

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

**LA JUVENTUD Y LA EXONERACIÓN
DEL PASIVO INSATISFECHO
EN EL CONCURSO DE ACREEDORES
DE LAS PERSONAS FÍSICAS
(El mecanismo de la segunda oportunidad)**

DISCURS D'INGRÉS

de l'Acadèmic electe

Excm. Sr. SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL

i

CONTESTACIÓ

de l'Acadèmic honorari

Excm. Sr. IGNACIO SANCHO GARGALLO

6 de febrer de 2024

BARCELONA

MMXXIV



Generalitat de Catalunya
**Departament
de Justícia**

DISCURS D'INGRÉS
de l'Acadèmic electe
Excm. Sr. SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL

Excm. Sr. President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya,
Excms. i il·lustríssims membres de la Junta de Govern,
Senyores i senyors acadèmics,
Autoritats presents,
Familiars i amics,
I totes les persones assistents a l'acte,

I. Vull en primer lloc agrair als qui m'han fet l'honor de donar la seva confiança de presentar-me com a candidat: Sr. Juan José López Burniol, Sr. Agustín Luna Serrano i Sr. Eugenio Gay Montalvo. A tots ells, amics per diferents causes i casos. Llaços d'amistat, professionals i companys de Junta de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona (ICAB).

Así mismo debo agradecer a D. Ignacio Sancho Gargallo que me hace el honor de contestar mi discurso de ingreso en la Academia.

Con Sancho Gargallo, nos une una amistad lejana, desde la promulgación de la Ley Concursal en julio de 2003, hasta que finalmente coincidí con él en enero de 2013 como Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Te he de agradecer la ayuda que me prestaste en todo momento durante mi paso por el T.S. No solo en las deliberaciones y en las redacciones de la SSTS, sino también en los pocos votos particulares que formulé, en las escasas ocasiones en que nuestros criterios no fueron coincidentes. Gracias, una vez más, Ignacio, por estos tres años de judicatura que nunca podré olvidar.

II. Però especialment vull referir-me a dues persones, per a mi entranyables i que tant han significat en la meua vida professional: Sr. *José Guardia Canela* i Sr. *Rafael Jiménez de Parga*. Amb el primer, *alma mater* de l'Acadèmia, companys en la Facultat de Dret de la UB, i de qui sempre he rebut els seus encertats i rectes consells. Uns, especialment: els previs al Premi Extraordinari de Llicenciatura que Guàrdia també va obtenir en promocions anteriors (1966). Els temes que es van proposar: *razón y voluntad de la norma jurídica y el De-*

recho como instrumento de conciliación de las misiones contradictorias del mundo. Títol premonitori. Vaig obtenir el Primer Premi, enfront dels dos que també el van obtenir, sent, de ben segur, l'única promoció de la Universitat espanyola a concedir 3 premis Extraordinaris. Gràcies Pepe; altres records es refereixen a la nostra coincidència en les Congregacions Marianes (actuals comunitats de Vida Cristiana), amb els seus actes fonamentalment religiosos però també culturals, entre els quals destacaven unes interessants sessions de cinema-fòrum.

Es D. *Rafael Jiménez de Parga*, quien me impulsó a terminar mi tesis doctoral, para, seguidamente, impulsar la dotación de unas plazas por oposición de Profesor Titular (5), y obtener el número 1 de entre las que salieron a concurso, pudiendo elegir la de Barcelona, UB, en la que he impartido docencia hasta mi jubilación, de forma ininterrumpida, salvo los tres años a los que me he referido anteriormente, como Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Gracias Rafael, posiblemente sin tus estímulos no hubiera alcanzado las satisfacciones profesionales, sobre todo, el de ser el único abogado de Barcelona que tiene el honor de ser miembro de la Sala 1ª del TS.

III. Otras referencias de la UB: la familia Polo. Antonio Polo Díez y su hijo Eduardo Polo Sánchez. Con D. Antonio inicié mi andadura docente, al terminar mi carrera en 1968, asignándome, como era de rigor, en calidad de profesor de clases prácticas, a D. Santiago Hernández Izal, al que se refirió tan acertada y extensamente el profesor Eudald Vendrell Ferrer en su discurso de ingreso en la Academia el 28 de junio de 2023. Y fui yo precisamente en mi calidad de Diputado-Bibliotecario de la Junta de Gobierno del ICAB, que tuve la satisfacción de dar cabida a su extraordinaria y magna obra bibliográfica en la biblioteca de nuestro Colegio de Abogados.

D. Antonio Polo y posteriormente su hijo Eduardo fueron, no solo grandes juristas y abogados sino también hombres buenos, sencillos, afables, cordiales y generosos. Las «Leyes mercantiles y económicas de España» (1956) de D. Antonio, con más de 15.000 páginas, resplandece el jurista; Eduardo, su erudición, su probidad, su sentido de la justicia, le valió ser el primer protector del Inversor en la Bolsa de Barcelona, durante 20 años y el primer director del Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

IV. No puedo dejar este capítulo de recuerdos y sentimientos sin referirme a mi familia. Desde mis padres, que están en los cielos, y a mi esposa Lourdes Canet, auténtica valedora de mi frenética actividad, en el campo docente, bancario, abogado con despacho abierto al público y como magistrado. Gracias Lourdes, por tu apoyo, por los tres hijos que hemos tenido, que nos permiten ahora disfrutar de nuestros siete nietos.

* * * *

V. Com és de rigor haig de referir-me ara, d'acord amb l'anunci de convocatòria, a dos juristes de gran prestigi: un, per a cobrir el sitial d'acadèmic de número corresponent a la medalla *Josep PELLA i FORGAS*, deixada vacant per la defunció de l'acadèmic *Lluís Puig Ferriol*, al qual també és obligat a referir-me.

Començaré per aquest últim, amb qui vaig tenir la fortuna d'assistir a les seves classes i seminaris mentre va ser professor en la UB. Després de les presentacions, dissertacions, així com *laudatios*, realitzats per la seva companya Encarna Roca no puc més que corroborar les seves encertades consideracions.

Nascut a Begur en 1932, «*en una casa d'indià, és a dir, bona, amb moltes palmeres*», segons descriu Encarna Roca va estudiar el batxillerat en escoles públiques. Va estudiar dret en la Facultat de la UB (1951-1956) i es va doctorar en la mateixa Facultat l'any 1963, amb una tesi dirigida pel professor Fernández de Villavicencio, titulada *L'hereu fiduciari*, que va merèixer el Premi Durán i Bas de l'Excm. Ajuntament de Barcelona.

Un altre llibre de referència *El albaceazgo*, va guanyar el premi Antonio Borrell i Soler. Però la seva gran obra són els tractats *Fonaments del Dret Civil de Catalunya i les Institucions del Dret civil de Catalunya*, en els quals va participar com a coautora científica, Encarna Roca. Tots dos tractats constitueixen l'aportació més important al Dret civil català després de l'obra de Borrell i Soler.

Va ser professor titular, professor agregat i finalment catedràtic de la UB, i posteriorment de la UAB en la qual va ser degà i, en la seva jubilació, professor emèrit.

Per a parlar de les seves activitats en el camp científic, seguint a Encarna Roca, les distribueix en dos grans blocs: el primer, a l'aplicació de les seves recerques en la producció de lleis, referides al Dret Civil Català; el segon, relatiu a la seva activitat com a jutge en el *Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i en el Tribunal de la Mitra d'Andorra i a la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia del Principat d'Andorra* des dels anys 1994 a 2002, del qual va ser president durant els anys 2000 a 2002. Ha estat un jutge prudent i amb sentit comú fruit d'una formació sòlida i de coneixement profund del dret.

Estem d'acord que el punt fort de la trajectòria científica i personal de Lluís Puig Ferriol ha estat la dedicació i mestratge en el Dret civil català, en una època en què dedicar-se en aquesta branca «foral» era mal vista pels grans mestres del Dret Civil.

Per acabar ha de destacar-se la seva col·laboració en l'obra de l'eminent jurista català Puig Brutau, *Fundamentos del Derecho Civil*, en la part de dret de la persona.

La resta de les universitats espanyoles, han reconegut els seus mèrits científics, sent elegit President de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, succeint al professor Albadalejo. I com a culminació a la seva carrera, els seus companys li van oferir un llibre homenatge: *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, 2006.

* * * *

En Josep Pella i Forgas, va néixer a Begur (Girona) l'11 de febrer de 1852 en el si d'una família acomodada, i va morir a Barcelona el 9 de setembre de 1918.

Va ser polític, jurista i historiador.

Va estudiar en el Col·legi dels Escolapis de Barcelona i posteriorment va estudiar Dret en la UB, on es va llicenciar amb només divuit anys, incorporant-se a l'ICAB.

La seva afició per la història li va portar a investigar la documentació medieval conservada en l'Arxiu de la Corona d'Aragó; *les seves activitats polítiques* li van portar a relacionar-se amb un grup de joves regionalistes inspirats pels principis del Renaixement català, com Àngel Guimerà, Pere Aldavert o José Roca; i van fundar al febrer de 1970, *La Jove Catalunya*, entitat d'arrel cultural, on la major part dels seus membres van ser referents de la política regionalista catalana.

Va ostentar diversos càrrecs polítics i va presidir l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, l'Ateneu Barceloní i la Societat Econòmica d'Amics del País de Barcelona. Va formar part del nucli original de la Lliga.

Ha de destacar-se la seva emblemàtica obra de la histografia local *Historia del Ampurdán* (1883), i ja entrat el segle xx, *Llibertats y antich Govern de Catalunya* (1905), i en el trienni 1916-1919, quatre volums del Codi Civil de Catalunya, obra que en l'actualitat continua sent una referència per als estudiosos de la jurisprudència catalana, citada per Lluís Puig Ferriol en la seva bibliografia.

Va morir a Barcelona, en 1918, víctima d'una epidèmia que causava en aquella època una terrible malaltia: la grip. Amb la seva mort desapareix un gran historiador, polític i jurista.

Entre les seves obres cal destacar: *Les Corts catalanes* (1876), *Lo sometent. Noticias històriques y jurídicas de sa organització* (1877) y *los Fueros de Cataluña* (1878). Va participar en la Comissió que va redactar en 1885, el *Memorial de Greuges o Memòria en defensa d'interessos morals i materials de Catalunya*.

La seva versatilitat intel·lectual li va induir a analitzar el fenomen de la premsa periòdica, sent el primer historiador del periodisme català, articles publicats en la revista *La Renaixença* en 1879 sota el títol *Periodisme. Estudis històrics de Catalunya*. Recull l'evolució del periodisme català, des dels seus orígens fins a 1868, introduint conceptes que es podrien considerar moderns, com l'anàlisi de l'opinió pública i la diferenciació entre premsa política i premsa d'empresa.

LA JUVENTUD Y LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN EL CONCURSO
DE ACREEDORES DE LAS PERSONAS FÍSICAS
(El mecanismo de la segunda oportunidad)

Cuando agradecí a los académicos mi nombramiento como diputado electo, y ante el requerimiento que me sugirieron alguno de ellos por si tenía alguna materia pensada para mi discurso de ingreso, ya anticipé entonces que tenía *in mente* una que, si bien era netamente jurídica, también lo era sociológica

desde un punto de vista científico: la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de la persona física, pensando singularmente en los jóvenes, empresarios o no, autónomos o sencillamente recién graduados, con sus escasas expectativas de futuro y el marasmo normativo en que se encuentran sometidos en el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal. Una vez que el legislador de nuestro país, mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha considerado ultimada la incorporación a dicho texto, de la Directiva europea (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones entre otras medidas que iremos analizando, ya anticipo que el legislador debe seguir legislando con el fin de respetar las prácticas y principios europeos, de los principales países de nuestro entorno.

Pues bien, a medida que he ido desarrollando el tema, mi primera impresión no sólo ha confirmado mis temores, sino que estos han quedado cortos, en sentido peyorativo. Y no sólo porque la normativa que desarrolla esta materia concursal es desordenada e imprecisa, sino que, además, es contraria a una consolidada doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo sin que nada lo justifique, como no sea la de proteger de forma desorbitada el crédito público, Hacienda y la Seguridad Social.

La regulación actual de la exoneración del pasivo insatisfecho, que pretende dar una segunda oportunidad a las personas naturales, a mi modo de ver, contravienen las finalidades de la Directiva Europea 2019/2023 como son:

- a) *Simplificar* el proceso judicial;
- b) Aumentar la *eficiencia* del proceso; y
- c) Ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, *mecanismo conocido como de segunda oportunidad*.

Lo veremos seguidamente.

Para una mejor sistemática metodológica, he creído conveniente exponer el siguiente índice que aparece en el texto que les será repartido al finalizar el acto y que ahora omito.

SUMARIO: 1. *A modo de introducción: a los deudores honestos pero desafortunados: La insolvencia de las personas naturales.* a) El régimen de segunda oportunidad tiene interés para la economía; b) Sistemas de segunda oportunidad como modelo económico; c) El sistema español: La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores; d) La información de riesgos del cliente como plataforma para la concesión del crédito. 2. *El mecanismo de la segunda oportunidad, misión imposible para los jóvenes y para los pequeños empresarios.* A. Un botón de muestra. B. El escenario actual de la juventud. C. La situación de crisis de las personas físicas. D. Las opciones para la exoneración del pasivo insatisfecho de las personas físicas. 3. *El concurso sin masa del art. 37 bis y ss.* A. Supuestos del concurso sin masa: art. 37 bis. B. Especialidades de la

declaración del concurso sin masa (art. 37 ter). C. Solicitud de nombramiento de Administración Concursal (art. 37 quarter). D. Auto complementario (art. 37 quinques). E. *Conclusión del concurso*. F. *Otras cuestiones*: la retribución de la administración concursal y los recursos. 4. *A modo de primeras conclusiones*.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: A LOS DEUDORES HONESTOS, PERO DESAFORTUNADOS:
LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES¹

La exoneración del pasivo insatisfecho supone la extinción del derecho de cobro que tienen los que han prestado dinero a un tercero, que ha devenido insolvente, sin recibir compensación alguna. Ello supone una transgresión al principio general de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 Cc y al principio *pacta sunt servanda*, que es una manera concisa de enunciar la obligatoriedad de los contratos.

El prestamista sabe que, cuando presta dinero, corre el riesgo de que el prestatario pueda incumplir por circunstancias que ambos desconocen de antemano: paro sobrenido, enfermedad, rescisión del contrato por razones objetivas, ERE, supuestos de fusiones y escisiones, etc...

Ello supone que el acreedor deba soportar el riesgo del impago. Como ha destacado la doctrina y recoge la norma, el deudor debe ser de buena fe², o como destacan los autores citados, honesto pero desafortunado³.

Este principio implica que el deudor debe cumplir su obligación tanto con su patrimonio actual como futuro. El transcurso del tiempo no es óbice para que deba pagar sus deudas hasta que queden enteramente satisfechas. Este régimen tiene un límite aplicable a las personas naturales y, en caso de acción judicial, no pueden ser embargados (bienes inembargables que señala la Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 605 al 607, inclusive, algunos de los cuales sólo pueden ser parcialmente embargables, como es el Salario Mínimo Interprofesional, 1080 €, actualmente). Fuera de estos supuestos, la responsabilidad patrimonial

¹ Según reza la dedicatoria de la primera edición, 2023, de la obra *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de personas físicas*, CUENA CASAS, M., y FERNÁNDEZ SEJO, J. M.; Editorial Aranzadi.

² El art. 486 TRLC, destaca como condición indispensable que el deudor, para solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho sea deudor de buena fe.

Así lo ha puesto de relieve SANCHO GARGALLO, I., *El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho*, Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring, nº 5, 2022, págs. 31-46. Y vid. SSTS 150/2019, de 13 de marzo y 381/2019, de 2 de julio.

³ Op. cit., CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEJO, pág. 23. Y, en general, toda la doctrina.

Vid. también la obra reciente publicada, al finalizar el presente estudio, *La segunda oportunidad de las personas naturales*, de PUIGSERVER ASOR, C., ADAN DOMENECH, F., AZPEITIA ALONSO, I. y SIERRA SÁNCHEZ, Z., Librería Bosch, S.L., junio 2023.

del art. 1.911 Cc supone la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor. Tiene éste un poder de agresión sobre el patrimonio del deudor, para la satisfacción forzosa de su interés.

El art. 1.911 encuentra algunas excepciones: la legislación concursal. La Ley 22/2023, introduce elementos que permiten flexibilizar su rigor cuando afecta a una persona, física o jurídica insolvente, pero, a su vez, impone determinadas obligaciones: *presentarse en concurso* (art. 2 LC). Por este motivo, han quedado derogados los artículos 1912 al 1920 del Cc.

Pero, además, desde la aprobación de la Ley de Segunda Oportunidad, los particulares y autónomos, siempre personas naturales, disponen de instrumentos que debilitan, cuando no excluyen, el principio de responsabilidad patrimonial universal.

a) Desde otro punto de vista, *el régimen de segunda oportunidad tiene interés para la economía en general*: la iniciativa empresarial frente a la economía sumergida, el coste del crédito/préstamo, según criterios de riesgo, según parámetros objetivos, frente a préstamos irresponsables que facilitan los sobreendeudamientos, etc.

La propia Directiva 2019/2023, en su considerando nº 5, ya señala que: *la ineficiencia de los marcos de exoneración de deudas y de inhabilitación tiene como consecuencia que los empresarios se vean obligados a trasladarse a otros territorios con objeto de disfrutar de una nueva oportunidad en un periodo de tiempo razonable, lo que conlleva un elevado coste adicional tanto para sus acreedores como para los propios empresarios. La inhabilitación prolongada que puede ir aparejada a los procedimientos encaminados a la exoneración de deudas supone un obstáculo a la libertad de emprender y a ejercer una actividad empresarial por cuenta propia.*

b) Sistemas de *segunda oportunidad* como modelo económico
Distintos sistemas rigen la materia⁴.

El más amplio, denominado *modelo de mercado* propio de los países anglosajones que conceden la exoneración de deudas al deudor de buena fe insolvente, de *forma inmediata* y sin plan de pagos. Su finalidad no es otra que la de rehabilitar al deudor cuanto antes, que inicie una actividad empresarial, y no subsista a costa de subvenciones públicas, evitando economías ocultas.

El segundo modelo es el seguido por Alemania, Austria y Portugal. La exoneración se consigue tras unos años (de 3 a 5) *de buena conducta, tras infruc-*

⁴ Para un mejor análisis y profundidad de los distintos modelos de segunda oportunidad ver las citas a pie de página de la *Exoneración del pasivo...*, op. cit. págs. 34 y s., y del modelo americano CUENA CASAS, M., *Fresh start y mercado crediticio*, Revista InDret, julio 2011, citado a pie de página nº 51.

tuos intentos de acuerdo, entregando a un fiduciario designado por el juez, los ingresos embargables, y después de satisfacer los gastos del procedimiento y un 10% de los créditos.

El tercer modelo es el que se ha calificado de *merecimiento*⁵ que siguen los países escandinavos, Francia y Bélgica. A través de comisiones u órganos administrativos, se intenta lograr un acuerdo con los acreedores, tras un examen de las necesidades de los deudores, el comportamiento de los acreedores bancarios en la concesión de los créditos y las causas del sobreendeudamiento del deudor. Posiblemente este modelo es el más flexible y el que mejor se adapta a la realidad económica entre las dos partes, deudor y acreedores.

c) El primer tímido intento en España de alterar el principio de responsabilidad patrimonial universal fue la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores*, que modificó el art. 178.2 LC, aplicable a las personas físicas insolventes. El deudor debía ser de buena fe, y podía ver extinguidas sus deudas siempre que abonara una cantidad mínima. Dice el art. 178.2 LC: «*La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto en el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados*». Como señala la doctrina⁶, el precepto viene a confirmar, ahora parcialmente, el principio general de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 Cc, referido solo a empresarios, lo que supuso una frustración para las personas físicas.

Como ha señalado el Banco Mundial: *potenciar el espíritu empresarial y el compromiso social de los ciudadanos maximiza la actividad económica nacional y la competencia internacional. Cada ciudadano desvinculado es un eslabón de una larga cadena de pérdida de potencial económico y social. En las economías modernas estrechamente integradas, la actividad de una persona impulsa la actividad de muchas otras*. Como se ha dicho⁷ el emprendimiento de la bondad de la medida

⁵ Vid. en la op. cit., *La exoneración ...*, pág. 35.

⁶ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *El concurso de la persona física y el beneficio de la segunda oportunidad*, pág. 23 y ss, Wolters Kluwer España, S.A., 2021. Como destaca, este mecanismo se preveía solo para empresarios y emprendedores, lo que hizo que el primer ensayo en la aplicación de la norma fracasara.

⁷ CUENA CASAS, M., *La ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start*, ADCO nº 31, 2014, pp. 123 y ss., y cita del Banco Mundial y texto de *La exoneración ...*, op. cit., pág. 27.

es clara y evita la estigmatización, la condena a la exclusión social del empresario que fracasa, pues el fracaso es una fuente de aprendizaje y así debe ser tratado.

Otro propósito inocuo e inútil, en nuestra legislación concursal, aparece en la exposición de motivos de la Ley 25/2015 de reforma concursal, que modifica el art. 178 bis LC, cuando señala que: «*para que la economía crezca es preciso que fluya el crédito y que el marco jurídico aplicable dé confianza a los deudores, pero sin minar la de los acreedores, pues en tal caso se produciría el efecto contrario al pretendido: el retraimiento del crédito o, al menos, su encarecimiento*». Es decir, en otras palabras, se mantiene, ahora parcialmente, el principio de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 Cc., pues, aunque la norma se extendiera a cualquier persona física tanto si era empresario como si no lo era⁸, *exigía haber pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general*. Como destacan las SSTs 150/2019, de 13 de marzo de 2019 y 381/2019, de 2 de julio de 2019 (ponente en ambas, Sancho Gargallo): «*Para la exoneración inmediata, si se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, habrá que haber pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, y respecto del resto, sin distinción alguna, el deudor quedará exonerado*». En cualquier caso, como destaca la doctrina, la incorporación en el año 2015 del mecanismo de la segunda oportunidad ha determinado un incremento sustancial del número de concursos de particulares, como trámite previo para conseguir el perdón de las deudas.

d) *La información de riesgos del cliente como plataforma para la concesión del crédito*

En otro orden de cosas, una de las bases metodológicas para la concesión del *crédito responsable* es tener una *información simétrica* por parte de la entidad prestamista y la parte prestataria de buena fe. No se da esta plataforma en nuestro país. Y ello produce la consecuencia indeseable de que, a mayor riesgo mayor coste del crédito, que finalmente se extiende a todos los clientes, cumplidores y los incumplidores⁹, lo que supone una restricción en el crecimiento económico.

En efecto, los prestatarios tienen una información más completa que los prestamistas, lo que supone una *información asimétrica*, y el riesgo de que el crédito se conceda a prestatarios de peor calidad¹⁰.

⁸ Como apunta FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., en *El concurso...*, op. cit., pág. 24, *El concurso de persona física y el beneficio de la segunda oportunidad se integran en el ordenamiento jurídico español dentro de la normativa concursal, es decir, el legislador español no ha previsto una norma independiente*. Pone el ejemplo de Francia en cuya normativa los beneficios se consiguen sometiéndose a un procedimiento más sencillo de carácter administrativo, siendo el Banco de Francia el que gestiona las solicitudes y el que evalúa si un deudor puede ser merecedor del perdón de sus deudas.

⁹ *La exoneración...*, op. cit. págs. 28 y s.

¹⁰ MONTES, F., *Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional*, en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, coordinado por CUENA CASAS,

En nuestro país, los bancos gozan de una información oficial, la CIRBE, Central de Información de Riesgo del Banco de España, registro público gestionado por este ente, al que sólo acceden las entidades declarantes, no así las entidades que intermedian en el crédito (Crowdlending) y las *fintech*, que no suministran información a la CIRBE, por lo que queda mucha información fuera del sistema. Existen también registros privados, como Experian, Equifax, etc. Por todo ello, el propósito de que el Banco de España supervisa al sector financiero, suministrando información sobre la solvencia de los clientes, cuando el riesgo acumulado es superior a 1.000 €, no se consigue. La consecuencia inmediata es que, conscientes las entidades de crédito, la exoneración del pasivo insatisfecho puede provocar un aumento de los tipos de interés en la concesión del crédito.

Dicho de otro modo, cuando se implanta un sistema de exoneración del pasivo insatisfecho y el acreedor tiene el riesgo de perder el préstamo concedido, se incrementa la evaluación de la solvencia del deudor y aumenta la vigilancia para cumplir los deberes que impone la actual normativa sobre el préstamo responsable¹¹.

El economista estadounidense Ben Bernanke, que fue presidente de la Reserva Federal de Estados Unidos entre 2006 y 2014, galardonado en 2022 con el Nobel de Economía, advirtió de la necesidad de aumentar la regulación de la denominada banca en la sombra o paralela (intermediarios financieros no bancarios) para evitar futuras crisis económicas. Señaló que *«después de la crisis y la gran recesión de 2007-2009 se ha hecho un gran progreso en la regulación del sistema bancario, en particular con los bancos comerciales (...)»*. *«Mi preocupación es que, en la banca en la sombra, que fue la fuente originaria de la crisis, ha habido cambios pero no los suficientes»*. Esta falta de regulación es un problema y quedó de manifiesto en la *«muy breve pero aguda»* crisis financiera de marzo de 2020 causada precisamente por esos intermediarios financieros (*el caso de Silicon Valley*).

2. EL MECANISMO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD, MISIÓN IMPOSIBLE PARA LOS JÓVENES Y PARA LOS PEQUEÑOS EMPRESARIOS

A. Vistas las ventajas que supone para la economía tener mecanismos que faciliten la segunda oportunidad, la regulación actual que recoge el TRLC, incorporando, mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, la Directiva (UE) 2019/2023, es, como ya he apuntado, desordenada, imprecisa y, además avanza,

M., y PRATS ALBENTOSA, Cizur Menor (2014), págs. 245 y ss, y citado en la nota 34 a pie de página 29 en *La exoneración...*, op. cit., para quienes cuando los datos económicos no fluyen correctamente los datos de solvencia patrimonial el principal efecto es el encarecimiento del crédito para todos los consumidores (buenos y malos pagadores).

¹¹ Vid. art. 11 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de créditos al consumo.

prácticamente imposible de que puedan acogerse jóvenes, pequeños empresarios, autónomos, salvo que se trate de microempresas, etc.¹².

Sólo la práctica y la interpretación generosa y magnánima de los jueces mercantiles pueden hacerla posible.

Sin perjuicio que se desarrolle convenientemente, ya avanzo lo siguiente como botón de muestra:

a) El art. 487.1.1º, según el cual no pueden obtener la exoneración del pasivo insatisfecho, *cuando en los 10 años anteriores hubiere sido condenado por delitos contrarios a la Hacienda Pública o cuando durante este periodo hubiera sido sancionado por infracciones tributarias.*

b) El art. 488, que prohíbe solicitar otra exoneración de pasivo insatisfecho al menos *dos años* desde la exoneración definitiva, *o cinco*, tras una liquidación de la masa activa, *pero las nuevas solicitudes no alcanzarán en ningún caso al crédito público* (apartado 3).

c) El art. 489, cuando después de señalar que la exoneración de pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas, establece a continuación unas *excepciones*, entre ellas, *las deudas por créditos públicos* (5º), que solo podrán exonerarse hasta el importe máximo de diez mil euros y con condiciones.

d) El art. 493, prevé supuestos de *revocación de la exoneración*: *Si durante los 3 años siguientes mejorase sustancialmente la situación económica del deudor* (2º), o si en el momento de la *solicitud de la exoneración se estuviera en tramitación expedientes administrativos en reclamación de deudas tributarias y/o de la Seguridad Social* (3º).

e) Art. 495, en la solicitud de *exoneración con plan de pagos*: Plazo hasta *5 años (sin liquidación de la masa activa)*, pero para ello debe acompañar con la solicitud *las declaraciones de renta de los tres últimos ejercicios* y las de las partes restantes personas de su unidad familiar (apartado 1).

f) Art. 497. La duración del Plan de Pagos *será con carácter general de 3 años, de 5 años* cuando *no se realice la vivienda habitual* del deudor (1º); o cuando el importe de los pagos dependa exclusivamente de la evolución de la renta.

g) El plan de pagos es *impugnable por los acreedores* (art. 498 bis y siguientes).

h) Hay una *exoneración provisional*, que puede ser revocada (art. 499 ter) y una *exoneración definitiva* (art. 500).

¹² El art. 685 de la Ley de Reforma del TRLC, 16/2022, de 5 de septiembre, se refiere a los procedimientos especiales para microempresas, regulados en el libro III, que entró en vigor el 1 de enero de 2023, aplicable a los deudores, personas físicas o jurídicas, que lleven a cabo una actividad empresarial y que reúnan los presupuestos siguientes: haber empleado una media de menos de diez trabajadores; tener un volumen de negocio inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos mil euros, según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior.

i) Finalmente, la Ley 16/202, introduce el supuesto de *concurso sin masa* que, a buen seguro, será al que se acogerán la mayoría de los jóvenes.

No será de extrañar que, dado que, a mi juicio esta regulación puede contravenir las finalidades de la Directiva 2019/2023, como he señalado antes, pueden plantearse, por parte de los jueces mercantiles, *cuestiones de prejudicialidad* contra muchos preceptos que contienen estos largos y tediosos 27 artículos.

B. *El escenario actual de la juventud*

Desde el punto de vista sociológico, la juventud, aún con empleo, seguirá viviendo con sus padres más tiempo, aunque tenga trabajo, frustrándose el anhelo de ese grupo de población: emanciparse e iniciar una vida independiente. Como se destaca en el estudio prospectivo de la Oenegé Ayuda en Acción¹³, el trabajo es un pilar para la emancipación, pero menos en la población juvenil que sigue sufriendo una mayor tasa de temporalidad, con trabajos parciales y sueldos más bajos. Señala que, mientras la temporalidad ha descendido 3,6 puntos en la población de 20-64 años desde 2008, en las personas de 16 a 24 años creció en un 9,9 puntos y en las de 25 a 34 el aumento fue de 3 puntos durante la pasada década.

Afirma el estudio que esa precariedad, sumada a la inflación y al aumento del precio de la vivienda, dificulta la *emancipación juvenil* en España, ya por encima de más de 3 años del conjunto de la UE (30 años de media y 26 en el resto de Europa). Como destaca el director de Ayuda en Acción (AA)¹⁴: *a pesar de la recuperación económica, el porcentaje de jóvenes que vive con sus progenitores se ha incrementado en los últimos años. Esto muestra por un lado, la situación tan precaria y difícil que enfrenta las nuevas generaciones y, por otro, las dificultades para que una parte de la población, habitualmente la más vulnerable, pueda desarrollar sus proyectos y futuros de vida como deseen.*

El periódico La Vanguardia del día 12 de agosto de 2023, en primera página, señala con grandes titulares: la edad de emancipación de los jóvenes supera por primera vez los 30 años¹⁵. La presidenta del Consejo de Juventud¹⁶ atribuye el alto porcentaje de paro de la juventud (22,2%) a la progresiva pérdida del poder adquisitivo. Ni siquiera tener estudios superiores ayuda: sólo el 22,9 de los jóvenes con grado universitario o estudios superiores de formación profesional habría conseguido independizarse. Mientras la *tasa de emancipación en España* se mantiene en un 15,9%, la europea la duplica, el 31,9%. A mayor

¹³ Tomo nota de la principal conclusión de la Oenegé Ayuda en Acción, publicado en La Vanguardia, el 12 de abril de 2023, en un estudio prospectivo sobre juventud y empleo.

¹⁴ D. Fernando Mudarra.

¹⁵ Página 12, desarrolla la materia del Consejo de la Juventud.

¹⁶ D^a Andrea González.

abundamiento, tener empleo no garantiza, la posibilidad de emancipación. Las alternativas: eternizarse en casa de los padres o compartir piso. Destaca también que Cataluña es la Comunidad con más jóvenes que han dejado el hogar paterno (20,2%) aunque el 80% comparte piso.

Siguiendo el estudio prospectivo, los expertos colaboradores se preguntan: ¿Y en 2030? La respuesta es que la tasa de desempleo juvenil (16-29 años) podría llegar al 20%, aproximadamente la mitad que la existente en la época de la pasada crisis económica.

Como destacan brillantes economistas¹⁷ los jóvenes padecen *futurofobia*, para quienes la incertidumbre es mayor cuando se señala que *el 90% de los puestos de trabajo que se crearán en la próxima década* aún no han sido inventados. (...) «*Estamos en una revolución tecnológica de raíces profundas en la que la inteligencia artificial es tan solo la punta del iceberg. Concluye el articulista: Los jóvenes son la gran asignatura pendiente desde hace décadas para los gobiernos de diferentes tendencias e ideologías, que no se soluciona con bonus y regalías que no resuelvan sus problemas (...) El peligro es exactamente el contrario, que se acostumbren a sobrevivir gracias al soporte de sus padres y abuelos. Con cita del manifiesto de Paul Lagargue, yerno de Carlos Marx, El derecho a la pereza, para qué se van a ocupar de su futuro cuando saben que no lo tienen.*

Otros economistas ilustres, siguen la misma línea que el anterior¹⁸, destacando que el drama de la economía española es la dificultad de encontrar trabajo *a pesar de que el número de personas es elevadísimo. Según la EPA, son 2,76 millones de trabajadores. Muchos son jóvenes. La tasa de paro de este colectivo es del 30%. Y casi un 40% de los parados son de larga duración. España encabeza el ranking del paro en Europa (...)* A este paro le podemos llamar estructural puesto que no se elimina en una coyuntura (...) *comporta un enorme coste, económico y social y es una fuente de frustración para muchos. Y concluye: El mercado de trabajo sigue siendo la principal rémora de la economía española (...)* son necesarias profundas reformas para hacerlo homologable al resto de los mercados laborales europeos.

La política educativa concluye, el citado estudio de Ayuda en Acción que aparece en el rotativo citado, debe seguir trabajando *para reducir el abandono de los estudios* (se espera que España consiga en el 2023 tener valores similares a la UE) e incrementar el nivel de estudios de los jóvenes. La responsable de Empleo de Ayuda en Acción¹⁹ señala que *la educación es una palanca clave para romper el círculo de pobreza y acceder al empleo, pues existe una relación directa entre desempleo y empobrecimiento. La tasa de desempleo en 2021 en la población*

¹⁷ GUINDAL, Mariano, *Los jóvenes, los grandes olvidados*, La Vanguardia, suplemento el Dinero, 30 de junio de 2023, pág. 12.

¹⁸ GUAL, J., profesor del IESE, en su artículo también del suplemento Dinero, La Vanguardia, de 30 de junio de 2023, *¿Hacia el pleno empleo?*

¹⁹ D^a. Verónica de la Cruz.

de 25 a 29 años fue del 32,6% para nivel de estudios bajos y del 15,7% para nivel de estudios altos. En la misma línea, La Vanguardia del día 13 de septiembre de 2023, y en base al informe del OCDE, destaca también con grandes titulares: España lidera la UE en abandono escolar pese a dar más horas lectivas. Y subraya: «Un 26% de los jóvenes españoles de entre 25 y 34 años no han pasado de tercer de ESO y un 17% de entre 18 y 34 años no estudian ni trabajan²⁰».

Por último, La Vanguardia de 12 de diciembre de 2023, y a través del colaborador habitual Miquel Roca dio a conocer el Informe PISA, sobre la salud de nuestro sistema educativo. Señala: «¡Demoledor! Y si la reacción es esperar que con el tiempo su contenido se olvide o pierda interés, aún es más preocupante ¡Lo pagaríamos muy caro!...» «un futuro educativo de calidad inclusivo, definido como objetivo prioritario de la acción política es un elemento decisivo para garantizar un futuro de progreso...» ... «El fracaso educativo es el mejor (y casi el único termómetro) definidor de una sociedad de progreso y libertad...».

C. La situación de crisis de las personas físicas

En el preámbulo de la Ley 16/2022, que transpone la Directiva comunitaria 2019/2023, ya advierte en su apartado V que: *Resulta imprescindible que la actualización del derecho de la crisis empresarial contenga una parte dedicada a un sector de vital importancia en nuestra economía. Según los datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a 31 de agosto de 2020, las microempresas constituían el 93,82% de las empresas españolas y daban empleo a 4.887.003 personas, lo que representa el 31,63% del empleo total. En la mayoría de los sectores, las microempresas constituyen una parte esencial del tejido productivo: el 61,83% de las empresas del sector agrario son micropymes, el 49,58% en la construcción, y el 31,24% en el sector servicios.*

—Las microempresas constituyen un sector con una alta volatilidad y una enorme rotación. Así, los datos hasta el final de 2018 muestran que el 25,98% de las micropymes tienen una vida inferior a un año, el 14,27% sobreviven entre 2 y 3 años, el 16,72% entre 4 y 7 años, y solo el 20,58% de las empresas más pequeñas duran más de 15 años. Estos datos muestran la extraordinaria importancia que adquiere la implementación de un sistema que sea capaz de reducir la rotación, incrementando las posibilidades de continuidad de aquellas empresas viables, y que ofrezca instrumentos eficaces y eficientes de salida del mercado a aquellas empresas que no tienen valor añadido, de modo que se liberen los recursos y puedan ser asignados a usos más eficientes.

—Las microempresas suelen acceder al procedimiento concursal cuando su situación financiera se ha deteriorado tanto y queda tan poco valor en la empre-

²⁰ En la pág. 22 del rotativo desarrolla la materia: *Más tiempo en las aulas y más abandono en comparación a los países europeos* (Panorama de la educación, proporcionada por el Ministerio de Educación, que es traducción del informe *Education ata a glance*).

sa que cualquier solución reorganizativa resulta poco viable. Pese a ello, el concurso de acreedores incluye pocas excepciones y especialidades en el tratamiento de la insolvencia de las microempresas. El concurso de acreedores responde a un procedimiento de corte clásico, formal y con un fuerte contenido procesal, lo que comporta, en su implementación, unos costes fijos altos, con independencia del tamaño de la empresa concursada. En esta tesitura no es infrecuente que la propia estructura procesal del concurso genere más costes que el valor residual que queda en la empresa insolvente. Es, por tanto, necesario diseñar un procedimiento para las microempresas que reduzca notablemente los costes fijos del propio sistema.

Por ello, el RDL 1/2020, de 5 de mayo que aprueba la TRLC, estableció en el Libro III de la LC un *Procedimiento especial para microempresas*, sean personas naturales o jurídicas y cuyas características señala el art. 685 TRLC, y el art. 686, los presupuestos objetivos del procedimiento especial, que entró en vigor el 1 de enero de 2023²¹.

Las estadísticas que facilita el CGPJ sobre procedimiento de insolvencia de personas físicas permite anticipar que *dicha insolvencia han dejado de ser residual y ha pasado a convertirse cuantitativa y cualitativamente en los asuntos principales de los Juzgados mercantiles*²².

²¹ Art. 685: «1. El procedimiento especial para microempresas será aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características:

1.º Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. Este requisito se entenderá cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo.

2.º Tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.»

Art. 686: «1. El procedimiento especial será aplicable a aquellas microempresas que se encuentren en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o en insolvencia actual.

2. El deudor tendrá el deber legal de solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia actual cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado.

3. El procedimiento especial de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento regulado en este libro requerirá la existencia de insolvencia actual o inminente, si lo solicita el deudor, o actual, si lo solicitan legitimados distintos del deudor.

4. Si al menos el ochenta y cinco por ciento de los créditos correspondiesen a acreedores públicos, el procedimiento especial solo podrá tramitarse como procedimiento de liquidación.»

²² Según la Asociación Profesional de Administradores Concursales y Expertos en reestructuración e insolvencia (ASPAC) se declararon 4.258 concursos sin masa en el segundo trimestre de 2023, lo que supone un incremento del 336,3% respecto al mismo periodo del año anterior.

Antes de promulgarse la Ley 16/2022, en agosto de 2022, los concursos se seguían viendo como un instrumento para cerrar y liquidar empresas, no como una herramienta de reestructuración. La inmensa mayoría de concursos que se presentaban eran de empresas sin apenas actividad y de personas que se acogen a la Ley de segunda oportunidad. Los grandes concursos, con deudas multimillonarias, son ahora testimoniales²³. Cito como ejemplo, los doce Juzgados mercantiles de Barcelona, señalando que se presentaron 515 concursos entre el 1 de julio y el 2 de agosto de 2023. La cifra, es un 70% superior en relación a los 300 concursos del año anterior.

A nivel comunitario, la principal novedad de la Directiva *se refiere a la configuración de la exoneración del pasivo insatisfecho como un derecho, no como un beneficio o excepción*. Como advierte la doctrina, este cambio se refleja en la propia Ley española, en la que *se traslada a los acreedores o a la administración concursal la carga de probar que el deudor no es honesto, no es deudor de buena fe*²⁴.

D. *Las opciones para la exoneración del pasivo insatisfecho de las personas físicas*

Solo las personas físicas (naturales, en terminología de la Ley), pueden acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, *sean o no empresarios* (art. 486 TRLC).

Las empresas, personas jurídicas, por pequeñas que sean, no tienen más alternativa que la de acogerse, por la vía preconcursal o concursal, hasta conseguir un nivel de viabilidad de acuerdo con los acreedores²⁵. De no conseguir el acuerdo el deudor está llamado a la liquidación, lo que supone la disolución y extinción de la personalidad jurídica, así como la extinción del pasivo total.

A la vista de lo cual, las alternativas de las personas físicas para conseguir la exoneración del pasivo insatisfecho son las que señalan los apartados 1º y 2º del art. 486 TRLC, por un lado, y, *la regulación de nuevo cuño, del art. 37 bis y ss, el concurso sin masa*. En síntesis, estas son las opciones legislativas:

También, más recientemente, destaca PUIGSERVER ASOR y otros, en op. cit., *La segunda oportunidad de las personas naturales*, pág. 44, en el VII Congreso Profesional del Mediterráneo 2023, celebrado en Benidorm, aproximadamente el 90% de los concursos que estaban conociendo los Juzgados de lo Mercantil, tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, eran por el trámite especial de concurso sin masa.

²³ Según declaraciones de un Juez Mercantil de Barcelona, el nº 10, D. Ignacio FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, recogidas en *La Vanguardia*, 20 de agosto de 2022, pág. 36. En el mismo sentido, el magistrado, actualmente en el Juzgado Mercantil nº 11 de Barcelona, D. José María Fernández Seijo.

²⁴ Entre otros, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., en *La exoneración...*, op. cit., pág. 50, quien destaca que el art. 23 de la propia Directiva, deja abierta a los Estados un abanico muy amplio de opiniones para modular el alcance de la exoneración, así como las limitaciones a los deudores que puedan optar a la exoneración.

²⁵ Para las de mayor tamaño, incluyendo personas físicas, lo normal es que acudan al precurso del Libro II, y para las microempresas al procedimiento especial previsto en el Libro III, que entró en vigor el primero de enero de 2023.

1.º Con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa.

2.º Con liquidación de la masa activa 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.

3.º Acogerse al *concurso sin masa* del artículo 37 bis y ss, que no es más que una *modalización de liquidación del patrimonio del deudor*, siempre que se den los supuestos que señala el citado artículo²⁶.

Aún sin estadísticas fiables en esta materia, la opinión generalizada de los jueces mercantiles de Barcelona es la de que, de forma mayoritaria, muy mayoritaria, están tramitando expedientes de concurso sin masa, hasta el punto de que esta será la materia predominante que tendrán en sus manos durante los ejercicios económicos futuros.

Con los antecedentes expresados en el Apartado 2 anterior, no es difícil colegir que *esta será la opción que escogerá la juventud, inicie o no una actividad empresarial*.

Es por ello que limitamos el desarrollo jurídico del presente estudio en la opción del *concurso sin masa de las personas físicas al amparo del art. 37 bis al 37 quinquies*.

3. EL CONCURSO SIN MASA DEL ART. 37 BIS Y SS.

Como se afirma por la doctrina²⁷, además de las opciones reconocidas en la norma (art. 486), las personas físicas, sea empresario o no, *se introduce esta tercera vía*, la del concurso sin masa, vía ambigua y desubicada en la sistemática general del TRLC.

Es presupuesto previo para la solicitud de exoneración la *insolvencia*, actual o inminente, como reconocimiento del propio deudor y la declaración judicial de este estado. A tenor del art. 2.3, de acuerdo con la Ley 16/2022, *se precisa* ahora que, el deudor se encuentra en situación de *insolvencia inminente*, si prevé que dentro de los *tres meses siguientes* no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Por otra parte, los acreedores pueden instar el concurso necesario en caso de que la insolvencia sea actual, y todo ello de acuerdo con el régimen general o común establecido en el actual TRLC.

²⁶ a) *El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables.*

b) *El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal.*

c) *Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento.*

d) *Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.*

²⁷ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., en Cap. II de la op. cit., *La exoneración ...*, pág. 62 y ss, y más extensamente CUENA CASAS, M. en op. cit., Cap. VIII, pág. 231 y ss., y específicamente en el Cap. IX, pág. 287 y ss.

El deudor, conforme al procedimiento general regulado en el Libro I, tendrá que aportar la documentación a la que se refieren los arts. 7 y 8 TRLC, con abogado y procurador^{28 29}. Sin embargo, en los concursos sin masa del art. 37 bis y ss, contrariamente al régimen común, no procede el nombramiento del Administrador Concursal (AC), salvo que el 5% del pasivo lo solicite, según después veremos extensamente al referirnos a las especialidades de la declaración del concurso sin masa.

A. *Supuestos del concurso sin masa: art. 37 bis*

Dice la norma:

- a) *El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables.*
- b) *El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal.*
- c) *Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento.*
- d) *Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.*

El precepto enumera *por este orden* los cuatro supuestos de concurso sin masa. Es obvio que los tres primeros son supuestos claros de insuficiencia patrimonial. Pero el cuarto supuesto, como pone de manifiesto la doctrina³⁰, tratándose de una finca hipotecada, en la que la deuda garantizada puede superar el valor razonable de la garantía, no procede decretar la exoneración sin ejecutar la hipoteca. Compartimos la misma opinión según la cual *el exceso de garantía tiene la condición de exonerable, y el acreedor debe soportar la pérdida del crédito, en la parte de la deuda garantizada que exceda del valor razonable de la garantía*³¹, sin perjuicio de que pueda recalcular la deuda pendiente que no

²⁸ En síntesis, los documentos exigidos son: 1º una memoria expresiva de la historia económica y jurídica, durante los tres últimos años; 2º un inventario de bienes y derechos que integren su patrimonio; 3º una relación de acreedores; 4º si es empleador, número de trabajadores (art. 7); además, si estuviera obligado a llevar contabilidad: 1º las cuentas anuales y los informes de gestión y de auditoría de los tres últimos ejercicios; 2º una memoria de los cambios significativos de las últimas cuentas depositadas, y 3º una memoria de las operaciones significativas en el mismo periodo.

²⁹ No participa, PUIGSERVER ASOR, C., y otros, en *La segunda oportunidad de las personas naturales*, cit., que el deudor deba estar representado por procurador, en base a la Ley 25/2015, para la tramitación de concursos de personas físicas no empresarios y la Ley 16/2022, en su única Disposición Transitoria no hace mención a la Ley 25/2015, pág. 55; y, en general la monografía, trata de forma muy sistemática, cuestiones procesales para todas las personas naturales (Libro I TRLC), pág. 42 y ss.

³⁰ CUENA CASAS, M., op. cit., pág. 290.

³¹ Dice el art. 273 sobre la determinación del valor razonable de los bienes inmuebles, y artículos 274 y 275 sobre deducciones del valor razonable. Este artículo es de capital im-

supere el valor de la misma. Y todo ello, como se afirma, en aplicación del art. 492 bis 2.2ª y 489.1.8ª TRLC³², debe aplicarse analógicamente a este supuesto, lo que es conforme con la Directiva (UE) 2019/1023. Lo contrario beneficiaría al acreedor hipotecario irresponsable que es el que ha prestado, por encima del valor del bien hipotecado, salvo que los acreedores que representen el 5% del pasivo total solicite el nombramiento de un AC para que emita informe sobre su valor, entre otros extremos, según se verá a continuación.

Y no debe olvidarse que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente conforme señala el art. 52 TRLC, *en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado y en las ejecuciones relativas a créditos concursales (el exceso de deuda hipotecaria lo es) o contra la masa sobre bienes y derechos que integren la masa activa*.

Ni la Ley 16/2022, ni el precepto aclara si pueden acogerse a este régimen sólo las personas físicas, emprendedoras o no, o también las personas jurídicas. Entiendo que desde 1º de enero de 2023, parece claro que sólo las personas físicas, empresarias o no, pueden acogerse al concurso sin masa del art. 37 bis y ss. Las personas jurídicas, por pequeñas que sean y que no reúnan las características de microempresas —que están reguladas en el Título III—, sólo pueden acogerse a los supuestos del art. 486, es decir, con sujeción a un plan de pagos o con liquidación de la masa activa³³.

Como tampoco puede pasar por alto que en el concurso sin masa el juez debe dictar un auto de declaración de concurso, como en todos los demás casos

portancia, para poder calcular el límite del privilegio especial. La administración concursal debe proceder a realizar las siguientes deducciones: 1º el diez por ciento del valor razonable del bien; 2º el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. Señalando a continuación, en el apartado 2 del art. 275: *En ningún caso el valor de la garantía puede ser inferior a cero ni superior al valor del crédito*.

³² El art. 492 bis, apartado 2 establece que:

2. *En el caso de deudas con garantía real cuya cuantía pendiente de pago cuando se presenta el plan exceda del valor de la garantía calculado conforme a lo previsto en el título V del libro primero se aplicarán las siguientes reglas:*

1.ª *Se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas, pero la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. En caso de intereses variables, se efectuará el cálculo tomando como tipo de interés de referencia el que fuera de aplicación conforme a lo pactado a la fecha de aprobación del plan, sin perjuicio de su revisión o actualización posterior prevista en el contrato.*

2.ª *A la parte de la deuda que exceda del valor de la garantía se le aplicará lo dispuesto en el artículo 496 bis y recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha quedará exonerada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 500.*

El art. 489,1.8º, ya declara no exonerables las deudas con garantía real: *dentro del límite del privilegio especial*.

³³ Cuestión que también se plantea y alcanza la misma conclusión GARCIA-VILLARRUBIA, en *Incertidumbre del nuevo concurso sin masa, tras la ley 16/2022*, en Boletín Mercantil, nº 113, pág. 5 y ss.

de exoneración de pasivo insatisfecho, con todos los pronunciamientos que establece el art. 28 LC, salvo el de nombramiento de la Administración Concursal.

Ya se ha planteado una cuestión prejudicial por el Juzgado mercantil 10 de Barcelona, pues la Directiva europea tiene por objeto principal regular la segunda oportunidad sólo para comerciantes, profesionales y empresarios, *aunque sugiere que los Estados puedan extender estos mecanismos a consumidores.*

B. *Especialidades de la declaración de concurso sin masa (art. 37 ter)*

Dice el art. 37 ter:

1. *Si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañen resultare que el deudor se encuentra en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo anterior, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos, ordenando la remisión telemática al «Boletín Oficial del Estado» para su publicación en el suplemento del tablón edictal judicial único y la publicación en el Registro público concursal con llamamiento al acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días a contar del siguiente a la publicación del edicto, puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente informe razonado y documentado sobre los siguientes extremos:*

1.º *Si existen indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme a lo establecido en esta ley.*

2.º *Si existen indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada, o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.*

3.º *Si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable.*

2. *En el caso de que, dentro de plazo, ningún legitimado hubiera formulado esa solicitud, el deudor que fuera persona natural podrá presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho.*

3. *El auto de declaración de concurso, en caso de que el deudor fuera empleador, se notificará a la representación legal de las personas trabajadoras.*

Antes de la reforma introducida por la Ley 16/2022, cuando se trataba de un concurso sin masa de persona física, era obligado el nombramiento del AC al objeto de liquidar el patrimonio del deudor.

La Ley 16/2022, introduce un cambio radical en relación con el régimen anterior: sólo procederá el nombramiento de la AC, si lo solicita el 5% del pasivo y, por tanto, a instancia de los acreedores y, dentro del plazo de 15 días, a contar a partir de las publicaciones edictales (BOE y Registro Público Concursal). Si no hay petición de los acreedores en el porcentaje indicado y en el plazo señalado, el deudor puede postular, de acuerdo con el art. 37 *ter* 2, la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho.

Esta circunstancia ha llevado a las grandes entidades de crédito a *solicitar sistemáticamente* el nombramiento de la AC, tan pronto tenga conocimiento de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho de concursos sin masa de persona física.

El contenido del informe razonado y documentado de la AC es el que recoge el art. 37 bis *ter* 1, 1º, 2º y 3º, es decir, la existencia de *acciones de rescisión y de reintegración a favor de la masa activa, la existencia de indicios para el ejercicio de la acción social de responsabilidad de acuerdo con los términos de la Ley*³⁴, o indicios suficientes de *que el concurso pudiera ser calificado de culpable*³⁵.

Como se afirma por una parte de la doctrina si la petición de los acreedores debe descansar *sólo* en tales motivos, el incentivo es mínimo y, entretanto *el deudor puede mentir descaradamente*³⁶, por lo que no es de extrañar que ciertos colectivos de la judicatura, en determinados congresos, hayan exigido más información de los bienes y derechos del deudor, para efectuar una valoración de los bienes, con sus cargas y gravámenes³⁷, con el *objetivo de evitar que se oculte patrimonio*, como pudiera darse en el supuesto del art. 37 bis d), que hemos examinado con anterioridad. De ahí que, en la judicatura, está calando el efecto perverso de demonizar la exoneración.

También otras asociaciones, como la Fundación FIDE, en un debate sobre la norma, no faltaron opiniones de calado: *se abre una puerta y no se establece un control riguroso, corremos el riesgo de encontrarnos con todo tipo de pasajeros indeseables... En algunos casos, la insolvencia es artificial, una mera apariencia creada exprofeso para para obtener el beneficio de la condonación, ya que el pasivo es escaso y, en todo caso, perfectamente atendible con los ingresos que se obtienen.*

Ello no obstante, baste citar *los documentos que debe presentar el deudor en la solicitud de concurso* (art. 7), entre los que se encuentra el inventario de

³⁴ Artículos 226 (acciones rescisorias); 132.1 (acción social de responsabilidad contra los administradores).

³⁵ Artículos 442, 443 y 443, de acuerdo con las presunciones *iusuris et de iure* y *iusuris tantum*.

³⁶ CUENA CASAS, M., *La exoneración...*, op. cit., pág. 288.

³⁷ Encuentro de la jurisdicción mercantil de Andalucía de 11 de noviembre de 2022, citado por CUENA CASAS, M., *La Exoneración...*, op. cit., pág. 289 y por GARCÍA VILLARRUBIA, *Incertidumbres...*, op. cit., pág. 2 y 7.

los bienes y derechos que integren su patrimonio, con la *estimación del valor de mercado a fecha de la solicitud*, para clarificar tales dudas y sospechas.

En otro orden de cosas, para evitar que los acreedores estén pendientes del BOE y de los Edictos, *podría exigirse al deudor que, antes de instar el concurso, comunique a los acreedores que va a solicitar la declaración de insolvencia.*

C. *Solicitud de nombramiento de administración concursal (art. 37 quarter)*

Señala el precepto:

1. *En el caso de que, dentro de plazo, acreedor o acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo formularan solicitud de nombramiento de administrador concursal para que emita el informe a que se refiere el artículo anterior, el juez, mediante auto, procederá al nombramiento para que, en el plazo de un mes a contar desde la aceptación, emita el informe solicitado. En el mismo auto fijará la retribución del administrador por la emisión del informe encomendado, cuya satisfacción corresponderá al acreedor o acreedores que lo hubieran solicitado.*

2. *El deudor deberá facilitar de inmediato toda la información que le sea requerida por el administrador concursal para la elaboración del informe a que se refiere el artículo anterior.*

Solicitado en tiempo y forma el nombramiento del AC, se le otorgará un breve plazo de un mes para que emita el citado informe, cuya retribución deberán satisfacer los acreedores que lo hubieran solicitado, lo que se fijará en la propia resolución.

El deudor, dice el precepto, facilitará de inmediato toda la información que le requiera el AC, conforme establece el art. 175 TRLC. Todo lo cual refuerza la posibilidad de comprobación de la documentación aportada en la solicitud del concurso, pudiendo requerir el auxilio judicial.

Corresponde a la AC comprobar si el deudor tiene bienes o derechos en su patrimonio que no se hayan inventariado, o que la hipoteca de un bien inmueble que no sea domicilio habitual no se ha realizado, siendo así que la deuda podría superar el valor razonable de la garantía. En consecuencia, como hemos reiterado *ut supra*³⁸, su exceso debe tener la condición de exonerable, por lo que el acreedor hipotecario tiene que soportar la pérdida del crédito en la parte de la deuda garantizada que exceda el valor razonable de la garantía. En otras palabras, *no se puede decretar la exoneración sin ejecutar la hipoteca* salvo que se trate de la vivienda habitual. La exoneración del pasivo insatisfecho no se puede acordar cuando hay bienes que liquidar.

³⁸ Vid. apartado III.A, así como las conclusiones que alcanzamos.

Nada de ello dice la breve y precipitada regulación de los artículos que estamos comentando.

Es la AC la que debe informar si la omisión de información (art. 443, 4º y 51 TRLC) es o no voluntaria o se da cualquier otro de los supuestos contemplados en el art. 443 como presunciones *iures et de iure* o en las presunciones *iuris tantum* del art. 444, que permita calificar el concurso como culpable³⁹.

Por último, señalar que no debe descartarse que el deudor, en el supuesto del art. 37 bis, d), pueda acogerse al *plan de pagos*, acomodándose al art. 501.1, (*solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa*). Una vez ejecutada la garantía, de superar el valor de la misma en los términos del TRLC⁴⁰, la parte de la deuda exonerada debe ser objeto de reparto entre los acreedores. El problema, como apunta la doctrina, qué sucede si no hay nombramiento de la administración concursal por inacción de la parte acreedora⁴¹. Pero si estamos hablando de un plan de liquidación de la masa activa, y se ha llevado a cabo en la forma que hemos expuesto reiteradamente, *lo prudente y aconsejable sería que fuera el propio deudor el que solicitara el nombramiento de la administración concursal con la exclusiva finalidad* de que pueda acreditar únicamente este extremo. La redacción del precepto —art. 501.1— no puede ser más defectuosa. Como también lo es la regulación del concurso sin masa, que tampoco nada dice.

D. *Auto complementario (art. 37 quinquies)*

Si del informe de la administración concursal resultaran indicios a los que se refiere el art. 37 ter, obliga al juez a dictar un auto complementario de apertura de la fase de liquidación de la masa activa, con todos los pronunciamientos de rigor y, concederá el plazo de 2 meses a la AC para ejercitar las acciones rescisorias y acciones sociales de responsabilidad, a contar a partir de la presentación del Informe. De no hacerlo, transcurrido el citado plazo, serán los acreedores quienes, en otro plazo de dos meses, estarán legitimados para ejercitarlas.

En cuanto a costas, se estará a lo establecido en la Ley para el caso de ejercicio subsidiario de acciones por los acreedores⁴².

³⁹ El art. 442 establece que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia, hubiera mediado dolo o culpa grave.

⁴⁰ Arts. 273, 274 y 275.

⁴¹ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La exoneración ...*, op. cit., pág. 278.

⁴² Art. 232.3, de estimarse total o parcialmente la demanda, el o los acreedores que hayan litigado a su costa, tendrán derecho a reembolsarse hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la rescisión.

E. *Conclusión del concurso*

Entre las deficiencias que presenta la regulación del concurso sin masa, está la referida a la conclusión del concurso.

Como destaca el Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla en su Acuerdo nº 1/2022 sobre esta materia el legislador no ha previsto de manera expresa qué sucede en el caso de que, por parte de los acreedores, no se solicite el nombramiento de la AC, o si, una vez solicitado y emitido el Informe, del mismo resulta que no existen indicios de ninguno de los supuestos previstos en el art. 37 ter del TRLC⁴³. La doctrina concluye que no deben albergarse dudas de que en el concurso sin masa de las personas naturales debe dictarse auto de conclusión del concurso⁴⁴.

F. *Otras cuestiones: la retribución de la Administración Concursal y los recursos*

Es también una materia que se plantea la doctrina⁴⁵.

En efecto, en cuanto a la retribución, la norma sólo se refiere al momento (se fija en el propio auto de nombramiento) y quien debe satisfacerlo (los acreedores que lo hayan solicitado). No concreta los criterios por los que debe regirse la retribución. Unos Juzgados parecen anudarlos a una cantidad fija (300/500 euros), otros al pasivo del deudor, otros a los parámetros establecidos en el RD 1860/2004, de 6 de septiembre y otros a un tanto alzado. También sería conveniente una aclaración normativa en este sentido.

Otras cuestiones que plantea la doctrina, es la *materia de los recursos*. Como eufemísticamente se invoca el concurso sin masa es un *concurso trifásico*⁴⁶. Participamos con la mejor doctrina que los más razonable es acudir al régimen general del art. 546 TRLC: *Contra las providencias y autos, recursos de reposición ante el propio juez, sin posibilidad de ulterior recurso*. Cuestión distinta es que algún acreedor pudiera aportar documentación acreditativa de que su crédito es sustancialmente distinto del que recoge la lista de acreedores presentada por el deudor. En caso de discrepancias deberá sustentarse con un incidente concursal, cuya resolución bien pudiera ser objeto de recurso de apelación.

⁴³ Cita recogida en la op. cit., *La segunda oportunidad...*, págs. 104 y 105.

⁴⁴ PUIGSERVER ASOR, C., y otros, en la op. cit., *La segunda oportunidad...*, pág. 105, en base al art. 465 TRLC señalando que procede la conclusión del concurso «en cualquier estado del procedimiento» «cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa...».

⁴⁵ GARCIA VILLARUBIA, M., en *Incertidumbres...*, op. cit., pág. 13 y ss., y MUÑOZ PAREDES, A., en *El concurso sin masa: sunt lacrimae rerum*, en *Diario La Ley*, n.º 10165, de 8 de noviembre de 2022.

⁴⁶ MUÑOZ PAREDES, A., op. cit., Hay tres posibles autos específicos, el del 37 ter 1, 37 bis y 37 quarter 1.

4. A MODO DE PRIMERAS CONCLUSIONES

Después de los antecedentes expuestos acerca de la juventud actual, de la situación personal de la misma, así como el futuro económico que les aguarda, no nos cabe la menor duda de que, para solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, acudirán a la declaración de concurso sin masa que regula el art. 37 bis y siguientes. Así lo han manifestado distintos jueces de lo mercantil, en Barcelona, Alicante y Málaga, y, como señalan, ésta será la materia que tendrán durante los próximos ejercicios económicos⁴⁷.

En los tres primeros supuestos a), b) y c) ofrecen poca duda sobre el escaso valor de los bienes, y entendemos que los acreedores no solicitarán, a sus costas, el nombramiento de AC.

Pero puede suceder que, bien por donación, por herencia o por cualquier otro negocio jurídico, el joven deudor pueda ser tenedor de un bien inmueble, que no sea vivienda habitual, parcela o determinados derechos de contenido patrimonial (derecho de superficie, por ejemplo), con cargas y gravámenes sobre los mismos y cuyo importe sea superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.

Pues bien, en este caso, participamos con la mejor doctrina según la cual es obligada la enajenación del bien, —repetimos que no sea vivienda habitual— aplicando el art. 501.1 del TRLC, conforme hemos examinado.

Nosotros sugerimos que, ante la inacción de los acreedores, fuera el propio deudor quien solicitara el nombramiento de la AC a los exclusivos efectos de que realizara el bien y así acreditar la liquidación de la masa activa. En este extremo, como en los que hemos examinado, la regulación es deficiente y debe complementarse mediante la(s) pertinente(s) normas.

Dadas las deficiencias de la institución, por acción o por omisión, *habrá que seguir legislando, para que esta materia pueda coordinarse en el contexto general del Capítulo II (De la exoneración del pasivo insatisfecho), del título X.*

Los magistrados de lo mercantil de Barcelona, con la colaboración de los Letrados de la Administración de Justicia de los propios Juzgados mercantiles, en diciembre de 2023, ya han dictado unos *Acuerdos de Unificación de Criterios*, no solo sobre el concurso sin masa de personas físicas, sino también sobre el procedimiento especial de microempresas del Libro III TRLC, entre otras materias.

Cuestión distinta es que la juventud actual quiera someterse a los presupuestos establecidos en este Capítulo II, es decir someterse a un *plan de pagos sin previa liquidación* de la masa activa (supuestos 1º del art. 486) o *con liquidación de la masa activa* (supuesto 2º del art. 486), lo que se nos antoja altamente improbable.

⁴⁷ Vid. *ut supra*, 2.- y muy especialmente los apartados B y C.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CUENA CASAS, M., y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.; *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de personas físicas*, Editorial Aranzadi, Navarra 2023.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *El concurso de la persona física y el beneficio de la segunda oportunidad*, Wolters Kluwer España, S.A., 2021.

MONTES, F., *Sistemas de información crediticia. Principios generales y marco internacional*, en Préstamo responsable y ficheros de solvencia, coordinado por Cuenca Casas, M., y Prats Albentosa, Cizur Menor, 2014.

PUIGSERVER ASOR, C., ADAN DOMENECH, F., AZPEITIA ALONSO, I. y SIERRA SÁNCHEZ, Z., *La segunda oportunidad de las personas naturales*, Librería Bosch, S.L., junio 2023.

Revistas y Boletines

CUENA CASAS, M., *Fresh start y mercado crediticio*, Revista InDret, julio 2011.

CUENA CASAS, M., *La ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start*, ADCO n° 31, 2014.

GARCÍA-VILLARRUBIA, en *Incertidumbre del nuevo concurso sin masa, tras la ley 16/2022*, en Boletín Mercantil, n° 113.

MUÑOZ PAREDES, A., *El concurso sin masa: sunt lacrimae rerum*, en Diario La Ley, n.º 10165, de 8 de noviembre de 2022.

SANCHO GARGALLO, I., *El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho*, Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring, n° 5, 2022, págs. 31-46.

Artículos

Ayuda en Acción, *Estudio prospectivo sobre juventud y empleo*. La Vanguardia, el 12 de abril de 2023.

GUAL, J., *¿Hacia el pleno empleo?* La Vanguardia, suplemento el Dinero, 30 de junio de 2023.

GUINDAL, Mariano, *Los jóvenes, los grandes olvidados*, La Vanguardia, suplemento el Dinero, 30 de junio de 2023.

ROCA, Miquel, *PISA y el futuro*. La Vanguardia, 12 de diciembre de 2023.

CONTESTACIÓ
de l'Acadèmic honorari
Excm. Sr. IGNACIO SANCHO GARGALLO

Excmo. Sr. Presidente e Ilmos. Sres. Académicos,
Autoridades,
Señoras y señores,

1. Es un honor y una satisfacción poder contestar, en nombre de la Academia, al discurso de ingreso del Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol.

Conocí a Sebastián Sastre en el foro, en 1992, en mi primer año de juez de Primera Instancia en Barcelona, con ocasión de un asunto concursal. Ese primer encuentro me permitió advertir que, asumiendo como asumía entonces la mayor responsabilidad en la asesoría jurídica de La Caixa, cuando era necesario sabía bajar como un gladiador a la arena del proceso e intervenir con gran soltura, agudeza y tenacidad.

Enseguida conocí que esa versatilidad jurídica era más amplia, pues no solo era capaz desarrollar en toda su amplitud las funciones de una asesoría jurídica tan compleja, sino que además era profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Barcelona y autor de interesantes trabajos académicos.

Lo anterior solo es posible si se parte de una sólida preparación académica. Sebastián Sastre estudió Derecho en la Universidad de Barcelona, con dos importantes reconocimientos: el Primer Premio Extraordinario de Licenciatura, en octubre de 1968; y el accésit del Premio al mejor expediente académico de Derecho, 1963-1968. Esta primera formación jurídica la completó con una formación económico-empresarial, al cursar el Master en Dirección y Administración de Empresas de ESADE, que concluyó en 1970.

Pronto enfocó su labor jurídica en el área mercantil y, más en concreto, en el sector financiero y bancario. Después de trabajar en la asesoría jurídica del Banco Atlántico y luego del Banco de Europa, que compaginaba con su propio despacho, en 1985 fue nombrado Director ejecutivo de la asesoría jurídica de la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, en donde trabajó durante casi treinta años. También fue secretario del Consejo de Administración de distintas empresas del grupo La Caixa.

La formación de un jurista es cumulativa. En el caso de Sebastián Sastre llama la atención que supo completar su formación académica en el momento adecuado. Después de varios años de una intensa actividad profesional como letrado, cursó el doctorado, que culminó en 1987 con una magnífica tesis sobre

«La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales», que mereció la calificación de Sobresaliente cum laude, y que luego publicó como monografía en el año 1990.

A esta publicación, le han seguido diversos e interesantes artículos de revistas y colaboraciones en obras colectivas, centrados esencialmente en derecho concursal y derecho de sociedades.

En 1989 fue nombrado profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Barcelona, en donde impartió clases, en el turno de tarde, de forma complementaria a su trabajo como abogado, hasta el año 2013. Una de las cosas que más le puede enorgullecer es la responsabilidad con que desempeñó su labor docente, pues, a pesar de sus grandes responsabilidades en la asesoría jurídica, no dejó de impartir sus clases con puntualidad. Unas lecciones que combinaban las nociones y construcciones doctrinales, con el conocimiento de la realidad, lo que es tan importante en un sector del Derecho tan vivo como el Mercantil.

Esta actividad docente se completaba con las clases que sobre insolvencia y derecho concursal impartió durante unos años en ESADE.

Estando como estamos en la sede del Colegio de Abogados de Barcelona, merece la pena dejar constancia de su compromiso y colaboración con el colegio, llegando a ser Diputado bibliotecario entre 1999 y 2003.

Sebastián Sastre ha sido, además, un protagonista de excepción, siempre con una perspectiva jurídica, de la transformación del sistema financiero español, en los años setenta, ochenta y noventa, y luego de la conversión de las cajas de ahorros en bancos. En esos años fue testigo de muchas crisis bancarias y empresariales, lo que sin duda le dejó el poso que a un hombre prudente le deja la experiencia.

Esta de por sí intensa y extensa actividad jurídica culminó en 2013 con su nombramiento como magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por el denominado 5º turno de juristas de reconocido prestigio, función que desempeñó hasta su jubilación en el año 2015. En esos años de trabajo intenso en el tribunal, dio muestra de su valía y de su capacidad de trabajo, de lo cual doy fe y el repertorio de jurisprudencia deja constancia de ello.

Como una máquina que ha estado trabajando al 100% no puede apagarse de golpe, Sebastián Sastre, después de su jubilación en el Supremo, ha continuado su labor jurídica, con menor intensidad, pero no por ello con menor interés. Es Off Council de Ramón y Cajal y, además, ha actuado puntualmente en algunos arbitrajes de derecho financiero, societario y concursal.

Entre los reconocimientos que su dilatada y fructífera vida profesional ha merecido, debo resultar que se le concediera, en el año 2011, la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, del Ministerio de Justicia; en el año 2016, la Medalla al Mérito en servicio de la abogacía, del Consejo General de la Abogacía Española; la distinción honorífica de la Universidad de Barcelona por una relevante, intensa y prolongada actividad académica; y en el año 2022, la medalla de la Corporación del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Es lógico que la Academia se congratule con su incorporación como Académico de número, para suceder a otro gran jurista, Lluís Puig Ferriol en la medalla de Josep Pella i Forgas.

2. La lectura de su discurso, sobre un tema tan actual como la exoneración del pasivo insatisfecho, me ha sugerido algunas consideraciones sobre la materia, que compartiré con ustedes en esta contestación.

Como es sabido, el Código Civil de 1889 consagró el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor en el art. 1.911 CC, con una formulación lacónica y contundente, en la medida en que no prevé límite o excepción: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Es una garantía del acreedor y algo consustancial a la condición de deudor, pues este lo es mientras no se satisfaga la obligación, de forma que responde no sólo con el patrimonio actual, sino también con el futuro.

Este precepto del Código civil se encuentra al comienzo del Título XVII del Libro IV, dedicado a la concurrencia y prelación de créditos. Por su relación sistemática con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que regulaban el concurso de acreedores y la quiebra, esta norma determinaba que, dejando a salvo los efectos novatorios de un convenio concursal o extraconcursal, cuando los bienes y derechos de contenido patrimonial de un deudor fueran insuficientes para pagar con lo obtenido en su realización todos sus créditos, el deudor persona natural seguiría respondiendo de los insatisfechos con sus bienes y derechos futuros. Así se desprendía del tenor de los arts. 1.919 y 1.920 del Código Civil y, más tarde, de la propia Ley 22/2003, de 9 de junio, Concursal, en la actualidad Texto Refundido de 2020.

Este principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor ha generado dos tipos de efectos a lo largo del tiempo: uno positivo y otro negativo. De una parte, ha constituido un incentivo del cumplimiento de las obligaciones, al fomentar la responsabilidad y prudencia al endeudarse, pues el deudor sabe que, mientras no sean satisfechas, pesaran sobre el toda su vida. Y, de otra, cuando se frustran las expectativas y el particular cae en la insolvencia, las deudas insatisfechas constituyen una losa que impiden su recuperación. Dicho de otro modo, el particular que después de un concurso no llega a pagar todos sus créditos iba a seguir debiéndolos hasta que lograra pagarlos, lo que en la mayoría de los casos era imposible, a la vista del montante de sus deudas, sobre todo cuando se trataba de un avalista, lo que lastraba su posible recuperación e incorporación al mercado.

De tal forma que este sistema que incentivaba el endeudamiento responsable, también propiciaba, como efecto reflejo en caso de insolvencia, la economía sumergida y desincentivaba la reincorporación al mercado de aquella persona, pues sabía que sus futuros rendimientos económicos iban a estar embargados, salvo el límite legal, y aplicados a la satisfacción de las deudas pendientes. En algunos casos, la situación se agravaba porque los intereses anuales que generaban

las deudas pendientes de pago eran superiores a lo que podía llegar a satisfacer el acreedor durante ese mismo periodo de tiempo.

3. La imposibilidad de pagar todas sus deudas, que presupone la insolvencia del deudor común persona natural, y el interés general en que se pueda recuperar para seguir operando en el mercado, justifican que el legislador poco a poco haya ido abriéndose a esta posibilidad de permitir la exoneración del pasivo no satisfecho con el procedimiento concursal.

Primero con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, que introdujo en el apartado 2 del art. 178 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal una tímida fórmula de «remisión de deudas insatisfechas». En la práctica resultaba muy poco operativa, pues exigía que hubieran sido satisfechos todos los créditos contra la masa y los privilegiados, además del 25% de los créditos ordinarios si el deudor no hubiera intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos.

Más tarde, la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, que pretendía promover los sistemas de segunda oportunidad para el deudor persona natural que permitieran la plena condonación de deudas, propició que, un poco más tarde, el legislador español reformara el sistema de exoneración del pasivo insatisfecho, para permitir, bajo determinadas condiciones, que el concursado persona natural pudiera lograr la plena exoneración del pasivo insatisfecho (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, confirmado con alguna modificación por la Ley 25/2015, de 28 de julio).

Este sistema ha sido reformado recientemente por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que traspone 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 (en adelante, la Directiva).

En síntesis, el régimen actual de exoneración de pasivo insatisfecho se caracteriza por lo siguiente: i) resulta de aplicación a cualquier persona natural, comerciante o no, que sea insolvente; ii) requiere la previa apertura del procedimiento judicial de insolvencia (concurso de acreedores); iii) se funda, como presupuesto, en la buena fe del deudor (se trata de un concepto objetivo de buena fe, pues la ley enumera los casos en que se excluye al deudor de la posibilidad de optar por la exoneración); iv) la exoneración no es total, pues existen créditos excluidos (créditos públicos, alimentos, responsabilidad civil extracontractual...); v) se establecen dos vías, una de exoneración inmediata, que requiere la previa liquidación del patrimonio del deudor, y otra de exoneración mediante un plan de pagos, que no requiere la liquidación del activo.

4. De este régimen me gustaría resultar una paradoja. La armonización europea que propicia la reforma se dirige fundamentalmente a facilitar la segunda oportunidad del emprendedor, de quien interviene activamente en la vida empresarial y genera riqueza, para impedir que un fracaso lo excluya del mercado. Lo anterior no

impide que el régimen de exoneración se aplique también al particular. Pues bien, como voy a tratar de ilustrar a continuación, el sistema actual penaliza en la práctica la exoneración del comerciante (al que me referiré con el término «emprendedor») y, a la vez, facilita hasta extremos que rozan el abuso la exoneración de los no comerciantes (al que me referiré con el término «consumidor»).

A esta conclusión se llega tras el análisis de cómo se proyectan los dos parámetros esenciales del sistema sobre los emprendedores y los consumidores: el presupuesto de la buena fe cuya ausencia priva de este derecho a la exoneración; y el alcance o extensión de la exoneración.

5. La ley ha objetivado este requisito de la buena fe. En vez de usar una formulación amplia y marcada por elementos subjetivos (como la intención o el dolo), acude a hechos o circunstancias que, en principio, se podrían constatar directamente. De hecho, el artículo 487 TRLC no se encabeza como «exigencia de la buena fe», sino como «causas de exclusión del derecho a la exoneración del pasivo». Estas causas se enumeran en seis ordinales. La mayoría de estas circunstancias podrían constatarse directamente sin necesidad de un juicio valorativo del juez del concurso sobre su concurrencia. En síntesis son: que la sección especial del concurso de acreedores que se abre para determinar las causas de la insolvencia haya concluido con una sentencia de calificación culpable; que haya sido condenado mediante sentencia penal firme por determinados delitos contra el patrimonio, socio-económicos, de falsedad documental, contra la hacienda Pública, etc.; que haya una resolución administrativa que sancione al deudor por infracciones tributarias muy graves, de Seguridad Social o orden social, propias o de la sociedad que administra, mediante una derivación de responsabilidad; el incumplimiento de los deberes de colaboración en el concurso; y, finalmente, haber proporcionado información falsa o engañosa, o haberse comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones.

El art. 487 TRLC, en principio, traspone el art. 23.1 de la Directiva, que permite a los Estados miembros «mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas (...), siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas».

Se trata de evitar que algo positivo como es permitir una segunda oportunidad al deudor persona natural que deviene insolvente, no sea aprovechado por quien no lo merece al haber actuado en el plano económico de forma fraudulenta o contrariando la buena fe. Y estos comportamientos que hacen desmerecer al deudor de la exoneración de deudas es natural que guarden relación con las causas y circunstancias de la insolvencia de dicho deudor.

La determinación de las exclusiones debe estar guiada por la finalidad perseguida con la exoneración, y esta a su vez debe atender a un equilibrio entre los intereses afectados: los del propio deudor de volver a operar en el mercado sin la losa de las deudas; los de los acreedores, de no sufrir mayores

sacrificios que los necesarios y justificados; y los del mercado, de no propiciar la reinserción de quien defraudó de forma grave la confianza y el crédito público¹.

6. Entiendo que de las conductas enumeradas en el art. 487 TRLC, la del segundo inciso del ordinal 2º no responde a esa finalidad y por eso no estaría justificada su inclusión entre las causas que impiden la exoneración.

El primer inciso del ordinal 2º del art. 487.1 TRLC menciona el haber sido «sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social». La calificación de la infracción de muy grave, relativa al cumplimiento de una obligación de interés general, encierra el desvalor propio del fraude, que se entiende pueda hacer desmerecer a una persona que opera en el mercado del crédito general del resto de los intervinientes.

El problema radica en que junto a esta conducta, en el mismo ordinal, la ley menciona otra distinta que no goza de esta gravedad: que se haya dictado el acuerdo firme de derivación de responsabilidad al administrador de la sociedad, por deudas impagadas por la sociedad frente la Seguridad Social o tributarias. La derivación de responsabilidad no presupone ninguna actuación fraudulenta ni una actuación que constituya una infracción administrativa muy grave, sino que se trata de un mecanismo de incentivo al pago al hacer responsable a los administradores que gestionan la sociedad de las deudas sociales con Hacienda Pública o la Seguridad Social.

La inclusión de estas conductas responde a una finalidad distinta de la que con carácter restrictivo debería presidir la privación del derecho a la exoneración, ligado a la propia insolvencia del deudor o la actuación fraudulenta en el mercado. La finalidad perseguida en este segundo inciso del art. 487.2º TRLC es reforzar la responsabilidad de los administradores de entidades frente a la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, a quienes se dota de un nuevo medio para incentivar el cumplimiento. Prueba de ello es que estos supuestos dejan de impedir la exoneración cuando la responsabilidad hubiera quedado extinguida antes de la solicitud de exoneración. Siendo muy loable la finalidad, asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, el medio empleado en este caso me parece desproporcionado, y puede resultar contraproducente porque afecta a quienes más necesitan la reinserción en el mercado, los emprendedores.

Las sociedades concursadas, con frecuencia, entre sus deudas tienen créditos tributarios y de Seguridad Social, respecto de los que por sistema se deriva su responsabilidad a los administradores. Es esta responsabilidad derivada la que frecuentemente provoca la insolvencia del administrador y su concurso de

¹ Aquí la referencia al crédito público no es al crédito que ostenta la administración pública, sino el crédito que con carácter general se reconoce a quien contrata en el mercado, que está en la base de la seguridad jurídica.

acreedores. Este administrador es el que se acerca más a la caracterización de emprendedor de la Directiva, cuya reinserción en el mercado se persigue con la segunda oportunidad y que la norma española, entiendo que de forma injustificada, frustra en la práctica.

7. Se da la paradoja de que mientras que la ley española, por un exceso de celo en el recobro del crédito público, impide que los originarios destinatarios de la exoneración, los emprendedores, puedan en la mayoría de los casos acogerse a la segunda oportunidad; haya deudores no comerciantes cuya insolvencia proviene de un comportamiento claramente irresponsable, que encierra una negligencia grave, sino dolo, y que acceden fácilmente a la exoneración.

La causa o conducta que podría impedirlo se halla recogida en el ordinal 6º del art. 487 TRLC, en concreto, el comportamiento temerario o negligente al «contraer endeudamiento». Esta circunstancia no habrá quedado previamente predeterminada, de forma que pueda directamente oponerse sin discusión alguna, sino que es necesario un trámite para su apreciación judicial. Razón por la cual, en la mayoría de los juzgados, si no hay algún acreedor que se oponga, se concede la exoneración sin atender a esa objeción. Esto está generando una gran disfunción, pues fomenta el endeudamiento irresponsable del deudor civil que difícilmente afecta al crédito público, y por lo tanto la exoneración no encuentra oposición. Excepcionalmente, en algún juzgado sí se aprecia por el juez esta inidoneidad, al advertir la manifiesta desproporción de los ingresos y haberes del deudor cuando contrajo sus deudas y el importe de estas, así como el propio origen de estas deudas.

Como en todo, también en la regulación de esta figura de la exoneración del pasivo es muy importante no perder de vista las consecuencias de la aplicación práctica de la regulación legal, que en este caso, entiendo puede ser contraproducente: se sanciona injustificadamente al emprendedor, por el impedimento que supone la derivación de responsabilidad por deudas tributarias y de la Seguridad Social, frustrando la finalidad perseguida por la Directiva; y se fomenta el uso abusivo de la exoneración por deudores que se endeudaron de forma muy desproporcionada e injustificada, con merma de la cultura de la responsabilidad en el cumplimiento de las propias obligaciones.

8. En cualquier caso, dentro de unos meses tendrá que pronunciarse el TJUE sobre la procedencia de la exclusión de la exoneración prevista en el ordinal 2º del art. 487 TRLC, al tener que dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante en el Auto de 25 de abril de 2023.

Entre otras objeciones sobre las que se pregunta al TJUE, se encuentra si esta exclusión está debidamente justificada, tal y como exige el art. 23 de la Directiva, por dos razones: por una parte, porque altera el sistema de clasificación de créditos, al dar preferencia al cobro de los créditos públicos, pues el deudor se puede eximir si paga todo el crédito antes; y, por otra, porque se introduce una salvedad a la exclusión en caso de que se hubiera pagado toda la deuda, cuya explicación

no responde a la mala fe del deudor, sino simplemente al afán recaudador de la Hacienda Pública, ajeno a lo que razonablemente justificaría la exclusión.

9. Otro impedimento a la exoneración total de las deudas, que afecta fundamentalmente al emprendedor, y no tanto al deudor civil, es la limitación legal de la extensión de la exoneración al crédito público.

El art. 489 TRLC, al regular las deudas excluidas de la exoneración, se refiere a las deudas por créditos públicos, que son limitadamente exonerables: podrán serlo hasta el importe máximo de diez mil euros por deudor (para los primeros cinco mil euros de deuda la exoneración será íntegra, y a partir de esta cifra la exoneración alcanzará el cincuenta por ciento de la deuda hasta el máximo indicado).

Este precepto es la trasposición del art. 23.2 de la Directiva, que permite a los Estados miembros «excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas (...) en caso de que tales exclusiones (...) estén debidamente justificadas», y hace a continuación una enumeración ejemplificativa de casos, entre los que no se encuentra el crédito público.

El auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 25 de abril de 2023, que plantea la cuestión prejudicial, también cuestiona la justificación de la exclusión de la exoneración casi total del crédito público, que altera la *par condicio creditorum* en cuanto que supone reconocer al crédito público, al margen de su calificación concursal, un tratamiento privilegiado frente al resto de los acreedores.

10. Como puede apreciarse, el talón de Aquiles del sistema de exoneración incorporado a la ley concursal, con la trasposición de la Directiva, proviene del tratamiento «extraordinariamente privilegiado» del crédito público, en cuanto que en muchos casos puede llegar a impedir el acceso a la exoneración o restringir su extensión injustificadamente, lo que afecta esencialmente al emprendedor, quien curiosamente era el destinatario del interés de la Directiva en facilitar su segunda oportunidad.

Sin perjuicio de que debamos estar a la espera de la respuesta del TJUE, las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma, en lo que tengan de absurdas o contrarias a la finalidad perseguida por el legislador europeo, deberían activar la prudencia del juez para que su decisión sobre la exoneración en cada caso concreto sea justa. Justa en cuanto guarde la debida proporción entre la finalidad perseguida por la ley de facilitar la segunda oportunidad y no amparar actuaciones fraudulentas y abusos.