habida cuenta que la solicitud de exoneración se plantea y tramita antes del 1 de septiembre de 2020, sólo que queda para resolver con posterioridad a su entrada en vigor, no siendo responsabilidad del deudor, la demora en la resolución de los procedimientos por un deficiente estado de la administración de justicia por sobrecarga de trabajo del órgano judicial y de este juzgador. Y ello es así porque es más que evidente que si se aplica el TRLC con efectos retroactivos, contiene una restricción importante de derechos para el deudor y, como tal, no sería posible por conculcar el art. 9.3 de la CE, lo que me lleva, nuevamente, a la aplicación de la antigua normativa y de la jurisprudencia interpretativa de la misma.

En resumen, habiéndose planteado la petición de exoneración conforme al art. 178 bis LC, a ella debemos estar, y, de aplicarse el TRLC, hay que hacerlo, pero siempre conforme a la interpretación que la jurisprudencia ha hecho de la norma objeto de refundición”.

Paradójicamente, el mismo día, es decir, el 6 de octubre de 2020, se dicta, aunque manteniendo criterio contrario a las resoluciones anteriores, el AJM nº 1 de A Coruña nº 143/2020. Este Auto considera que el refundidor no ha incurrido en extralimitación alguna y que lo realizado ha consistido simplemente en colmar una laguna existente, dado que el artículo 178 bis, apartado 3, nº 4, LC no regulaba la extensión de la exoneración inmediata, sino el umbral de pasivo mínimo que debía abonar el deudor para la utilización de esta vía legal de acceso al BEPI. Concretamente señala:

“En el artículo 178 bis LC no se recogía el alcance de la exoneración cuando el deudor se acogía a la modalidad de exoneración directa y revocable. El apartado 5 del art. 178 bis LC establecía cuál era el ámbito de la exoneración de pasivo insatisfecho cuando el deudor se hubiese acogido a la modalidad de concesión diferida por aprobación de un plan de pagos.

La carencia normativa se suple en el artículo 491 TRLC, en el que se contempla el ámbito de extensión de la exoneración y nuevamente se diferencia entre el deudor que, reuniendo los requisitos para ello, hubiese intentado el acuerdo extrajudicial de pagos y el que no lo hubiera hecho.

** Deudor que sí intentó un previo acuerdo extrajudicial de pagos: el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.*

** Deudor que, reuniendo los requisitos para poder hacerlo, no intentó un previo acuerdo extrajudicial de pagos: el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados.*

Debemos detenernos en el análisis de la referencia legal que se contiene en el inciso final del artículo 491, apartado 1, TRLC que conlleva la exclusión de los créditos de derecho público y de alimentos del ámbito de extensión de la exoneración que se puede conceder al deudor que abonó un umbral mínimo de pasivo y además intentó el acuerdo extrajudicial de pagos. Literalmente se prevé que en este caso " el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos".

Durante la vigencia del artículo 178 bis LC se debatió si la modalidad de exoneración de pasivo de carácter directo y revocable alcanzaba a todas las deudas (incluidas las de

alimentos y los créditos públicos). La STS nº 381/2019, de 2 de julio, [RJ 2019/2769], sostuvo que el alcance de la exoneración concedida a los deudores en el caso previsto en el ordinal 4º del apartado 3 del artículo 178 bis LC, que contemplaba la modalidad de exoneración inmediata, exigía que se hubieran pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, y "respecto del resto, sin distinción alguna, el deudor quedará exonerado"

En relación al alcance de la exoneración en la modalidad inmediata y revocable, el nuevo artículo 491 TRLC regula la extensión de la exoneración en el régimen general: la referencia legal a los créditos de derecho público y por alimentos ha de entenderse referida a todos ellos, al margen de cuál sea su clasificación crediticia. Por tanto, si el deudor obtiene el beneficio de exoneración de pasivo en la modalidad estudiada habrá de abonar en su integridad los créditos contra la masa y los privilegiados; en este caso, la exoneración comprenderá todos los créditos insatisfechos, a excepción de créditos de Derecho Público y alimentos -entiéndase, que tengan la consideración de créditos concursales no privilegiados-

Sin embargo, posteriormente, la SJMER nº 1 de Girona nº 1205/2020, de 22 de diciembre de 2020⁸, en relación con la exoneración del crédito público, con referencia expresa a los tres primeros Autos mencionados en este trabajo, expone que:

"4.1.- Pese a la modificación legislativa introducida por el Texto refundido de la Ley concursal en su artículo 491.1, que exceptúa de la exoneración los créditos de naturaleza pública, se comparten los argumentos contenidos en los autos del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020, del Juzgado Mercantil número 11 de Barcelona de 21 de septiembre de 2020 y del Juzgado Mercantil número 13 de Madrid de 6 de octubre de 2020, en el sentido -en el primero de ellos- de que se advierte un exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición ..."

Y más adelante añade: *"4.2.- Por su parte, el Magistrado ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, Excmo. Sr Sancho Gargallo, ha razonado en el número 51 del Anuario de derecho concursal ("Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia") mantener la exoneración del crédito ordinario y subordinado público de la siguiente manera:*

"En el desarrollo de esta labor integradora, el Gobierno debe andar con cuidado, pues fácilmente puede traspasar la frontera de la habilitación e incurrir, según la doctrina del Tribunal Constitucional, en una extralimitación de la delegación, con el consiguiente efecto.

Entiendo que esto es lo que ha ocurrido con el artículo 491.1 del texto refundido de la Ley Concursal. Este precepto, al regular la extensión de la exoneración en el caso en que se opte por la vía de la exoneración inmediata (la del ordinal 4.º del art. 178 bis.3 LC) y se cumpla el requisito previo de haberse satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y concursales privilegiados, así como, para el caso en que no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos ordinarios (art. 488 TRLC), ha introducido unas excepciones que no se contenían en el ordinal 4.º del artículo 178 bis.3 de la Ley Concursal. El artículo 491.1 del texto refundido prescribe que en esos casos "el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos".

No cabe entender, como sí hace el dictamen del Consejo de Estado, que la inclusión de estas excepciones constituya "una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace en el artículo 178 bis.5-1.º de la Ley Concursal (art. 497.1-1.º TR) en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos". Dejando al margen la interpretación que del artículo 178 bis.5-1.º de la Ley Concursal hace la jurisprudencia (sentencia del

⁸ Por su interés, incluimos en el texto esta sentencia después de haber enviado a la revista el artículo: en el trámite de corrección de pruebas previo a la publicación.

pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769)), lo que estaba claro es que bajo la regulación de la Ley Concursal la opción por la exoneración inmediata del ordinal 4.º del artículo 178 bis.3, cumplidos los requisitos mencionados, daba lugar a la exoneración de todos los restantes créditos ordinarios y subordinados, incluidos los créditos de derecho público y por alimentos.

La introducción de estas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la ley para la concesión de este beneficio mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la par condicio creditorum al acudir a la exoneración inmediata.

El riesgo al que se expone este precepto del texto refundido es que cualquier tribunal mercantil, sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, aprecie la extralimitación de la habilitación legal y deje de aplicarlo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional, ya desde el Auto 69/1983, de 17 de febrero (RTC 1983, 69), ha entendido que "pertenecen al ámbito normal de poderes del Juez (...) el inaplicar los Decretos legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el valor de Ley". Como declara en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1984, de 4 de abril (RTC 1984, 47) (y en términos parecidos en las SSTC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61); 159/2001, de 5 de julio (RTC 2001, 159); 205/1993, de 17 de junio (RTC 1993, 205); 51/2004, de 5 de julio (RTC 2004, 51); 166/2007, de 4 de julio (RTC 2007, 166)), "el control de los excesos de delegación corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los decretos legislativos a las leyes de delegación se deduce del artículo 82.6 de la Constitución".

Es una pena que un trabajo de refundición tan excelente y loable como el que emanó de la sección especial de la Comisión General de Codificación pueda quedar empañado por un desliz -o imposición- como este, que puede provocar la peor descalificación judicial, su inaplicación".

Como ha sido señalado, sobre la base del apartado 4 del artículo 178 bis tanto la doctrina como varias resoluciones judiciales (por ejemplo: la SAP de Baleares de 21 de septiembre de 2016 o la SJM nº 2 de Pontevedra de 25 de junio de 2019) y, sobre todo, la mencionada STS nº 381/2019, de 2 de julio, mantuvieron que el alcance de la exoneración concedida a los deudores en el caso previsto en el ordinal 4º del apartado 3 del artículo 178 bis LC, que se refería a la modalidad de exoneración inmediata, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, comprendía la totalidad del crédito concursal ordinario y subordinado, incluso el público y por alimentos.

En efecto, leído el apartado 4 del artículo 178 bis, entendemos que esta conclusión es razonable. El razonamiento es: si concurren los cuatro primeros requisitos del apartado 3 del artículo 178 bis, el juez del concurso concederá, sin excepciones, el beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho. Ello contrastaba, y de ahí las críticas, con la previsión específica del apartado 5 del artículo 178 bis, que al "deudor más pobre", al que no ha podido satisfacer el umbral mínimo de pagos, no le permite exonerar el crédito público ni por alimentos.

Por tanto, a nuestro juicio, las resoluciones mencionadas que consideran (todas, excepto el AJM nº 1 de A Coruña nº 143/2020, de 6 de octubre) que como el artículo 491. 1 del TRLC, al regular la extensión de la exoneración inmediata (la del ordinal 4º del artículo 178 bis 3 de la LC), ha introducido excepciones que no se contenían en el párrafo 4 del artículo 178 bis de la LC ha incurrido en un supuesto de extralimitación en la

habilitación legal concedida al refundidor, se encuentran bien fundadas. De ese modo, es coherente que al apreciar la existencia de ultra vires en la delegación concedida para proceder a la refundición, hayan decidido inaplicar el precepto que ha incurrido en la extralimitación (el citado artículo 491 del TRLC), sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad (STC nº 166/2007, de 4 de julio, entre otras).

No obstante, la conclusión no puede ser la misma respecto a la extensión de la exoneración por la aprobación de un plan de pagos. En este caso, el refundidor en el artículo 497 del TRLC ha dejado inalterada la redacción del artículo 178 bis apartado 5 de la LC, con lo que la argumentación para justificar la extralimitación, la existencia de ultra vires y la inaplicación de la norma (del artículo 497 del TRLC) no se ha basado en que el TRLC se haya apartado de las previsiones contenidas en un precepto de la LC, sino en introducir una regulación que no se corresponde con el criterio asumido por el Tribunal Supremo en una sentencia: la STS nº 381/2019, de 2 de julio.

Sobre este punto, el mencionado AJM nº 7 de Barcelona nº 507/2020, de 8 de septiembre de 2020 ha señalado: *“En materia de extensión de la exoneración del crédito público se ha de estar al criterio mantenido por el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 en la que, básicamente, se debe incluir el crédito público en el sistema de exoneración, tanto general como especial (en la terminología del vigente TR). Ello supone en este caso la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa en el plan de pagos y la restante exoneración provisional del crédito público”*.

A diferencia del caso anterior, es decir, a diferencia de la argumentación y conclusión adoptada para justificar la inaplicación del artículo 491 del TRLC, la argumentación y la conclusión a la que han llegado las resoluciones mencionadas para inaplicar el artículo 497 del TRLC no nos parece admisible, por conculcar de manera flagrante el principio de legalidad. Como ha señalado MUÑOZ PAREDES: *“Para concluir si hay ultra vires hay que comparar norma con norma a la luz de la doctrina constitucional, obviando (por más que duela) una jurisprudencia abrogatoria que no trató más que de sistematizar y armonizar, tareas, ambas, más propias de un instrumento legislativo nacido precisamente con tal fin, por arcaico y claudicante que nos pueda parecer su criterio. Podemos reprochar la solución, pero no el medio”*⁹.

El problema es qué hacer ante un hecho cierto, que no es otro que los tribunales están inaplicando un precepto (el artículo 497 del TRLC), por ser contrario a un criterio mantenido en una STS. Según nuestro punto de vista, la solución debe pasar por aprovechar la reforma de nuestro derecho interno que debe realizarse para adaptar al ordenamiento español a la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, para matizar la regulación del BEPI, aunque, paradójicamente, consideramos que una buena parte de los planteamientos recogidos por la jurisprudencia deben ser incorporados en el texto legal: nuestra discrepancia con el criterio de las resoluciones comentadas es, más que con el fondo, con la forma¹⁰.

Respecto a la exoneración del crédito público, consideramos que el legislador, para permitir, de forma real y efectiva, que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer (objetivo recogido en preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de

⁹ En “Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo”, Diario La Ley nº 9713/2020.

¹⁰ Así también CUENA CASAS, M. “Segunda oportunidad y crédito público (A propósito de la mal entendida Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)”. Publicación en el blog hayderecho.com, 29 de julio de 2019.

febrero, que introdujo el art. 178 bis en la Ley Concursal), debe aprobar una norma que contemple la exoneración del crédito público ordinario y subordinado, con independencia del procedimiento a través del cual acceda a ella el deudor.

En relación a la exoneración de los créditos por alimentos, también nos decantamos por su exoneración con independencia del régimen de acceso a la exoneración, pero con matices. No puede olvidarse que la deuda por alimentos de los hijos menores constituye uno de los deberes fundamentales derivados de la patria potestad (art. 154, II, 1º del Código Civil) y que su singular naturaleza deriva de la exigencia constitucional de la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), como se refrenda en textos internacionales (art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 y art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada el 7 de diciembre de 2000).

Por esa razón, el crédito por alimentos presenta un tratamiento singular, incluso en la legislación concursal, aunque quizá el precepto sea poco conocido y, por ello, poco aplicado. Nos referimos al artículo 124.3 del TRLC (anterior 47.2 de la LC), que establece: *“La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso. El exceso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario”*.

Como ha establecido la STS 86/2019, 13 de Febrero de 2019: *“Al regular los créditos contra la masa, el art. 84.2.4º LC atribuye esta condición a los de alimentos con cargo al concursado acordados judicialmente en un procedimiento de familia con posterioridad a la declaración de concurso, y, en el caso en que tuvieran su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad, a los “devengados con posterioridad a la declaración del concurso”. A sensu contrario y en consonancia con el art. 49 LC, los créditos por alimentos devengados con anterioridad a la declaración de concurso son créditos concursales ordinarios, **salvo la parte que, conforme al art. 47.2 LC, el juez del concurso haya determinado que se satisfaga con cargo a la masa”**.*

Y seguidamente añade: *“En el concurso de acreedores, el art. 47.2 LC, tal y como lo hemos interpretado, otorga un instrumento al juez para, en su caso, evitar que la aplicación de las reseñadas reglas concursales pueda amparar abusos o situaciones objetivamente injustas. El juez podrá determinar qué parte de los créditos por alimentos deberían necesariamente ser abonados con cargo a la masa...”*.

En la práctica, parece lógico pensar que el mecanismo del artículo 124.3 del TRLC (anterior artículo 47.2 de la LC), si existe crédito por alimentos de hijos menores, sea activado a instancia de parte, bien por el administrador concursal, o bien por el progenitor que actúa en representación de los hijos en el proceso de familia en que se determinó la deuda. No obstante, entendemos que la protección del interés superior de los menores y las facultades de oficio que el ordenamiento atribuye a la jurisdicción en materia de protección de los menores, justica que el juez pueda activar este mecanismo de protección del crédito por alimentos, también en los casos de conclusión por insuficiencia de masa y solicitud del BEPI (así, la SAP Pontevedra 71/2020, 12 de Febrero de 2020).

De ese modo, vía artículo 124.3 del TRLC, sin establecer un régimen distinto de exoneración para los créditos por alimentos ordinarios y, en su caso, subordinados (éstos quedarán exonerados), se articula un mecanismo para evitar situaciones injustas o de abuso en relación con el crédito por alimentos en el concurso del alimentante. El crédito por alimentos devengados antes del concurso es crédito ordinario, pero la exigencia de la protección de los intereses en juego justifica la atribución al juez de una facultad singular, que le permitirá, en atención a las circunstancias del caso, modificar la naturaleza del crédito, total o parcialmente, convirtiéndolo en crédito contra la masa; crédito que deberá ser abonado para acceder a la exoneración.

5. BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO LAGUILLO, A.B/SANJUÁN Y MUÑOZ, E. GPS Concursal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

CUENA CASAS, M. “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, en El Notario del Siglo XXI, mayo-junio 2015, nº 61. Madrid 2015.

“Segunda oportunidad y crédito público. (A propósito de la mal entendida Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)”. Blog hayderecho.com, 29 de julio de 2019.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a M. La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia. Ed. Lefevre/El Derecho, 2^a Ed., Madrid 2015.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. “El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 750/2015. Madrid 2015.

MUÑOZ PAREDES, A. “Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo”, Diario La Ley nº 9713/2020.

PUIGSERVER ASOR, C. “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, en la obra colectiva La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas. PUIGSERVER ASOR, C/ADAN DOMÉNECH, F. Ed. Librería Bosch, Barcelona 2019.

PULGAR EZQUERRA, J. Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2^a Edición, Madrid 2016.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad”, en la obra colectiva dirigida por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I/OLMEDO CARDENETE, M, Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

SENDRA ALBIÑANA, A. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

SENENT MARTÍNEZ, S.; GALLEGO SÁNCHEZ, A.M; NIETO DELGADO, C.; VILLENA CORTÉS, F.B.; «Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social». Fascículo de actualización de la Ley Concursal Comentada, Ed. Francis Lefevre/El Derecho, Madrid 2015.