

LA RELEVANCIA DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: RÉGIMEN ACTUAL Y POSIBILIDADES DE EVOLUCIÓN¹

José Carlos Vázquez Cueto
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELACIÓN ENTRE EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. 1. El problema de interpretación suscitado por la Ley Concursal. 2. Las pautas de actuación normativas del Texto Refundido de la Ley Concursal. III. COMENTARIO CRÍTICO DE LA DISCIPLINA DISPUESTA POR EL TEXTO REFUNDIDO; LA PREVISIBLE INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA. 1. La redacción de los preceptos referidos al acuerdo extrajudicial de pagos. 2. La observancia del mandato legislativo conferido al poder ejecutivo. 2.1. La eliminación de dudas e integración de lagunas existentes en el articulado de la Ley Concursal. a). Presentación. b). Los deudores que no reúnen los requisitos para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos. c). La noción de intento de acuerdo extrajudicial de pagos. 2.2. El cambio de paradigma normativo establecido por el Texto Refundido en la disciplina sobre la exoneración del pasivo insatisfecho. IV. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DERIVADA DEL TEXTO REFUNDIDO. 1. El supuesto del deudor que no quiere acudir al acuerdo extrajudicial de pagos. 1.1. El tratamiento excesivamente indulgente al deudor que no intenta el acuerdo extrajudicial pudiendo hacerlo. 1.2. El riesgo de agravamiento de la situación con la incorporación de la Directiva de Reestructuración e Insolvencia. 2. El supuesto del deudor que carece de recursos para pagar al caer en insolvencia, pero que puede comenzar a allegar activos durante el concurso. V. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA ACORDE CON EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA. VI. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El presente trabajo estudia la conexión legalmente establecida entre el acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor. A tal efecto se somete a un análisis crítico el régimen establecido por el recientemente aprobado Texto Refundido de la Ley Concursal, teniendo en cuenta el papel que el artículo 178-bis de la derogada Ley Concursal reservaba a aquel expediente preconcursal en la regulación de la «segunda oportunidad» y las perspectivas de evolución normativa derivadas de la próxima incorporación de la Directiva 2019/1023, sobre Reestructuración e Insolvencia. El trabajo concluye con una propuesta de *lege ferenda* al respecto.

ABSTRACT: *This paper examines the legally established connection between the out-of-court payment agreement and the discharge of the debtor's unpaid liabilities. For that purpose, a critical analysis is made of the regime decreed by the recently approved Consolidated Text of the Spanish Insolvency Act, taking into account the role that Article 178-bis of abrogated Insolvency Act reserved for that pre-bankruptcy institution in «the second chance» of natural person regulation, and the prospects for normative developments arising from the forthcoming incorporation of Directive 2019/1023, on Restructuring and Insolvency. The study concludes with a lege ferenda proposal about that.*

PALABRAS CLAVE: exoneración del pasivo de la persona física, segunda oportunidad, expedientes preconcursales, acuerdo extrajudicial de pagos, Texto Refundido de la Ley Concursal

KEYWORDS: *discharge of debt of natural person, second chance, fresh start, pre-insolvency institutions, out-of-court payment agreements, Consolidated Text of the Spanish Insolvency Act*

¹ El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D “Análisis, desarrollo y perspectivas de las instituciones societarias y concursales idóneas para el tratamiento y solución de las crisis empresariales” (DER2017-84775-C2-1-P), financiado por el Ministerio de Economía del Gobierno de España.

Fecha de recepción: 21-1-2021

Fecha de aceptación: 12-02-2021

I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento y alcance del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho representa una fuente permanente de controversia y debate de primer orden en España. en el ámbito no solo jurídico y económico, sino igualmente social e incluso ético. En el plano más estrictamente jurídico, puede afirmarse sin ambages, y por encima de cualquier otra consideración, que el resultado de las distintas reformas legislativas operadas sobre la Ley Concursal condujo a un llamativo y elevado grado de coincidencia de doctrina y jurisprudencia en torno a las enormes imperfecciones que presentaba la regulación de la figura en el artículo 178-*bis* de la Ley Concursal. Se trataba de una regulación plagada de contradicciones, preceptos a todas luces sistemáticamente mal ubicados, expresiones de muy compleja inteligencia, lagunas, etc.. En fin, un panorama ciertamente desconcertante que constituyó, como no podía ser menos, una fuente de inseguridad jurídica, a la que los Tribunales han venido dando respuesta como han podido, siguiendo por lo general una línea generosa con el reconocimiento de la figura², aunque a veces no sin algún que otro desapego de la función exclusivamente jurisdiccional que les corresponde para atribuirse cometidos más propios de un legislador.

Indudablemente, tal vez pocas parcelas de la legislación concursal española como esta merecieran un especial esfuerzo de armonización, aclaración y regularización de la disciplina vigente para trasladarlas a un Texto Refundido nítido, preciso y sistemático, como el encomendado por el poder legislativo al ejecutivo en virtud de la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, *de Secretos Empresariales*, y aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (TRLR). Ocurre, sin embargo, que la línea fronteriza entre esta labor de “restauración” normativa y la recreación o reformulación de mandatos jurídicos *ex novo* del régimen (fuera por lo tanto de la habilitación conferida al Gobierno) es muy delgada. Y la fragilidad conceptual de esa división se acentúa cuando la labor de refundición ha sido decididamente intensa, como ha sucedido con esta materia. Un punto de discusión al que debe añadirse otra circunstancia generadora de inquietud sobre la regulación actual de esta figura: la proximidad de la transposición a nuestro Ordenamiento de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre Marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los*

² La opción por esta línea de interpretación flexible y favorecedora de la exoneración del pasivo viene siendo destacada muy en especial en las resoluciones judiciales (Cfr. SAP Pontevedra -Sección 1ª- de 11 de diciembre de 2019 [ECLI: ES: APPO:2019:2699], AAP Zaragoza -Sección 5ª- de 12 de diciembre de 2019 [ECLI: ES:APZ:2019:2054A], o SAP Barcelona -Sección 15ª- de 14 de enero de 2020 [ECLI: ES:APB:2020:178]). De hecho, ha sido abiertamente respaldada por el Alto Tribunal en su Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 2 de julio de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:2253], en su Fundamento Jurídico 4º.2, cuando afirma, en relación con el ordinal quinto del artículo 178-*bis*.3, que la ley regula “*bajo la ratio de facilitar al máximo la concesión del beneficio*”, o que “*la finalidad que guía la norma...es facilitar al máximo la plena exoneración de deudas*”, idea que reitera en su Fundamento Jurídico 4º.4.

procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (denominada de forma abreviada Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia -acrónimo DRI-)³, que ordena la recepción de la exoneración de deudas por los Ordenamientos internos, bien es verdad que limitada a empresarios o profesionales [artículos 1.2 h) y 2.1.9) DRI; aunque su Considerando 21 recomienda su extensión a los “consumidores, en el plazo más breve posible” -cfr. asimismo, el artículo 1.4-] y no sin una dosis de ambigüedad e indeterminación considerables en lo relativo a su alcance y contenido.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

1. El problema de interpretación suscitado por la Ley Concursal

El tema de la relación legal entre el acuerdo extrajudicial de pagos y la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho ha sido un fiel exponente de cuanto se ha afirmado en el apartado anterior. Sin prescindir de la valoración de índole sustantiva que merezca el problema, resulta a estas alturas una evidencia que la conexión formal entre ambas figuras a raíz de la regulación de la segunda de ellas en la Ley Concursal adolecía de una palmaria falta de coherencia que dificultaba sensiblemente su entendimiento. De ahí que no pueda sorprender que el Gobierno haya retocado la redacción de los preceptos dedicados a esa relación.

A decir verdad, las incertidumbres generadas por la incursión del acuerdo extrajudicial de pagos en la regulación de la *segunda oportunidad* vinieron provocadas ya desde su misma previsión en el artículo 178.2 de la Ley Concursal, en la redacción resultante de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (LAE)⁴. Aunque no cabe

³ Diario Oficial de la Unión Europea L 172, de 26 de junio de 2019, pg.18. En el caso de España, esa división entre personas naturales en este punto (y más aún entre las deudas, según su procedencia “*profesional*” o “*personal*”; cfr. artículo 24 DRI) resulta (y, a mi modo de ver, debiera seguir resultando) irrelevante, toda vez que la disciplina actual sobre la exoneración es única, por más que la competencia objetiva pueda ser distinta (artículo 44 TRLC) o que la fijación de algunas especialidades del *concurso consecutivo* a un acuerdo extrajudicial de personas físicas no empresarios o profesionales pueda llegar a incidir indirectamente sobre aquella figura en algunos aspectos muy puntuales. Por otra parte, conviene recordar que el artículo 34 de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia establece como fecha tope para la incorporación por los Estados miembros de los mandatos de esta Directiva relativos a la exoneración de deudas el 17 de julio de 2021, si bien su párrafo segundo establece, como excepción, que “*los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva podrán disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación previsto en el apartado 1*”, en cuyo caso “*notificarán a la Comisión la necesidad de hacer uso de dicha posibilidad de prorrogar el período de aplicación a más tardar el 17 de enero de 2021*”. Posiblemente quepa considerar que la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 podría haber constituido un factor de especial complejidad para la adaptación de la Directiva a nuestro Ordenamiento; aunque, desde otra perspectiva, también pudiera verse como una magnífica ocasión para reforzar la figura a fin de facilitar una salida de la crisis al amplio colectivo de sujetos, en especial autónomos y pequeños empresarios, que han visto decaer vertiginosamente su actividad habitual y con ello su fuente principal de ingresos a causa de la pandemia. Sea como fuere, el transcurso de la fecha límite fijada al efecto sin que se haya producido tal notificación pone de manifiesto que se ha debido descartar hacer uso de la opción prevista por el artículo 34.2 de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia.

⁴ Conforme a esta redacción del artículo 178.2 de la Ley Concursal: “*La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa*

duda de que la situación empeoró ostensiblemente con las reformas normativas de 2015 (el RDL 1/2015, de 27 de febrero, y la Ley 25/2015, de 28 de julio) y, en consecuencia, con la redacción finalmente adoptada en el artículo 178-*bis* de la Ley Concursal, en paralelo a lo que parecía ser un notable incremento del protagonismo de este expediente *preconcurso* en la concesión del beneficio de la exoneración. Fundamentalmente, las dudas venían propiciadas por el tenor de los ordinales tercero a quinto (especialmente tercero y cuarto) del párrafo tercero del artículo 178-*bis*. Conviene recordar que este párrafo tercero fijaba lo que parecía ser el presupuesto legal exigible para que un deudor persona física que no había podido satisfacer todo su pasivo en el marco de un concurso de acreedores gozara de este beneficio: la buena fe. A tal efecto, se consideraba de buena fe al deudor que reuniera una serie de “*requisitos*”, entre los que se encontraban los descritos en tales ordinales. A saber:

“3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

5.º Que, alternativamente al número anterior:

- i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.*
- ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.*
- iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.*
- iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad”.*

La contradicción entre las referencias al acuerdo extrajudicial de pagos de los tenores del tercer y del cuarto ordinal (que se arrastraba hasta el ordinal quinto) era patente y ha sido destacada reiteradamente por la doctrina y los Tribunales⁵.

declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por 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 por ciento 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”.

⁵ Así, valgan como principal exponente, en los Tribunales, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:897], cuyo Fundamento Jurídico 2º, 4, afirma, en relación con lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 178-*bis* de la Ley Concursal: “*Esta referencia genera lógicas dudas de interpretación, pues conforme al ordinal 3º, ya se prevé que en todo caso el deudor haya instado el acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo al concurso consecutivo. El que en el ordinal 4º el alcance de los pagos que en todo caso deben haber sido satisfechos dependa de si se había intentado o no el acuerdo extrajudicial de pagos parece un contrasentido, pues se supone que si no hubiera sido así no se cumpliría el requisito anterior del ordinal 3º*”). Cfr. asimismo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona -Sección 15ª- de 13 de febrero de 2017 [ECLI: ES:APB:2017:29], o la más reciente de La Coruña -Sección 4ª- de 20 de marzo de 2020 [ECLI: ES:APC:2020:775]. En la doctrina, v., entre otros, RUBIO

De la misma surgía ante todo un gran interrogante: cuál era exactamente la función que desempeñaba este arreglo extraconcursal en el artículo 178-*bis* de la Ley Concursal. Esto es, si se trataba realmente de un presupuesto legal para el acceso a la exoneración, o si simplemente era un elemento normativo más que jugaba como incentivo para disfrutar de un régimen de exoneración más benevolente, pero cuya ausencia no impedía al deudor acogerse a este beneficio.

2. Las pautas de actuación normativas del Texto Refundido de la Ley Concursal

La reordenación de la disciplina relativa a la exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Ley Concursal sigue fielmente uno de los objetivos fundamentales de la tarea encomendada al poder ejecutivo en virtud del mandato legislativo de la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019: sistematizar la materia, desglosando si es preciso en una relación o conjunto de artículos, organizado conforme a criterios fácilmente identificables por un jurista, figuras complejas que bajo la Ley Concursal habían quedado reguladas dentro de un solo artículo, por ende desmesuradamente extensos, con un contenido normativo plural y en gran medida multidisciplinar (por combinar preceptos pertenecientes a diversas ramas del Ordenamiento jurídico: sustantivo y procesal, en la mayoría de los casos), dispuesto por lo general, por si fuera poco, de forma poco ordenada.

No cabe duda de que el artículo 178-*bis* de la Ley Concursal constituía un magnífico ejemplo de esta “locura” legislativa. Por ello, no resulta de extrañar que la primera conclusión que se extraiga de la tarea ejecutada en relación con esta figura consista en que la disciplina, que se ha desplegado con profusión (mediante un número relativamente amplio de artículos -17 para ser más exactos: del artículo 486 al artículo 502-, divididos en cuatro secciones integradas en un Capítulo propio -el segundo- dentro del Título XI -dedicado a la conclusión y reapertura del concurso- del Libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal -sobre el concurso de acreedores propiamente-), sigue unas sistemática y taxonomía formalmente impecables y fácilmente asimilables: primero, describe los supuestos dentro de los que cabe plantear la exoneración; acto seguido, las dos modalidades de exoneración planteables: la inmediata y coetánea a la conclusión del concurso, amparada bajo un “*régimen general*”, y la “*provisional*” enmarcada dentro de un “*régimen especial*” y condicionada al cumplimiento de un plan de pagos, distinguiendo dentro de cada una de ellas los aspectos netamente sustantivos de los procesales; finalmente, se fijan los

VICENTE, P.J., «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», 2016, *RDCyP*, nº 24, [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 56/2016], III, 1; CUENA CASAS, M., «Segunda oportunidad: ¿qué pasa si el deudor no puede intentar un acuerdo extrajudicial de pagos?», en *Blog ¿Hay Derecho?*, 13 de junio de 2016, disponible en <https://hayderecho.com/2016/06/13/segunda-oportunidad-que-pasa-si-el-deudor-no-puede-intentar-un-acuerdo-extrajudicial/>, pgs.1-2; y, de la misma autora, «Capítulo 3. La insolvencia de las personas físicas», en SANJUÁN, E. y CAMPUZANO, A.B. (coords.), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pg.162; LATORRE CHINER, N., «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», 2016, *ADCo*, nº37, pgs.163-193 [disponible en versión electrónica: *Aranzadi Instituciones*: BIB 2015\17173], IV, 2.2.3; CAMPUZANO, A.B., «Capítulo 1. El derecho de la insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos», en SANJUÁN, E. y CAMPUZANO, A.B. (coords.), 2018, cit., pgs.74 y 79.

efectos comunes a ambas modalidades. Naturalmente, el interrogante acerca de la relevancia normativa del acuerdo extrajudicial de pagos dentro de esta figura se “beneficia” de esta reordenación formal, ganando indudablemente en claridad expositiva y, consecuentemente, en la correcta inteligencia de su alcance sustantivo, aunque haya ciertos aspectos no menores en los que se adolece de cierta confusión.

Mas, junto a esta primera conclusión, la lectura integral del Capítulo dedicado a la exoneración y, más en concreto, de los preceptos destinados a regular los requisitos para acceder a alguna de las dos modalidades, permite advertir otra conclusión general específica para este expediente preconcursal aún de mayor calado material: parece haberse seguido la consigna de proceder a un regreso al planteamiento que la Ley de emprendedores mantenía en torno al acuerdo extrajudicial de pagos. El Ejecutivo parece “saltar” normativamente en este punto de la regulación vigente contenida en el artículo 178-bis de la Ley Concursal como consecuencia de las reformas emprendidas en 2015 (reformas que las que derivaba el texto que debía ser refundido por el Gobierno) a la idea originaria de 2013, preservando, eso sí, la posibilidad de acceso a este arreglo a todo tipo de personas físicas, tanto empresarios o profesionales (a los que estaba limitado bajo la LAE) como particulares o “consumidores”.

Con estos antecedentes, y como tercera y más determinante conclusión, a lo que nos ocupa, esa aparente vuelta al criterio de la Ley de emprendedores supone una palpable pérdida de protagonismo del acuerdo extrajudicial de pagos, cuyo papel se ve reformulado de acuerdo con tres grandes líneas de actuación normativa estrechamente relacionadas entre sí:

- Para empezar, el intento de acuerdo extrajudicial de pagos se disocia por completo del concepto de buena fe, que representa, como se sabe, un elemento normativo esencial en el diseño de la figura bajo la versión últimamente vigente de la Ley Concursal. La buena fe se desprende de lo que hasta la fecha eran componentes con una carga ontológica más bien supuestamente objetiva, para quedar recluido dentro de aspectos de índole más intrínsecamente subjetivos⁶. Así, el nuevo artículo 487 del Texto Refundido de la Ley Concursal, rubricado como “*Presupuesto subjetivo*” de

⁶ La Memoria de análisis de impacto normativo del Ministerio de Justicia que acompañaba al Proyecto de Texto Refundido de la Ley Concursal (MAIN; disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/05/LEY-CONCURSAL-MEMORIA-DE-ANALISIS-IMPACTO-NORMATIVO.pdf>), lo justificaba así: “El artículo 486 del Texto Refundido se ocupa del presupuesto subjetivo para obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho que es el deudor persona natural que sea de buena fe. Se ha disociado el concepto de buena fe de otros presupuestos necesarios para la obtención del beneficio. La capacidad económica ya no se considera como elemento integrante de la buena fe del deudor, pues que el deudor tenga que abonar determinado umbral de pasivo o acogerse a un plan de pagos nada tiene que ver con la buena fe.”. Al cabo, parece haberse dado razón con ello a quienes criticaban el alejamiento de estos requisitos respecto de lo que debiera constituir un concepto sustentado en la conducta del deudor. V. por todos, CARRASCO PERERA, A., «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, nº13 [disponible en versión electrónica: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>], 2: “Es un error introducir la condición de “buena fe” si luego va a ser totalmente normativizada por medio de elementos fácticos y estándares de conducta que nada tienen que ver en verdad con la “buena fe”. Bastaría haber dicho que la remisión está sujeta al cumplimiento de las condiciones siguientes”.

la exoneración⁷ define al deudor de buena fe como el sujeto que reúne los dos siguientes requisitos: haber evitado la calificación del concurso como culpable (aunque con alguna salvedad cuando esta calificación se haya fundado en la desatención el deber de pedir oportunamente el concurso) y presentar una hoja inmaculada de antecedentes penales “vivos” en determinadas categorías de delitos de índole más bien económica.

- Como consecuencia de lo anterior, el acuerdo extrajudicial de pagos, en compañía del umbral de pasivo finalmente satisfecho, pasa a integrarse en el denominado “*Presupuesto objetivo*” para acceder a la exoneración inmediata e incondicionada, rebautizada bajo la expresión “*Régimen general*”. El artículo 488 del Texto Refundido de la Ley Concursal describe este presupuesto (que luego se reitera, a mi entender de un modo completamente innecesario, y confuso, en el artículo 491⁸) de la siguiente manera:

“1. Para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores.

2. Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, podrá obtener ese beneficio si en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.”

⁷ Repárese en que este artículo 487 se halla formalmente dictado para la modalidad de exoneración inmediata, pero debe considerarse aplicable asimismo a la escalonada del “*régimen especial*”, pues el 493, que regula los presupuestos de esta última modalidad, parte también de su existencia.

⁸ En realidad, el artículo 491 del Texto Refundido de la Ley Concursal expone la solución final desde el punto de vista opuesto (lo exonerado, en vez de lo que habría debido pagarse). De ahí que su contenido resulte en parte redundante. Y ello, por supuesto, con independencia de la perplejidad que pueda causar la salvedad del final del apartado primero, introducida en la versión final del Texto, referida a la pervivencia de todos los créditos de Derecho público y por alimentos pendientes, toda vez que no puede ignorarse que tal modalidad de exoneración se diseñaba en la disposición normativa a refundir como “global”, por más que se hubiera puesto de relieve un patente agravio con la solución dispuesta para la exoneración “parcial” que se alcanzaba mediante el cumplimiento del plan de pagos, dado que en esta se hacía cargar al deudor con las deudas de Derecho público y alimenticias ordinarias y subordinadas, exoneradas en aquella (así, v, por todos, LATORRE CHINER, N., 2016, cit., V,1 -nota 48-; CUENA CASAS, M., 2018, cit., pgs.166-167). Posiblemente se haya querido suprimir ese agravio entre las dos vías de exoneración (así, ESTEBAN RAMOS, L., «Segunda oportunidad: ahora más necesaria que nunca», 2020, *RDCyP*, nº33 [disponible en versión electrónica: *laleydigital*, La Ley 8720/2020], pg.5) con una solución “expansiva”, aunque no exenta de equidad (al menos por lo que hace a los créditos por alimentos; cfr., el problema planteado en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra -Sección 1ª- 12 de febrero de 2020 [ECLI: ES:APPO:2020:379]), y en cierto modo desconcertante (pues, para colmo, sobre el papel, no se extiende a quienes no hubieran intentado el acuerdo extrajudicial, ex artículo 491.2 TRLC), una solución que, a todas luces, parece exceder del encargo recibido del poder legislativo, como ya se han ocupado de expresar algunas resoluciones judiciales (cfr., por todas, los Autos de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona -núm.7- 8 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JMB:2020:32A] 12 de diciembre de 2020 [ECLI: ES:JMB:2020:92A] y 14 de diciembre de 2020 [ECLI: ES:JMB:2020:91A]; o el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Gerona -núm.1- 18 de diciembre de 2020 [ECLI: ES:JMGI:2020:107A]).

- Finalmente, el papel del acuerdo extrajudicial de pagos queda ceñido a esa referencia, con el alcance que se analizará, en el presupuesto objetivo de la exoneración inmediata (artículo 488 TRLC). Esto es, queda completamente desvinculado de la otra modalidad de exoneración, contenida en el artículo 493 del Texto Refundido de la Ley Concursal, dictada con carácter “*provisional*”, escalonada y, por lo tanto, condicionada al cumplimiento de un plan de pagos, referida ahora mediante la expresión “*Régimen especial*”; que, como se sabe, representa a la postre la modalidad más frecuente, entre otras razones porque, por motivos obvios, es a la única que puede acudir quien se encuentra (*ab initio* o sobrevenidamente durante el procedimiento) ante la conclusión del concurso por insuficiencia de masa:

“Aunque el deudor de buena fe no reuniera el presupuesto objetivo establecido para el régimen general podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quedaría exonerada, si cumpliera los siguientes requisitos:

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

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

*3.º No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años”.*⁹

Quiere decirse con ello que el deudor va a poder acceder a esta modalidad exoneratoria y sometido a la idéntica disciplina con independencia de que antes de ser declarado en concurso haya intentado llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores o no. Cuestión distinta es que no haya podido acogerse al “*Régimen general*”, precisamente, por no haber podido alcanzar el umbral de pasivo satisfecho más elevado fijado para los supuestos de falta de

⁹ Conviene aclarar en este punto que la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia no parece presentar obstáculo alguno a la distinción de nuestra legislación entre una exoneración “inmediata” a la conclusión del concurso (artículos 487-488 del Texto Refundido de la Ley Concursal: “*régimen general*”) y otra “escalonada” y condicionada al cumplimiento de un plan de pagos, que se convierte en “*definitiva*” tras la verificación del grado de cumplimiento de este (artículo 493 TRLC: “*régimen especial*”). Es más, el relativamente amplio abanico de opciones que autoriza parte ante todo de una división en dos grandes tipos de cauces para la obtención de la exoneración, que permite contemplar por separado, como compartimentos estancos, o incluso combinados (cfr. Cdos.75-77 y artículo 21.1 y 3 DRI): los que provienen casi sin solución de continuidad de un procedimiento en el que se ha perseguido la ejecución de los activos del deudor, y los que derivan de la previa sujeción y atención de un plan de pagos *ad hoc*. Una división que bien puede corresponderse a grandes rasgos con los dos tipos de exoneración de la regulación española que el actual Texto Refundido de la Ley Concursal distingue según regímenes (“*general*” y “*especial*”), aun no sin algunos matices (en el caso español, el acceso al plan de pagos se produce igualmente tras la liquidación del activo del deudor, y, como se verá más adelante, abarca, en su fijación al menos, a todas las deudas no exonerables, sin tener presente la capacidad económica del deudor, factor que sí exige tener presente el artículo 20.2 DRI). A este respecto, v., por todos, los comentarios de CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE)2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español», 2020, *RDCyP*, nº32 [disponible en versión electrónica: *smarteca*, pgs.1-39], pgs.9-10; SENENT MARTÍNEZ, S., «Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones», 2020, *RDCyP*, nº32 [disponible en versión electrónica: *smarteca*, pgs.1-13], pgs.9-10 y 12.

intento del arreglo extrajudicial por el artículo 488.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

III. COMENTARIO CRÍTICO DE LA DISCIPLINA DISPUESTA POR EL TEXTO REFUNDIDO; LA PREVISIBLE INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA

1. La redacción de los preceptos referidos al acuerdo extrajudicial de pagos

Parece evidente que la configuración otorgada a la disciplina por el Texto Refundido de la Ley Concursal, y, en particular, el lugar asignado en ella al acuerdo extrajudicial de pagos, resulta, al menos sobre el papel, bastante diferente al que ostentaba bajo la Ley Concursal, y, por ello, merecedor de un comentario crítico analítico. Un análisis en el que parece lógico tener asimismo en cuenta, por su inminencia, la obligada incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico de los mandatos contenidos en la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, que bien podría forzar en algunos extremos una modificación de la disciplina recién aprobada, bien podría aprovecharse para corregir algunas disfunciones derivadas de la labor de “refundición”.

Comenzando por los aspectos de índole más bien jurídico-formal, llama la atención sobre todo que, pese al encomiable esfuerzo por fijar un régimen claro y ordenado, eliminando de una vez esa chocante contradicción entre los ordinales tercero y cuarto del artículo 178-bis de la Ley Concursal, la redacción resultante del Texto Refundido de la Ley Concursal siga prestándose en cierta medida a la confusión. Y ello porque solo hasta la lectura del segundo párrafo del artículo 488 del Texto Refundido de la Ley Concursal se llega a advertir con la certeza requerida (aunque el tenor no es todo lo contundente que debiera) que, en realidad, únicamente hay un presupuesto objetivo para el acceso a la exoneración de pasivo “incondicionada”: haber alcanzado un determinado umbral de pasivo satisfecho en el estadio de la finalización del concurso. Y es que, pese a lo que parece dar a entender el párrafo primero del referido artículo, mediante el empleo de una conjunción, “y” (a la que, a todas luces, ha de atribuirse un valor gramatical copulativo), haber celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos no constituye una premisa para tener abierto el acceso a tal modalidad de liberación de deudas, ni siquiera para aquellas personas físicas que reunieran los requisitos establecidos por la ley para instar el inicio de tal expediente preconcursal. Es, nada más, como queda puesto de relieve con meridiana claridad por el párrafo segundo, un elemento incentivador de la conducta del deudor, en la medida en que su verificación rebaja (supuestamente) el umbral de pasivo satisfecho a alcanzar para la concesión del beneficio¹⁰.

¹⁰ Como se apunta, es de suponer que realmente se trate de un incentivo, y no de un “caramelo envenenado”, toda vez que la liberación de los créditos ordinarios y subordinados no alcanza a los de Derecho público y alimenticios, como ya se ha destacado en la nota anterior. Algo que, increíblemente, sí sucedería (ex artículo 491.2 TRLC, al menos sobre el papel, y salvo que se acuda a una interpretación correctora de su contenido y sistemáticamente acorde con el párrafo primero, como ya se ha propuesto: v., por todos, MUÑOZ PAREDES, A., *Aspectos prácticos del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2020, pg.166), con quienes no acudieron al acuerdo extrajudicial y en consecuencia se ven, para acogerse a esta vía de exoneración, ante la carga de haber abonado un 25% de los créditos ordinarios, sin distinciones entre ellos y a prorrata (pues no se olvide que no existe rango legal entre los créditos ordinarios, ex artículo 433 TRLC).

Esta advertencia debe tenerse asimismo muy presente a la hora de interpretar la norma relativa al presupuesto objetivo de la modalidad de exoneración inicialmente “provisional”, contenida en el “*régimen especial*” del artículo 493 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Una norma cuya rúbrica (“Presupuesto objetivo especial”), por lo pronto, se presta a la confusión, pues, amén de requerirse en este caso el mismo presupuesto subjetivo referente a la buena fe del deudor que el reclamado por el artículo 487 del Texto Refundido de la Ley Concursal para el “*Régimen general*” (pues se toma como punto de partida, sin más, su concurrencia), en realidad la exoneración parcial solo se alcanza si se reúne, no uno, sino un conjunto formado por los tres requisitos negativos (esto es, en realidad es preciso que no se reúnan) anteriormente expuestos, que, más por su separación formal respecto de la aludida buena fe que por su verdadera significación, habrían que considerarse “objetivos”¹¹.

En suma, ha de tenerse en cuenta, consecuentemente con lo anterior, que cuando el precepto se refiere adversativamente a la falta de concurrencia en el deudor de buena fe del presupuesto objetivo contenido en el “*régimen general*”, lo hace, para ser precisos, al umbral mínimo de pasivo satisfecho, y no a la circunstancia de haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, que, como puede observarse, resulta a la postre completamente irrelevante en este punto.

2. La observancia del mandato legislativo conferido al poder ejecutivo

2.1. La eliminación de dudas e integración de lagunas existentes en el articulado de la Ley Concursal

a). Presentación

Centrados ya en aspectos de índole más sustantiva, resulta inevitable fijar la atención ante todo en la especial naturaleza jurídica de la disposición normativa que se comenta y detenerse, por lo tanto, en el grado de congruencia (o de cumplimiento) por parte del Gobierno de la encomienda efectuada por las Cortes Generales mediante la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019.

Conviene recordar que tal encomienda se efectuaba con el más amplio alcance de los posibles dentro de los límites constitucionales (artículo 82.5 CE), por abarcar “*la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*”. Desde luego, los contornos precisos de estas facultades no resultan nada fáciles de concretar. Pero, como bien se ocupa de matizar la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley Concursal, en cualquier caso no debiera suscitar controversia que englobe actuaciones de carácter marcadamente técnico-jurídico, como la posibilidad de evitar reiteraciones innecesarias, de eliminar contradicciones legales (como es el caso de la que

¹¹ Adviértase que la confusión parece haber contaminado también al redactor de la MAIN: “*Por lo que se refiere al presupuesto objetivo, el Texto Refundido convierte en requisitos para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, lo que en el artículo 178 bis.3 de la Ley Concursal se considera como ingredientes de la buena fe. Estos presupuestos son dos: el intento de acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante, acuerdo extrajudicial de pagos) por parte del deudor que cumple los requisitos para hacerlo y el abono de un umbral de pasivo mínimo*”; a lo que añade después: “*...El intento de acuerdo extrajudicial de pagos deja de ser en el Texto Refundido un requisito esencial para la obtención de la exoneración del pasivo, no debiendo cumplirlo tampoco el deudor que se acoge a un plan de pagos.*”. V., asimismo, la conclusión que extrae CUENA CASAS, M. (2018, cit., pgs.163-164) de la lectura del Proyecto de Texto Refundido de la Ley Concursal.

afecta a los ordinales tercero y cuarto del artículo 178-bis LC) o de despejar las dudas interpretativas que suscite la lectura del texto legal sustituido, máxime cuando este ha sufrido diversos cambios a lo largo de su vigencia. Incluso resultaría indubitado que la delegación incluiría otras decisiones de mayor trascendencia y contenido “creativo”, como la consistente en integrar las lagunas que pudieran advertirse en la lectura de la disciplina con soluciones ya presentes en la norma derogada para supuestos estructuralmente similares con los que presente identidad de razón, o explicitar reglas que se encontraban subyacentes y que permiten resolver supuestos para los que aparentemente no había una solución concreta expresa. El problema sin embargo aparece cuando la culminación de esa labor técnica puede verse influida o instigada por un propósito político-jurídico, por una idea de reconducir el sentido de la norma en una dirección presumiblemente diferente (y en absoluto implícitamente subyacente) a la que tenía en la disposición refundida. Extremo este último respecto del que el resultado derivado de la labor de “refundición”, en referencia particularmente al papel del acuerdo extrajudicial de pagos, despierta serios interrogantes.

b). Los deudores que no reúnen los requisitos para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos

Atendiendo a lo anterior, no parece que deba suscitar duda alguna en esta discusión el hecho de haber procedido a señalar el régimen al que deben verse sujetos los deudores que no han intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, porque, cuando se presentaba la tesitura de hacerlo (al caer en insolvencia), no reunían los requisitos legalmente establecidos para ello (los del artículo 231 LC; hoy artículos 631, 632 y 634 TRLC). A decir verdad, no resulta fácil determinar si el problema en este supuesto estribaba en que la Ley Concursal no había previsto una solución concreta (en cuyo caso, se estaría colmando una laguna acudiendo a una solución análoga), o en que, en realidad, lo había hecho en el ordinal cuarto del artículo 178-bis.3 de la Ley Concursal, en su alusión a “*si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo*”, pero no con toda la claridad que fuera de desear, ante lo que la respuesta dada por el Texto Refundido podría considerarse una interpretación sistemática y finalista, si se quiere también amplia, de la norma dispuesta. En cualquiera de las dos opciones, la labor de los redactores del Texto Refundido merecería, por lo que a esta consideración respecta, un juicio irreprochable¹².

Lo cierto es que el Texto Refundido opta por una respuesta que sigue por lo general la línea que vienen marcando al respecto la doctrina y la jurisprudencia, tanto la “menor” como el mismo Tribunal Supremo (en este caso, sí, con un grado de coincidencia bastante elevado). Una solución flexible y generosa con el reconocimiento de la figura, claramente presente también en la Directiva sobre

¹² Más censurable puede parecer, en cambio, que, decididos a dejar despejadas las dudas que podría ocasionar este supuesto, no se hubiera aprovechado la oportunidad para hacerlo con un mensaje más directo, y no mediante un circunloquio en el que se llega hasta la solución aplicable solo tras una exégesis, a *contrario sensu*, de lo que se dispone en los artículos 488.1 y 491 del Texto Refundido de la Ley Concursal, de manera explícita, para los casos en que el deudor sí reúne los requisitos para poder intentar el acuerdo extrajudicial de pagos. De hecho, ya hay autorizadas voces que dudan de que realmente el Texto Refundido de la Ley Concursal haya dado finalmente respuesta a este supuesto: v, por todos, MUÑOZ PAREDES, A., 2020, cit., pgs.165-166.

Reestructuración e Insolvencia¹³, y que parte de la consideración de que no parece justo ni razonable penalizar a un deudor por el hecho de que no pueda acceder a este expediente preconcursal por no reunir los requisitos legalmente establecidos para ello.

Con todo, hay que reconocer que este fundamento se ha venido estimando por lo general incontrovertible cuando se ha aplicado a un supuesto concreto ante el que, con frecuencia, se han encontrado los Jueces del concurso: el deudor no empresario o profesional que es declarado en concurso antes de la entrada en vigor de las reformas de la Ley Concursal de 2015 (antes del 1 de marzo de 2015 en el caso del RDL 1/2015; o del 30 de julio de 2015, fecha de inicio de la vigencia de la Ley 25/2015) y que, por consiguiente, cuando tal concurso se había solicitado, no podía tener acceso al acuerdo extrajudicial de pagos exclusivamente por un motivo: porque el artículo 178.2 de la Ley Concursal entonces vigente (introducido por la LAE) solo permitía solicitar este arreglo a los empresarios o profesionales, conforme a lo dispuesto en la redacción originaria del artículo 231 de la Ley Concursal¹⁴. Mas la solución se ha llegado a extender

¹³ V., *supra*, nota 2. En cuanto a la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, pese a que, como se viene afirmando, el texto resultante adolece de una palpable falta de contundencia en la expresión de muchas de sus líneas inspiradoras, da la impresión de que vendría a confirmar esta idea favorecedora de la exoneración, no solo por lo que atañe a la visión general de la disciplina como una *ley especial* que juega en situaciones concursales o próximas a la insolvencia, antes que como una previsión excepcional derogatoria del *principio de responsabilidad patrimonial universal*, sino también en la configuración *ex ante* de la exoneración del pasivo, sobre el papel, como un derecho que asiste a todo deudor (artículo 20.1 y Cdos.73 y 75 DRI), aunque pueda no considerarse “*inherent*” o consustancial a esta condición, de modo que las legislaciones internas puedan matizar su alcance mediante la fijación de determinados requisitos negativos (expresamente dispuestos como “*excepciones*”) para poder ejercerlo en cada caso, cuya concurrencia determinaría la imposibilidad de acceso al mismo (ex artículo 23; cfr. asimismo, los Cdos.78-80 DRI). Llevadas estas ideas al supuesto que ahora nos ocupa, cabría concluir que la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia no permitiría negar de principio el acceso a la exoneración a quien la Ley no le abre la posibilidad de acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos, máxime cuando este se establece como un recurso potestativo de los deudores.

¹⁴ Así, cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo 1 de julio de 2020 [ECLI: ES:TS:2020:2071], en cuyo Fundamento Jurídico 2º.4, se señala: “*La exigencia del ordinal 3º de que se hubiera celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, de acuerdo con la propia dicción legal, presupone que el deudor, en aquel momento, reuniera los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley Concursal para poder acogerse al expediente del acuerdo extrajudicial de pagos[...].Lógicamente, para quienes no reúnan los requisitos del artículo 231 de la Ley Concursal para acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos, esta exigencia del ordinal 3º del artículo 178 bis.3 de la Ley Concursal no opera. Como tampoco puede operar para quienes hubieran acudido al concurso de acreedores en un momento en que todavía no se había introducido este procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, lo que ocurrió con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre*”. Bien es cierto que en esta Sentencia parece exigirse como alternativa alguna tentativa de arreglo con los acreedores, pues se añade (FJ 2º.5) que el intento de alcanzar un convenio en el seno del concurso, o la existencia, acreditada documentalmente, de una propuesta a los acreedores comunicada ex 5-bis de la Ley Concursal, podrían hacer las veces del acuerdo extrajudicial que no se pudo acceder: “*Si no se hubiera podido acudir al expediente del acuerdo extrajudicial de pagos, ya sea porque no se reunían los requisitos del artículo 231 de la Ley Concursal, ya sea porque cuando se instó el concurso ese expediente no había sido introducido en la ley, la exigencia del ordinal 4º de haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo puede entenderse cumplido cuando constare un intento de acuerdo con los acreedores por un medio equivalente. Pero, como advertíamos en esa sentencia 150/2019, de 13 de marzo, ese intento de acuerdo debía contener una propuesta de un pago, al menos parcial, y sin perjuicio de que fuera fraccionado y demorado en el tiempo [...].Este requisito se cumple en nuestro caso pues consta que se abrió la fase de convenio y que el deudor presentó*

sin más al caso, mucho menos recurrente, pero que pudiera suscitar mayores dudas, de que la imposibilidad de acceso al acuerdo extrajudicial de pagos se basara en cualesquiera otros motivos, que el legislador ha mantenido incólumes desde su introducción en la Ley de emprendedores (salvo una puntual mejora introducida en la redacción del artículo 634 del Texto Refundido de la Ley Concursal para eliminar algún que otro sinsentido en las fechas que se toman por referencia)¹⁵.

Lo que realmente sí que puede parecer más discutible, aun correspondiéndose con esa impronta flexible de que se habla, es que se haya optado por someter a todos estos supuestos, sin discriminación alguna entre ellos, a la disciplina (aparentemente) más favorable de todas; la que se aplica asimismo al deudor que sí ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos. Esto es, van a poder obtener la exoneración “inmediata” sin necesidad de haber pagado los créditos concursales ordinarios (ni, por ende, los subordinados, ex artículo 488.1 TRLC, con la excepción contemplada en el artículo 491.1 TRLC); y, si no alcanzan a pagar íntegramente los créditos contra la masa y los concursales privilegiados, tendrán como último recurso la vía de la exoneración “escalonada” (artículo 493 TRLC).

una propuesta de convenio que fue rechazada por los acreedores. También serviría una propuesta de acuerdo con un plan de pagos presentada a los acreedores con ocasión de la comunicación del artículo 5 bis LC, sin perjuicio de que debería quedar constancia documental, Repárese en que se trata de una exigencia que bien podría elevarse a la condición de requisito general de la disciplina, al menos para todos quienes no reúnen los requisitos para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, pues, de lo contrario, conduciría a un tratamiento inexplicablemente discriminatorio para estos supuestos planteados antes de las reformas de 2015; por lo que, en consecuencia, podría significar una peligrosa vía subrepticia de ampliación del concepto normativo de buena fe (o de los presupuestos para obtener el beneficio), pues en definitiva llevaría a exigir un comportamiento no exigido por el artículo 178-bis de la Ley Concursal ni por el Texto Refundido de la Ley Concursal (que, además, ha negado categóricamente el carácter obstativo del acuerdo extrajudicial). Independientemente de lo anterior, conviene destacar que en algunos casos el problema venía incluso de antes, pues la situación de insolvencia y la petición de concurso antecedian a la entrada en vigor de la Ley de emprendedores. Cfr. también, en la línea señalada en el texto, la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020 [ECLI: ES:TS:2020:2071], en su Fundamento Jurídico 2.4º; el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona -Sección 1ª- 5 de marzo de 2018 [ECLI: ES:APGI:2018:136A] y las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Baleares -Sección 5ª- 22 de octubre de 2018 [ECLI: ES:APIB:2018:2263] y Barcelona -Sección 15ª- 14 de noviembre de 2018 [ECLI: ES:APB:2018:11243]. Al cabo, con estas soluciones se seguían las conclusiones consensuadas por Magistrados especializados en concursos en dos reuniones celebradas en 2016: el *Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona* (disponible en 2016, *RDCyP*, nº25, pgs.341-345) y las *Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016* (disponible en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M., 2017, *ADCo*, nº40, pgs.445-449). Así, se afirma en ellas, en relación con los concursos en tramitación, que “se considerará que se cumple con el requisito del artículo 178 bis 3.3º si el deudor no pudo solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos con arreglo a la actual regulación (RDL 1/2105 y Ley 25/2015) y acredita que cumple con los presupuestos subjetivos y objetivos del artículo 231 de la Ley Concursal”. En la doctrina, véanse, por todos, un completo resumen de las posturas doctrinales al respecto en SENDRA ALBIÑANA, A., *El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018 [disponible en versión electrónica: *Tirant on Line*: documento TOL6.529.559], Cap.2, II, 2.3. 2.

¹⁵ Cfr., en la línea de aplicar esta misma solución a quien, en general, no reúne los requisitos de acceso al acuerdo extrajudicial de pagos, en la “jurisprudencia menor”, entre otros, los Autos de las Audiencias Provinciales de Santander –Sección 4ª- 12 de mayo de 2017 [ECLI: ES:APS:2017:252A] y Badajoz -Sección 2ª- 16 de mayo de 2019 [ECLI: ES:APBA:2019:354A]; o la SJPII Palencia -núm.1- 6 de abril de 2017 [ECLI: ES:JPPII:2017:118].

La razón de este reparo es bien sencilla: con tal modo de proceder, el legislador está presumiendo, *de facto* (lo que parece mucho presumir) que, de haber reunido los requisitos para pedirlo, el deudor hubiera corrido en todo caso a intentar ese arreglo con sus acreedores. Por ello, tal vez hubiera resultado bastante más apropiado a los intereses en presencia (especialmente al de los acreedores, que, por la causa que fueren, probablemente no hubieran recibido invitación alguna a alcanzar algún tipo de acuerdo con el deudor), y más justo desde la perspectiva de la posible generación de agravios comparativos en el tratamiento dispensado a diferentes concursados, que estos sujetos (al menos los que no reunían las condiciones cuando fueron declarados en concurso, pero tampoco las hubieran reunido de entrar hoy en insolvencia) pudieran acceder a la exoneración, si bien sometidos a un régimen menos benevolente que el que se dispensa a los que efectivamente intentaron el acuerdo. Por ejemplo, que se les exigiera haber abonado al menos un 25% de los créditos concursales ordinarios para beneficiarse de la exoneración inmediata; o que tuvieran cerrado en todo caso el acceso a la exoneración escalonada. De hecho, se trata de soluciones defendidas por autorizados autores y dictadas en no pocas resoluciones judiciales¹⁶.

¹⁶ En cuanto a la doctrina, no han faltado autores que proponían que en cualquier caso estos sujetos tuvieran que abonar al menos el 25% de los créditos concursales ordinarios para acceder a la exoneración inmediata, aunque en caso contrario pudieran acceder a la vía del plan de pagos: entre otros, LATORRE CHINER, N., 2016, cit., IV, 2.2.3; y de la misma autora, LATORRE CHINER, N., «El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda (1) oportunidad», 2018, *RDCyP*, nº29 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 5836/2018], II, 3; CAMPUZANO, A.B., «La segunda oportunidad y su incidencia en el sobreendeudamiento de las personas físicas en el ordenamiento jurídico español», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D., PACCHI, S., Y PÉREZ BLANCO, G. (coords.), *Estudios sobre derecho de la insolvencia*, León, Eolas, 2017, pg.675; ORRICO SÁNCHEZ, I., «El acuerdo extrajudicial de pagos como requisito para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho. Una incógnita todavía sin resolver», 2018, *Actualidad Civil*, nº3 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 2506/2018], III, 1 y III.2 y IV. Aunque la postura adoptada en este particular extremo por el Texto Refundido de la Ley Concursal ha contado asimismo con numerosos seguidores, si bien en algunos casos se empleaba como argumento la inexistencia de otra solución para estos deudores ante la imposibilidad de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos: así, entre otros, CUENA CASAS, M., *Blog ¿Hay Derecho?*, 2016, cit., pgs.2-4; de la misma autora, «La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales», 2016, *RDCyP*, nº25 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 6027/2016], III; y, también la misma autora, 2018, cit., pg.163; PUIGCERVER ASOR, C. «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», en PUIGCERVER ASOR C. y ADÁN DOMENECH, F., *La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas*, Barcelona, Bosch, 2018, pgs.130-131 y 148-149; VALDÉS PONS, S. «El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho ex. artículo 178. bis de la Ley Concursal», 2019, *Diario La Ley*, nº 9437 [disponible en versión electrónica: *laleydigital*], II; ESTEBAN RAMOS, L., «¿Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad?», 2019, *RDCyP*, nº31 [disponible en versión electrónica: *laleydigital*, La Ley 8056/2019], pg.4. Relativamente numerosas han sido las resoluciones judiciales que negaban el acceso a la vía de la exoneración escalonada a los deudores que no hubieran podido intentar el acuerdo extrajudicial por la ausencia de requisitos para ello: destacamos, entre otras. las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Huelva -Sección 2ª- 15 de mayo de 2017 [ECLI: ES:APH:2017:343], Valencia -Sección 9ª- 5 de julio de 2017 [ECLI: ES:APV:2017:3027], Sevilla -Sección 5ª- 6 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:APSE:2017:2819], Segovia -Sección 1ª- 19 de marzo de 2019 [ECLI: ES:APSG:2019:157], Burgos -Sección 3ª- 23 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:APBU:2020:807]; o los Autos de las Audiencias Provinciales de La Coruña -Sección 4ª- 11 de julio de 2017 [ECLI: ES:APC:2017:834A] y Santa Cruz de Tenerife -Sección 4ª- 22 de mayo de 2018 [ECLI: ES:APTF:2018:391A]. Se vendría así a coincidir con el criterio consensuado por los Magistrados

c). *La noción de intento de acuerdo extrajudicial de pagos*

Cabe lamentar que la determinación mostrada por los redactores del Texto Refundido al resolver el problema de los deudores que tienen cerrado el acceso al acuerdo extrajudicial de pagos no se haya “contagiado” a otros interrogantes aún más estrechamente relacionados con la incidencia de este expediente en la exoneración del pasivo insatisfecho. Llama en especial la atención el desinterés por dejar resuelta una cuestión que ha venido constituyendo en muchas ocasiones en punto de conflicto clave para determinar el tratamiento que había de dispensarse al deudor que solicitaba el beneficio de la exoneración. Me refiero en concreto al significado que a estos efectos ha de atribuirse a la expresión “*intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos*”. Dada la significación atribuida por el artículo 178-bis de la Ley Concursal a tal intento, y habida cuenta de que el legislador no había reparado en su concreción, podía esperarse que los redactores del Texto Refundido de la Ley Concursal aprovecharan la encomienda otorgada para inducir, tanto de las reglas establecidas para el expediente preconcursal como de las que regulan este beneficio, una definición que tomar como punto de partida. Una tarea para la que no parece que cupiera albergar dudas sobre su legalidad, atendiendo al mandato conferido de “*aclarar*” e incluso, en su caso “*armonizar*” las normas refundidas, que pudiera alcanzar asimismo su integración, si fuera preciso. Curiosamente, sin embargo, sí se halla una tímida referencia al tema en la *legislación concursal de choque* ante la emergencia provocada por el COVID-19¹⁷.

A falta de una fijación legal expresa, lo que deba entenderse por que “*el deudor hubiera celebrado, o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos*”, puede venir perfilado o podría desprenderse de la encomiable labor llevada a cabo en este sentido por la doctrina científica y por la Magistratura durante los años de vigencia del artículo 178-bis de la Ley Concursal, no sin reconocer que la línea interpretativa a seguir no es en del todo pacífica, y que los cambios efectuados por el Texto Refundido de la Ley Concursal pueden obligar a realizar algún que otro matiz novedoso. En síntesis, la respuesta puede

especialistas en concursos en el *Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona*, en el que se afirma lo siguiente: “*será necesario haber celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos de manera ineludible para solicitar la aplicación del número 5º del artículo 178 bis 3. Las personas que no reúnan los requisitos del artículo 231 solamente podrán obtener el beneficio de la exoneración del artículo 178 bis.3 número 4º.*”

¹⁷ Cfr. artículo 17 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 1 de mayo de 2020, y sustituido posteriormente por el artículo 12 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, del mismo nombre, a cuyo tenor, bajo la rúbrica “*Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*”, se dice: “*Hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado*”. Adviértase que el precepto, claramente orientado en el fondo más a facilitar la exoneración que el *curso consecutivo* (como explicita la rúbrica de este artículo 12), se refiere a un supuesto cuya verificación, desde luego, pudiera verse propiciada por la pandemia y el estado de alarma declarado, pero no tiene por qué ver limitado su juego, ni mucho menos, a esta situación de excepcionalidad. De hecho, de ordinario se trata de uno de los obstáculos más recurrentes para el logro del acuerdo extrajudicial de pagos.

alcanzarse trazando un hilo conductor que tome por base las siguientes pautas o criterios normativos:

i). Antes que nada, resulta forzoso señalar que el arreglo al que se alude en la disciplina sobre exoneración del pasivo ha de ser el expediente preconcursal de acuerdo extrajudicial de pagos regulado fundamentalmente en los artículos 631 a 694 del Texto Refundido de la Ley Concursal, y no cualquier otro tipo de concierto¹⁸. Es verdad que aquella disciplina no requiere ni se nutre en concreto de los efectos del inicio o de la consumación de este expediente. Ni siquiera lo hace, en puridad, de que haya un *concurso consecutivo* (si bien la amplitud que parece otorgarse a la figura por el artículo 695.1º TRLC –“*no haber alcanzado*”- frente a la del derogado artículo 242.1 de la Ley Concursal –“*imposibilidad de alcanzar*”- podría servir como argumento para despejar las dudas acerca de si cualquier supuesto de intento frustrado de acuerdo, en los términos que ahora se verán, debiera tener por consecuencia aquella vía de apertura del concurso). Pero así parece indicarlo explícitamente el artículo 488 del Texto Refundido de la Ley Concursal, y de este modo debe entenderse máxime cuando, a la incertidumbre y dificultades probatorias que pudieran rodear una admisión a estos efectos (abierta) de cualquier clase de convenio o negociación de la clase que fuere con terceros (acreedores actuales, eventuales financiadores, avalistas, cónyuge, coherederos...) encaminada a facilitar directa o indirectamente una reprogramación de todo o parte del pasivo pendiente de pago, se suman los caracteres sustantivos de este acuerdo extrajudicial (en particular, su condición pretendidamente universal, su eficacia *de masa* y su supervisión por una instancia neutral y experta), que casan a la perfección con la mejora de la posición jurídica del deudor que se procura con tal referencia en el artículo 488 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Por añadidura, el dato normativo de la existencia de unos “*requisitos para poder hacerlo*” denotaría que ha de tratarse de una figura formalmente reconocible cuyo acceso debe someterse a un filtro preestablecido por ley.

ii). Hay que destacar que la “celebración” en sí misma del acuerdo extrajudicial pierde toda relevancia jurídica, a estos efectos, desde el momento en que el legislador se conforma con el mero “intento”. Es decir, si basta con una

¹⁸ Aunque se trata de una opinión mayoritaria, no es del todo unánime. En la “jurisprudencia menor”, pueden destacarse como exponentes de la exigencia de que se trate del acuerdo extrajudicial *stricto sensu*, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia -Sección 4ª- 9 de julio de 2015 [ECLI: ES:APMU:2015:1770], Valencia -Sección 9ª- 5 de julio de 2017 [ECLI: ES:APV:2017:3027], Zaragoza -Sección 5ª- 18 de julio de 2018 [ECLI: ES:APZ:2018:2301] o Segovia -Sección 1ª- de 19 de marzo de 2019 [ECLI: ES:APSG:2019:157]; o los Autos de las Audiencias Provinciales de Baleares -Sección 5ª- 30 de marzo de 2017 [ECLI: ES:APIB:2017:8A], Santander -Sección 4ª- 12 de mayo de 2017 [ECLI: ES:APS:2017:252A], Santa Cruz de Tenerife -Sección 4ª- 22 de mayo de 2018 [ECLI: ES:APTF:2018:391A]. Sí se entendió suficiente a estos efectos cualquier tipo de negociación con los acreedores en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid -Sección 3ª- 17 de enero de 2019 [ECLI: ES:APVA:2019:115], en un supuesto en que el deudor comenzó las gestiones para alcanzar un acuerdo extrajudicial, pero antes de presentar la solicitud formal fue pedido su concurso necesario. Cuestión diferente sería que para los sujetos que no pueden acceder a este expediente preconcursal se requiriera en contrapartida algún otro tipo de acercamiento a los acreedores (o intento del mismo); una solución que no cuenta con respaldo legal alguno, pero que podría desprenderse de una extrapolación de la argumentación dada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020 [ECLI: ES:TS:2020:2071], como se comentó *supra*, en la nota 14, para un caso de concurso solicitado antes de las reformas de 2015, y que a la postre representaría una ampliación -a mi modo de ver, injustificada- del campo de acción de la norma.

predisposición del deudor para alcanzarlo, el resultado final obtenido (la perfección del acuerdo con los acreedores y su formalización ex artículo 679 TRLC, o el fracaso de las negociaciones) resulta en línea de principio indiferente. Bien es cierto que la evolución misma de los acontecimientos que conduce hasta el concurso del deudor y su conclusión insatisfactoria para los acreedores (ex artículos 465.4º o 5º TRLC) permite aventurar que, aunque se hubiera alcanzado finalmente tal arreglo, en modo alguno debía haber logrado su buen fin, esto es, sacar al deudor de su insolvencia y eludir el procedimiento concursal¹⁹. Repárese, por otra parte, en que una correcta ejecución del acuerdo extrajudicial de pagos puede no evitar que, sin solución de continuidad a su escrupuloso cumplimiento, o al poco tiempo, el deudor acabe en concurso. Bien es verdad que en este último caso debería tratarse, forzosamente, de una insolvencia sustentada en un pasivo completamente diferente de aquel al que habría pretendido dar respuesta el acuerdo cumplido. Esto es, en un pasivo *ajeno* al arreglo preconcursal alcanzado, por tratarse bien de deudas de Derecho público (artículos 592 y 683.2 TRLC), bien de un pasivo *nuevo*, dado que los acuerdos extrajudiciales únicamente se centran en las deudas preexistentes a la solicitud de iniciación del expediente (como se desprende del actual artículo 685.2 TRLC, y expresaba la STS -Pleno-13 de febrero de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:360], en su FJ 2º.3). Sea como fuere, en este concreto supuesto no cabría considerar cumplido el requisito establecido por el artículo 488 del Texto Refundido de la Ley Concursal que ahora nos ocupa, a menos que (sorteando la barrera quinquenal dispuesta por el artículo 634.2º TRLC) hubiera podido volver a plantearse tal arreglo para ese otro pasivo.

iii). Es preciso poner de relieve la omisión de referencia alguna por parte de la normativa sobre exoneración (desde la LAE, hasta el actual TRLC) al contenido que debiera revestir el (pretendido o alcanzado) acuerdo extrajudicial, en lo concerniente al modo como pretendía satisfacerse el pasivo; referencia que contrasta visiblemente con la efectuada en relación con el umbral de pasivo satisfecho en el instante de la finalización del concurso. Puede que haya influido en tal dato el hecho de que la ley no atribuya la propuesta de acuerdo formalmente al deudor, sino al mediador concursal; aunque, por supuesto, pese a que no siempre se diga, no cabe pensar en una propuesta (ni en contrapropuestas fruto de las negociaciones entabladas con los acreedores) que no cuenten con el beneplácito de aquel (artículos 666, 673-675 TRLC). Y es que, en cualquier caso, podría considerarse en cierto modo injusto supeditar la concurrencia del requisito del intento de acuerdo extrajudicial (sobre todo, se insiste, al menos en la condición de elemento conformador de la buena fe que tenía bajo el artículo 178.3-*bis* LC) a que la propuesta al respecto, ajena al deudor, en cuanto a su autoría formal, tuviera un determinado contenido mínimo.

Pero, sea como fuere, tampoco debe ignorarse otro factor que podría explicar esta omisión: la dificultad de establecer una correlación fiable entre las condiciones que como mínimo debiera reunir la propuesta de acuerdo

¹⁹ Una conclusión que adelantaba FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, pg. 240. Tal vez por ello, la referencia del artículo 178.2 de la Ley Concursal, en la redacción proveniente de la Ley de Emprendedores, a haber “*intentado sin éxito*”, fuera más precisa, siempre que el “*éxito*” se refiriera al resultado finalmente perseguido (la eliminación de la insolvencia que pretendía arreglar), y no solo al dato formal de la perfección del acuerdo.

extrajudicial consentida por el deudor y las deudas que al finalizar el concurso pudieran resultar exoneradas. Las circunstancias que rodean uno y otro momento, y en particular, las que atañen al pasivo acumulado en cada uno, impiden tener en cuenta *a priori*, con el detalle preciso, los posibles “incentivos perversos” que tanto para cada uno de los acreedores como para el deudor pudiera suscitar que se alcanzara o no un arreglo extrajudicial, en comparación con la posición que ostentarían ante un posible escenario de conclusión del concurso insatisfactorio con petición de exoneración de las deudas. Aun así, en última instancia, sí que podría identificarse (y así se había apuntado por cierta doctrina y algunas resoluciones judiciales, que incluso habían encontrado refrendo en el Tribunal Supremo) un interés concreto común del deudor y de los titulares de algunas categorías de créditos concursales por alcanzar un acuerdo que previera algún índice de satisfacción para estos. En este sentido, se había sostenido que, para considerarse “intentado” a estos efectos, la propuesta debía ser “efectiva” o “real”, lo que se traduciría en que ofreciera, cuanto menos, el pago de algún porcentaje, por exiguo que fuese, del pasivo que llegara a ser ordinario en un concurso posterior²⁰, pues, de lo contrario (de admitirse una quita completa) la solución final en caso de aceptación de tan desfavorable propuesta por los acreedores sería la misma que se aplicaría de darse su frontal rechazo: la liberación de todo el crédito ordinario²¹.

En relación con esto último, hay que apuntar que la posibilidad de traslación de esta correlación a la disciplina que deriva del Texto Refundido de la Ley Concursal resulta ciertamente discutible. Por lo pronto, hay que tener en cuenta la distorsión que provoca el artículo 491 del Texto Refundido de la Ley Concursal, al tratar de manera preferente a los créditos ordinarios y subordinados de

²⁰ Como se afirmaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:897], en su Fundamento Jurídico 2º.5: “*Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos*”.

²¹ Así, FERREÑO SEOANE, A., «Aspectos prácticos del Acuerdo Extrajudicial de Pagos. EL beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho», en CARBALLO FIDALGO, M. (coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores: Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Barcelona, Bosch, 2019, pg.322; SENENT MARTÍNEZ, S., 2020, *RDCyP*, cit., pgs.4-5. Naturalmente, la situación del acreedor que pudiera resultar vinculado por un acuerdo extrajudicial en este juego de estrategias será más débil cuanto menor sea su peso en el conjunto del pasivo y cuanto peor sea su posición en la prelación de créditos en caso de concurso (prelación irrelevante a la hora de votar una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos -que no de redactar su contenido: artículo 670.1 TRLC-). En el caso de los titulares de créditos subordinados, por ejemplo, es cierto que (salvo los de Derecho público) participan del acuerdo extrajudicial (en su adopción y en su eficacia) igual que los ordinarios, pero, tanto si hay exoneración favorecida por el intento como si no (en este último caso se obtendría el beneficio con pagar solo el 25% de los ordinarios), quedan fuera del alcance del umbral de pasivo no exonerable: quiere decirse que si no se le ofrece nada sustancialmente atractivo en las negociaciones encaminadas a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, posiblemente preferirán boicotearlo con la esperanza de que, tras el cierre de un concurso sin exoneración, puedan reclamar el cobro en igualdad de condiciones ex artículo 484 del Texto Refundido de la Ley Concursal que el resto de acreedores pendientes de pago si el deudor viene a mejor fortuna o comienza a percibir ingresos regulares embargables.

Derecho público y, sobre todo, por lo que hace a su vinculación a un eventual acuerdo extrajudicial de pagos, a los ordinarios por alimentos, que en modo alguno se verán liberados si se hallan pendientes al finalizar el concurso (por lo menos si se había intentado el acuerdo extrajudicial). Mas, en un segundo término, conviene recordar (aunque no siempre se apuntara) que esta correspondencia resultaba correcta en la medida en que partiera de un entendimiento concreto del régimen establecido por el artículo 178-*bis* de la Ley Concursal, que, desde luego, dista del finalmente dispuesto por el Texto Refundido de la Ley Concursal: que el intento de acuerdo extrajudicial de pagos constituye, para quienes están en disposición de pedirlo formalmente, un verdadero presupuesto para disfrutar de la exoneración, al menos por la vía condicionada y escalonada, no inmediata; de tal suerte que, de faltar, el deudor solo podría obtener la liberación pagando al menos una cuarta parte del crédito concursal ordinario, aparte del privilegiado y de los créditos contra la masa. Circunstancia que el artículo 493 del Texto Refundido de la Ley Concursal se ha ocupado de eliminar. Bien es cierto que la pérdida de esta ventaja para el deudor que intentaba obtener el acuerdo extrajudicial (ahora, tendrá abierto el acceso a la exoneración vía plan de pagos aunque no lo intente) se vería en cierta medida contrapesado por otra circunstancia que también debe ponderarse bajo el Texto Refundido de la Ley Concursal, pese a que anteriormente el artículo 178-*bis*.5.1º de la Ley Concursal parecía descartarla: que el plan de pagos que sustenta el “*régimen especial*” pretenda agotar todos los activos y recursos disponibles para la satisfacción del pasivo pendiente, incluso del ordinario y el subordinado, si le alcanza, y hasta donde llegue (artículos 495.1 y 497.1 TRLC)²². En otras palabras: bajo el régimen actual el acceso a la exoneración condicionada y escalonada no elimina de raíz todo el pasivo ordinario y subordinado pendiente, efecto que sí se produce bajo el “*régimen general*” en caso de que haya intento de acuerdo extrajudicial y se logre liquidar el pasivo restante (con la extraña salvedad del artículo 491.1 TRLC). No obstante, habría que valorar con detenimiento, sobre el terreno, si esta ventaja derivada del cumplimiento de todas las premisas establecidas por el artículo 488.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal compensa realmente la desaparición de aquella otra que propiciaba que debiera proponerse el pago de alguna porción del pasivo ordinario para considerarse intentado al acuerdo extrajudicial.

iv). Aunque cabe insistir en que la exclusión del acuerdo extrajudicial de pagos del perímetro normativo que conforma la buena fe del deudor a efectos de la liberación de deudas parece manifestar una cierta indiferencia de la disciplina por la conducta que este manifieste en ese trance preconcursal, siempre que salve el escollo de la culpabilidad del concurso, por exigencias de orden público, si se quiere (no deben permitirse conductas abusivas que, aun logrando esquivar dicha culpabilidad del concurso, deriven en una verdadera expropiación injustificada de los derechos de los acreedores), así como por coherencia con la finalidad misma del expediente preconcursal, parece que las condiciones que deben concurrir para considerarse que ha habido un “intento” de acuerdo extrajudicial a efectos de la regulación de la exoneración del pasivo no pueden quedarse en la simple formulación formal, vía mediador concursal, de una

²² A este respecto, v. por todos, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Derecho Concursal», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 23ª ed., Madrid, Tecnos, 2020, pg.898.

propuesta que ofrezca “algo” que mejore la situación en que previsiblemente se encontrarían los titulares de créditos ordinarios. Resulta lógico concluir, a este respecto, que el “intento” o la “celebración” habrían de cumplir otras dos exigencias, de suerte que, por más que se haya abierto formalmente el expediente, no toda circunstancia impeditiva del acuerdo deba implicar un “intento” a efectos de la liberación del pasivo. En cierto modo estas exigencias habían sido ya destacadas por la doctrina y la “jurisprudencia menor” bajo la vigencia de la Ley Concursal:

- Por una parte, no puede dejarse a un lado la relevancia del *interés del concurso* incluso en esta fase de dificultades financieras previa o alternativa a su declaración, incluso aunque el deudor sea una persona física no empresario ni profesional²³. De hecho, el acuerdo extrajudicial supone en este punto un trasunto de convenio extrajudicial entre el deudor y los acreedores. Afirmación de la que cabe extraer la inadmisión como “intento”, a los efectos de la posterior exoneración del pasivo, de propuestas rechazadas que no impliquen una completa dedicación de los recursos, en cada caso, disponibles y no embargables del deudor, al pago de las deudas pendientes durante el período de tiempo destinado a su cumplimiento. No existe un verdadero “intento” si el deudor pretende dejar fuera del acuerdo parte de esos recursos a la vez que propone a sus acreedores una quita. Por ello, el porcentaje de pasivo ordinario a cubrir a que antes se aludía no es el único marcador de la “seriedad” o “efectividad” del intento de arreglo extraconcursal; debe ponerse en estrecha relación con la capacidad de pago del deudor presente y estimada en los años venideros (relación que, en definitiva, aunque tímidamente, está presente en la actual regulación de la exoneración (artículo 499.2 TRLC), y que debe cobrar aún mayor protagonismo con la incorporación de la Directiva sobre

²³ Como sostiene el BANCO MUNDIAL, «*Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*» [versión original disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/17606/ACS68180WPOP120Box0382094B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>], *Nota introductoria* y versión traducida por GARRIDO, J.M., 2014, *ADCo*, nº 31, especialmente apartados 50-52 y 393, pgs.215-217 y 340, respectivamente, es un hecho que la condición de persona natural del deudor, máxime si es un “particular”, suele atemperar el rigor del juego del interés de los acreedores como prioritario en las regulaciones concursales, que se combina con otras máximas más atentas a consideraciones derivadas de la personalidad humana y su dignidad. Pero en modo alguno aquel interés queda solapado por completo. Así viene a resumirlo en su *Nota Introductoria* GARRIDO, J.M., pgs.196-197: “*Generalmente, puede hacerse la apreciación de que los sistemas de regulación de la insolvencia de los comerciantes se han preocupado, sobre todo, de la protección de los derechos de los acreedores, y han adoptado tradicionalmente actitudes represivas hacia los deudores. La aproximación de los modernos sistemas de regulación de la insolvencia de las personas naturales, tal y como se describen en el informe del Banco Mundial, es muy diferente, y está mucho más centrada en una filosofía de rehabilitación y recuperación del deudor que en el reforzamiento de los mecanismos de tutela del crédito[...]*En esencia, el informe del Banco Mundial reconoce que existen áreas de solapamiento entre el régimen de la insolvencia empresarial y los regímenes de insolvencia personal: ambos regímenes tienen como objetivo el incremento de los pagos a los acreedores, y la distribución equitativa de los mismos, la racionalización de los procedimientos y la mejora de los resultados económicos del sistema concursal, que, en última instancia, redundan en importantes beneficios para la sociedad en general. Pero, como se ha mencionado anteriormente, la diferencia fundamental estriba en que la insolvencia empresarial se centra en la protección del crédito y la conservación del valor de las empresas, mientras que un régimen de insolvencia de las personas naturales sitúa los elementos humanos de los problemas de endeudamiento en el centro del sistema, y asume el objetivo fundamental de aliviar los problemas de los deudores en beneficio de los propios deudores y de la sociedad en su conjunto.”

Reestructuración e Insolvencia, ex artículo 20.1.2). Si esta es superior, el rechazo de los acreedores ha de considerarse imputable al deudor y conllevar como lógica consecuencia la inexistencia de intento de acuerdo a efectos de la disciplina sobre la exoneración²⁴. Precisamente, en un campo de juego opuesto,

²⁴ En este sentido, valgan las palabras de ORRICO SÁNCHEZ, I., 2018, cit., I., II, 3: “*En mi opinión, a efectos de valorar el cumplimiento del requisito del intento del acuerdo extrajudicial de pagos, en los casos en que el deudor presenta un acuerdo extrajudicial de pagos a su vez rechazado por los acreedores, habrá que estar al grado de proporción que existe entre (i) el importe de la deuda (ii) la propuesta realizada por el deudor, y (iii) los recursos económicos con los que cuenta. Y ese juicio de proporcionalidad deberá efectuarse partiendo de la base de que la propuesta que haga el deudor debe ser susceptible de conducir a la obtención de un acuerdo*”. De hecho, en las resoluciones en las que el punto de conflicto se ha centrado en desechar o no la propuesta como tal “intento” a estos efectos, en realidad el acento se ponía más en la capacidad del deudor para abordar pagos más amplios, dadas las circunstancias concurrentes, que en el porcentaje de satisfacción que se ofrecía, a medio-largo plazo, incluso ínfimo en algunos casos. Destaca en este punto el Juzgado de Primera Instancia de Logroño -núm.6-, que no admite como tal intento una propuesta consistente en una quita del 100% de los créditos (SJPI Logroño 26 de febrero de 2016 [ECLI: ES:JPI:2016:497], primera instancia en el caso del que trata luego la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019) pues “*La utilización del acuerdo extrajudicial de pagos como simple medio para “cumplir el expediente” y así evitar el abono del 25% del crédito ordinario no puede sino ser considerado como un fraude de ley que no puede ser amparado. El beneficio se otorga a aquellos que han acudido a dicha vía e intentado de manera real y efectiva con sus acreedores llegar a un entendimiento acerca del modo y forma de abonar sus créditos, bajo el prisma de la reducción del crédito o del aplazamiento de su pago en condiciones distintas y más ventajosas para el deudor, de manera que los acreedores consideren más adecuado y ventajoso a sus intereses el cobro de una cantidad inferior o en un mayor plazo de la deuda, frente al peligro que supondría no cobrar o cobrar una cantidad exigua por verse abocado el deudor a un proceso concursal liquidativo*”, si bien sí que considera adecuadas determinadas propuestas en que el porcentaje de pasivo “quitado” era realmente elevado: vgr-. la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 16 de enero de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:16]): “*es evidente que un intento de quita del 80% y una espera de 8 años parece adecuado y concorde a las circunstancias económicas de la solicitante*”; o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Logroño de 17 de enero de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:9]: “*En cuanto al contenido de la quita y la espera propuesto en el Acuerdo Extrajudicial de pagos (en este caso del 82% y ocho años), la misma no puede sino considerarse conforme con sus ingresos y posibilidades (persona sin trabajo con ingresos de 500 euros mensuales), por lo que no existe mala fe en tal actuación*”. Cfr., asimismo, como exponentes de esta tendencia judicial, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 15ª- 26 de mayo de 2017 [ECLI: ES:APB:2017:4046], en la que, ante una propuesta de quita del 99% de los créditos y espera del resto a diez años, se sostiene “*Visto el montante a abonar, es difícil que los deudores pudieran abonar más allá de lo que ofrecieron en el acuerdo extrajudicial de pagos, teniendo en cuenta sus ingresos mensuales de poco más de 4.000 euros y los gastos derivados del mantenimiento de la unidad familiar, contando únicamente con una vivienda familiar gravada con préstamo hipotecario. Los deudores ofrecieron una propuesta de pago realista en atención a su capacidad real de pago, propuesta que fue rechazada por los acreedores, entre ellos el recurrente que ahora pretende que tras el periplo del acuerdo extrajudicial de pagos y del concurso consecutivo se considere que no han intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para intentar cobrar el 25% del crédito ordinario. La situación pretendida es ciertamente excesiva*”. O la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia -núm.3- de 5 de septiembre de 2019 [ECLI: ES:JMV:2019:1000], en la que, apoyada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2019, se argumenta que “*En el caso, resulta que la deudora sí realizó un ofrecimiento material de acuerdo, al menos comprensivo del 1% del importe de los créditos ordinarios y subordinados. Los actores incidentales no comparecieron a la reunión, siquiera para rechazar formalmente la propuesta. A partir de aquí, ese “algo más que la condonación total de sus créditos” como contenido mínimo de la propuesta de acuerdo extrajudicial al que alude la doctrina de la Sala Primera no solo debe ponerse en relación con el importe de los créditos vencidos, que es lo que hacen aquí los actores, sino también con la capacidad económica de la oferente y ahora concursada. Aquí cobra relevancia considerar que, al tiempo de celebración del acuerdo -y*

este mismo argumento justificaría que las hipótesis en que el deudor no tenga capacidad para ofrecer pago alguno no sean enjuiciadas bajo la vara de medir de la ausencia de un intento extrajudicial de pagos a estos efectos, sino, antes bien, de la ausencia de requisitos legales para obtenerlo²⁵.

- Por otra parte, el examen del contenido de la propuesta no puede constituir el único índice sobre el que asentar la conclusión de que el acuerdo extrajudicial se intentó. A este respecto es preciso recordar que la propuesta se inserta en un expediente reglado, de iniciación rogada y sujeto a un procedimiento riguroso, que culmina con un acuerdo que ha de ejecutarse hasta alcanzar su finalidad intrínseca: la solución a la situación de insolvencia que el deudor padecía al plantearlo. Quiere decirse con ello que, por importante que sea, el contenido de aquella no representa el único elemento determinante para el logro del objetivo perseguido con el expediente; existe todo un catálogo de circunstancias, anteriores o posteriores a su presentación formal (que no se efectúa hasta que el mediador concursal toma posesión del cargo y examina la documentación presentada por el deudor: artículo 666 TRLC) que pueden frustrar tal objetivo. Naturalmente, no todas deben ser tildadas como exponente de una ausencia de intento o de celebración de un acuerdo extrajudicial a efectos de la exoneración de pasivo. Es más, el espíritu de la disciplina invita a ser benevolentes en este punto con el deudor y a considerar obstativas del intento solo a aquellas que revelen, por encima de todo, una ausencia de sinceridad por su parte en su pretensión de alcanzar un arreglo con los acreedores que, mediante su escrupulosa atención, pueda resolver finalmente su insolvencia en aquellos instantes. En otras palabras: las que manifiesten la frustración del expediente por una causa inexcusablemente imputable al deudor²⁶.

durante la tramitación del concurso-, la deudora únicamente disponía de un salario muy modesto y de un activo inmobiliario sujeto a privilegio especial, según resulta de la documentación acompañada a la solicitud de concurso y del informe del administrador concursal. Por eso su propuesta era suficiente y el acuerdo debe tenerse por efectivamente intentado, incluso según el riguroso criterio de análisis de la Sala Primera”; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia -Sección 9ª- de 13 de octubre de 2020 [ECLI: ES:APV:2020:3823], que confirma la sentencia de instancia que rechaza una propuesta de quita del 99% de los créditos y espera del resto a cinco años, “en un contexto en el que, indiciariamente, se aprecian elementos que permiten dudar de la razonabilidad y seriedad de la propuesta”. Bien es cierto que a veces el análisis no parece exceder de una directa consideración de las condiciones de pago ofrecidas: cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva -Sección 2ª- de 15 de mayo de 2017 [ECLI: ES:APH:2017:343] que rechaza, y califica como un “intento de cubrir el expediente de cara a obtener el beneficio”, una propuesta de quita del 98.5% de los créditos combinada con una espera a diez años.

²⁵ También, en un extremo opuesto, entiendo que las propuestas, objetivamente inviables, pero que hubieran sido formalmente presentadas e incluso adoptadas por los acreedores, han de tener la calificación de “intento” a estos efectos, pues, aunque más que previsiblemente estuvieran condenadas al fracaso, la responsabilidad de su presentación corresponde antes que nadie al mediador concursal, quien tiene el deber de ejercer una labor de filtro para procurar que el acuerdo sea aceptable por las partes y económicamente posible de cumplir, y que habría debido descartarla de primera mano y, si no era posible alcanzar otra lícita, instar la finalización de procedimiento. No en balde, como se ha dicho (artículos 666 y 674 TRLC), se le atribuye la autoría formal de la propuesta.

²⁶ En relación con la relevancia que cabe otorgar a la imputabilidad al deudor del fracaso del intento, en el sentido indicado en el texto, véanse, en la doctrina, entre otros, NIÑO ESTÉBANEZ, R., «La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos», 2018, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, nº2, pg.29; PUIGSERVER ASOR, C. 2018, cit., pgs.132-138; CUENA CASAS, M., 2018, cit., pgs.164-

La amplitud de situaciones que pueden dar al traste con el acuerdo extrajudicial es tan amplia que resultaría imposible establecer *a priori* un listado exhaustivo de las que deberían significar una ausencia de acuerdo o siquiera de su intento a los efectos perseguidos, y con independencia de que el concurso posteriormente declarado fuera *consecutivo* o no [parece que el artículo 695 TRLC no las abarcaría a todas, pese a la amplitud objetiva de su apartado a)]. Pero, sin ánimo de caer en un casuismo desmesurado, sí que pueden destacarse algunas conductas que vienen resultando recurrentes en la realidad diaria. Con tal finalidad podría establecerse una primera división, dentro de las situaciones impeditivas del acuerdo, entre las que pueden verificarse antes o una vez remitida por el mediador concursal la propuesta inicial de acuerdo a los acreedores.

Así, ante todo parece que deben ser incluidos como falta de intento de acuerdo extrajudicial los supuestos en los que ni siquiera ha llegado a haber petición formal de inicio del expediente, bien sea porque la solicitud fue retirada o contradicha por una solicitud de concurso voluntario, no se subsanó conteniendo defectos relevantes (artículo 640 TRLC)²⁷ o se solicitó un concurso necesario en el ínterin de su admisión o de la comunicación al Juzgado de la aceptación del mediador concursal²⁸. O en los que el expediente dio inicio pero nunca llegó a

165 (aunque con una visión algo más “formalista” y condescendiente con el deudor); BENAVIDES VELASCO, P., «Nuevas «oportunidades» para una regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho», 2018, *RDCyP*, nº28, [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 19384/2017], V.2. Bajo la vigencia de la Ley de emprendedores, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El acuerdo extrajudicial de pagos», 2014, *ADCo*, nº32 [disponible en versión electrónica: *Aranzadi Instituciones BIB 2014\679*], VIII, 4.5, en cambio, sostenía que la toma en consideración de todas estas circunstancias a efectos del beneficio de la exoneración (incluido el incumplimiento del acuerdo imputable al deudor) pasaba por la calificación del concurso como culpable, ante lo que se requería su enjuiciamiento como conductas de agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave. En los Tribunales, cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza -Sección 5ª- de 18 de julio de 2018 [ECLI: ES:APZ:2018:2301] o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 15ª- de 31 de enero de 2019 [ECLI: ES:APB:2019:227A]. En definitiva, se seguirían así los criterios marcados en las reuniones de Magistrados especializados en concursos que tuvieron lugar en 2016, aunque debe señalarse que, a mi juicio, tales criterios resultan en algunos casos excesivamente condescendientes con el deudor, como se comentará en el texto acto seguido. Por ejemplo, en la reunión de Santander, se concluyó: “*Estamos conformes en que por intentar un acuerdo extrajudicial de pagos se incluirían aquellos casos en los elevada una propuesta de acuerdo, ésta no sea aceptada por los acreedores o los acreedores deciden no continuar (236.4) o no acuden a la reunión (237). También estaríamos hablando de casos en que el mediador concursal decida, a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar concurso, o supuestos en los que la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor. En todo caso la mayoría hemos considerado que el concepto de “intentar un acuerdo extrajudicial de pagos”, recogido en la norma para calificar a un deudor de buena fe, debe ser interpretado de forma amplia y podríamos incluir cualquier supuesto en que se ponga fin al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, incluso en los casos de incumplimiento del acuerdo alcanzado o casos de anulación del mismo*”.

²⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., 2015, cit., pg.241.

²⁸ Así sucedió en el caso sobre el que versó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid -Sección 3ª- de 17 de enero de 2019 [ECLI: ES:APVA:2019:115], en el que se solicitó el concurso necesario del deudor antes de que este presentara formalmente la petición de acuerdo extrajudicial, para el que ya había iniciado contactos con acreedores (bien es verdad que se tomó la decisión, en mi opinión, discutible, de considerar que la mera existencia de esos contactos previos podía considerarse “intento” a estos efectos). Tampoco debiera considerarse “intento”, como afirma CUENA CASAS, M., 2016, cit., III, la negativa del notario a dar curso al expediente,

haber una propuesta²⁹, bien sea porque el mediador concursal advierte que se han ocultado o falseado datos relevantes sobre la situación financiera del deudor, que este no ha corregido, bien porque la única propuesta que cuenta con la aprobación de este no cumple los parámetros anteriormente analizados en relación con su contenido³⁰, bien porque, simultáneamente, no se ha dado

aunque resultara injustificada, pues parece exigible que se realice al menos otra tentativa ante otro notario (en una posición opuesta parece situarse FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., 2015, cit., pg.318, para el que, cuando el notario constata que no se reúnen las condiciones para designar mediador -sin establecer distinciones entre ellas-, la solicitud se inadmitirá, pero el acuerdo se entenderá “intentado”, aunque no haya *concurso consecutivo*). En cambio, no parece que debiera representar un obstáculo la ausencia de consentimiento del cónyuge para que el acuerdo pueda afectar a la vivienda habitual (requerida por el actual artículo 635.2 TRLC), pues parece tratarse de un elemento que no impide que el expediente siga su curso, sino que solo afecta al tratamiento que se dispense a dicha vivienda, a lo sumo. Así, PUIGCERVER ASOR, C. 2018, cit., pgs.134-137; v., sin embargo, CUENA CASAS, M., 2018, cit., pg.165, quien entiende que en esos casos sí que concurre un impedimento para estimar intentado el acuerdo.

²⁹ Adviértase que todas las circunstancias que impidan que haya un mediador concursal en el cargo (cuando no lo sea el notario, el caso de deudor no empresario, ex artículo 642.2 TRLC) han de considerarse ajenas a la voluntad o el comportamiento del deudor, y no pueden serle achacables en este contexto. Así ocurriría con el supuesto nada infrecuente, de la falta de aceptación de los sujetos designados sucesivamente como mediadores o su renuncia posterior (muchas veces motivada por sospecha de las dificultades con que se va a encontrar para percibir su retribución), supuestos en los que a veces se ha llegado a discutir la procedencia del *concurso consecutivo* [en este sentido, el alcance del artículo 695 a) TRLC parece más amplio que el del anterior artículo 242.1 LC; y el artículo 12 Ley 3/2020 lo corroboraría], mas no la presencia de un caso de intento de acuerdo extrajudicial a efectos de exoneración del pasivo (un buen exponente de esta discusión puede verse en el AAP Cádiz -Sección 5ª- 11 de febrero de 2019 [ECLI: ES:APCA:2019:94A]). La duda puede estribar en el número de nombramientos frustrados que debe producirse para poder estimar que concurre el supuesto, toda vez que, si bien sería excesivo considerar suficiente una sola renuncia o negativa a aceptar el cargo, tampoco resulta razonable exigir todo un rosario de negativas, máxime cuando la agilidad en la tramitación del expediente constituye uno de los objetivos de su regulación (los repertorios de “jurisprudencia menor” muestran un amplio catálogo de supuestos, en muchos de los cuales tal vez se habría “esperado en exceso” antes de cerrar el expediente por este motivo; vgr.: cinco negativas: AAP Oviedo -Sección 1ª- 21 de octubre de 2019 [ECLI: ES:APO:2019:958A]; seis negativas: AAP Barcelona -Sección 15ª- 12 de mayo de 2020 [ECLI: ES:APB:2020:2810]). En este sentido, parece bastante razonable el criterio de requerir dos rechazos, dispuesto por el artículo 17 RDL 16/2020 (y, posteriormente, por el artículo 12 Ley 3/2020) para la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 (con el mismo criterio, cfr. AAP Vizcaya -Sección 4ª- 18 de septiembre de 2019 [ECLI: ES:APBI:2019:1463A]); bien es cierto que se trata de una barrera de vigencia meramente transitoria, hasta el 14 de marzo de 2021. En una dirección distinta, y a efectos de autorizar el cierre del expediente, cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2019 (dictada en respuesta a una consulta formulada por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid), que fija un plazo de dos meses desde el inicio de trámite conducente al nombramiento sin que se haya producido aceptación alguna. V., al respecto, la opinión crítica de GARCÍA VALDECASAS, J.A., «Informe Junio 2019. Registros Mercantiles. Número de mediadores a nombrar en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos», [disponible en versión electrónica: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/informe-junio-2019-registros-mercantiles-numero-de-mediadores-a-nombrar-en-el-aep/>], partidario de esperar a un tercer nombramiento frustrado (en esta línea, cfr. AAP Zaragoza -Sección 5ª- 12 de diciembre de 2019 [ECLI: ES:APZ:2019:2054A]), siguiendo al efecto el criterio de la legislación sobre procedimiento administrativo -artículos 42 y 44 Ley 39/2015- para las notificaciones en papel.

³⁰ V., sin embargo, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., 2015, cit., pg.242, para el que, sin matices, habrá “intento” si no se ha podido realizar una propuesta en los términos referidos en el artículo 236 de la Ley Concursal (actualmente, artículos 667 a 670 TRLC). V., asimismo, el criterio, más favorable por lo general al deudor, de CUENA CASAS, M., 2018, cit., pgs.164-165. Repárese, por otra parte, en que una eventual anulación del acuerdo por defectos insanables del contenido

cumplimiento al trámite de solicitud de fraccionamiento o aplazamiento de las deudas tributarias y de la Seguridad Social regulado en los artículos 655 a 658 del Texto Refundido de la Ley Concursal (tan relevante para la viabilidad del acuerdo que se alcance con los restantes acreedores, especialmente cuando se trata de deudores empresarios o profesionales)³¹.

v). Finalmente, hay que dedicar una atención especial al supuesto de frustración del acuerdo, una vez alcanzado, por incumplimiento del deudor. No parece compatible con el espíritu de la disciplina que un incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos imputable de un modo determinante a la conducta del deudor³² puede resultar irrelevante a efectos de una posterior petición de exoneración del pasivo. Es evidente que un acuerdo ya en ejecución es un acuerdo intentado y celebrado y, por lo tanto, fuera del alcance, *expressis verbis*, del artículo 488 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Lo que no implica que debiera quedar completamente al margen de la disciplina. En este punto se hace indispensable poner de relieve la existencia de una grave laguna en la regulación de la exoneración del pasivo (la anteriormente vigente y la actual)³³, que bien podría haber eliminado el Texto Refundido. Es más, atendiendo al papel residual otorgado al intento de acuerdo extrajudicial en la legislación actual, probablemente su incumplimiento imputable al deudor debiera adquirir un protagonismo mayor, que fuera más allá de una lectura amplia del requisito relativo a la celebración de este arreglo (ex artículo 488 TRLC), para afectar a la posibilidad misma de obtener la exoneración. Debería representar un presupuesto (de corte marcadamente subjetivo) para este beneficio. Y a este respecto, el reproche que merece haber desperdiciado esta oportunidad de

de la propuesta (artículo 687 TRLC: una desproporción de las medidas adoptadas para los acreedores; un contenido contrario al artículo 667 TRLC) no debería constituir de por sí una falta de intento a estos efectos, dado que, aparte de haber contado con la aceptación de la mayoría del pasivo requerida legalmente, su planteamiento parte de una premisa independiente de su voluntad: que el mediador concursal la haya calificado favorablemente. A esta situación debería equipararse una postura “cerrada” del deudor a las contrapropuestas presentadas por los acreedores, ex artículo 673 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Mientras la propuesta inicial cumpliera con los requisitos de fondo expuestos en el texto, entiendo que no puede censurarse que se niegue a contemplar alternativas, aunque esa negativa acabe haciendo imposible el acuerdo.

³¹ Es necesaria la acreditación de la presentación conforme a Derecho (en tiempo, forma y contenido) de la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento, si las hay que requieren ese tratamiento paralelo al que se va a dispensar al resto de créditos. Pero la no concesión de lo solicitado no es óbice para la continuación del expediente y la aprobación del acuerdo extrajudicial, por más que, con probabilidad, resulte frustrado debido a la más que previsible actuación ejecutiva de las Administraciones Públicas sobre los activos embargables del deudor. Y, desde luego, en modo alguno parece encuadrable dentro de las conductas de falta de intento imputables al deudor.

³² En principio, no debiera serle imputable, por ejemplo, si la desatención del calendario de pagos programado derivara de la acumulación de ejecuciones sobre sus activos embargables por parte de los acreedores no vinculados por el acuerdo (artículo 685.2 TRLC); o no atados por la parálisis de ejecuciones ordenada por la ley desde la comunicación al Juzgado de la aceptación de un mediador concursal (ex artículo 591 TRLC).

³³ Puesta de relieve por algunos autores; véanse entre otros, CUENA CASAS, M., 2018, cit., pgs.164-165; SENDRA ALBIÑANA, A., 2018, cit., Cap.2, II, 2.3. También BASTANTE GRANELL, V., «La segunda oportunidad del consumidor insolvente: primeros «bosquejos judiciales» sobre el concepto de buena fe», en CARBALLO FIDALGO, M. (coord.), 2019, cit., pg.194 consideraría “razonable” que tal conducta encajara dentro de la presunción del que actualmente sería el artículo 443.6º del Texto Refundido de la Ley Concursal, relativa al incumplimiento del convenio imputable al deudor.

arreglar su insolvencia y las consecuencias que normalmente acarreará sobre su situación financiera serían argumentos más que consistentes para que la solución más atendible, *de lege ferenda*, fuera la consistente en configurarlo, directamente, como un supuesto de presunción (atacable, ex artículos 444 o 720 TRLC) de culpabilidad del concurso. Mientras tanto, con la legislación actual en la mano, solo un esfuerzo de la administración concursal [generalmente, el mismo mediador concursal que declarara el incumplimiento y pidiera el *concurso consecutivo* -pese al olvido del artículo 695.b) TRLC-] o del Ministerio Fiscal por acreditar que esta conducta implica una actitud del deudor querida o inexcusablemente ignorante, de generación o agravación de la insolvencia, podrá frenar un resultado a todas luces injusto por inmerecido y de consecuencias éticas rayanas en lo escandaloso. Obsérvese, a mayor abundamiento, que la medida propuesta seguiría una pauta en cierto modo sugerida por la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, en su artículo 23.2 a), cuando recoge, a título enunciativo, como excepciones a la regla general de exoneración del pasivo pendiente, el caso del empresario insolvente que “*haya vulnerado sustancialmente las obligaciones asumidas en virtud de un plan de pagos*”.

2.2. El cambio de paradigma normativo establecido por el Texto Refundido en la disciplina sobre la exoneración del pasivo insatisfecho

Como se ha dicho, la autorización al Gobierno no puede abarcar la introducción *ex novo* de mandatos jurídicos, la modificación sustantiva de los preexistentes, ni mucho menos la alteración de las pautas generales de actuación normativa, mediante las que se expresa el espíritu de legislador que inspira la disciplina, por otras diferentes. Y desde este ángulo quizá haya de plantearse la observancia de la encomienda realizada por las Cortes Generales, particularmente por lo que atañe a la decisión de excluir del concepto de *deudor de buena fe*, empleado como piedra angular del modelo normativo de la exoneración del pasivo (artículo 487, e, implícitamente, artículo 493, *in initio*, TRLC), una serie de elementos que, en línea de principio, bajo el artículo 178-*bis*.3 de la Ley Concursal, parecerían formar parte de aquella: señaladamente, el intento de acuerdo extrajudicial de pagos³⁴.

En efecto, la disociación entre estos elementos y la buena fe parece violentar la configuración general y el espíritu que la misma trasluce en la regulación de esta figura en la Ley Concursal. Por lo pronto, no resulta ni mucho menos baladí tener presente que, del artículo 178-*bis*, en su apartado tercero (y por más que el precepto adoleciera de una palmaria falta de claridad), se desprendía lo siguiente:

- Que la buena fe se erigía, indiscutiblemente, en el presupuesto general único de la disciplina, con lo que se introducía una profunda reordenación de la normativa respecto de la contenida en el anterior artículo 178.2 de la Ley Concursal, resultante de la Ley de emprendedores³⁵;

³⁴ Así lo entendía ya LATORRE CHINER, N., 2018, cit., II.5, o CUENA CASAS, M., 2018, cit., pg.164, en relación con la Propuesta de Texto Refundido.

³⁵ Tal aseveración se desprendía con claridad de los Preámbulos del Real Decreto-Ley 1/2015 y de la Ley 25/2015, en sus apartados III: “*Como novedad fundamental, se instaura un régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural en el marco del procedimiento concursal. El sistema de exoneración tiene dos pilares fundamentales: que el deudor sea de*

- Que esta acepción de la buena fe referida al deudor petionario no se correspondía con una idea presente (e incluso a veces llevada al rango de norma positiva) en otros contextos normativos (vgr.: artículos 7.1 y 1258 Cc); antes bien, se trataba de una noción legal *ad hoc*;
- Que para la fijación de este presupuesto único específico el legislador acudió a una definición descriptiva de los elementos que la componían, elementos que parecían dispuestos taxativamente. Por más que se tratara de una decisión legislativa discutible, parece que, atendiendo a la literalidad de la norma y a la seguridad jurídica que debe imperar en este punto como valor esencial, los que figuraban en el artículo 178-bis.3 de la Ley Concursal eran, *todos y únicamente* esos, los datos que debían ponderarse para calificar al deudor a estos efectos como de buena fe; incluso el Tribunal Supremo así lo sostuvo con rotundidad, en su Sentencia -Pleno- de 2 de julio de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:2253], FJ 2º.2; y lo confirmó en su Sentencia de 1 de julio de 2020, FJ 2º.2 [ECLI: ES:TS:2020:2071]³⁶.
- Que esa noción se hace depender formalmente, entre otras circunstancias, y con los matices y el alcance que correspondan, de aquellos datos normativos que ahora el Texto Refundido de la Ley Concursal coloca fuera de su alcance.

Cuanto acaba de exponerse (especialmente en lo concerniente a esta última consideración) deriva por otra parte de la lógica morfológica de la disciplina. Si

buena fe y que se liquide previamente su patrimonio (o que se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa)".

³⁶ Así, en el Fundamento Jurídico 2º.2 de la Sentencia de 2 de julio de 2019, se sostiene: "*la ley exige una serie de requisitos en el apartado 3 del artículo 178 de la Ley Concursal, bajo una dicción un tanto equívoca. El precepto afirma que "sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe". Y a continuación explica qué se entiende por buena fe, al ligar esta condición al cumplimiento de unos requisitos que enumera a continuación [...] Por lo tanto, la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del artículo 7.1 del Código Civil, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del artículo 178 de la Ley Concursal. La naturaleza de estos requisitos es heterogénea*". En relación con esta controversia, véanse, entre otros, las opiniones de CARRASCO PERERA, A., 2015, cit., 2; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., 2015, cit., pg.207; CUENA CASAS, M., 2016, cit., III y IV; y, de la misma autora, 2018, cit., pgs.155-158; YANES YANES, P., «Artículo 178 bis», en PULGAR EZQUERRA, J., (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2016, pgs.1916-1917; CAMPUZANO, A.B., 2017, cit., pgs.668-670; y, de la misma autora, 2018, cit., pgs.77-79; NIÑO ESTÉBANEZ, R., 2018, cit., pg.27; BENAVIDES VELASCO, P., 2018, cit., V.2; PUIGCERVER ASOR, C. 2018, cit., pg.123; ESTEBAN RAMOS, L., 2019, pg.3; SENENT MARTÍNEZ, S., *RDCyP*, 2020, cit., pg.3; este mismo autor, comentando ya el Texto Refundido de la Ley Concursal: «Artículo 487. Presupuesto subjetivo», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Las Rozas, La Ley, 2020, pgs.2095-2096. Cfr., asimismo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Huelva -Sección 2ª- 15 de mayo de 2017 [ECLI: ES:APH:2017:343] o de Barcelona -Sección 15ª- 14 de enero de 2020 [ECLI: ES:APB:2020:178]; o la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia -núm.3- de 5 de septiembre de 2019 [ECLI: ES:JMV:2019:1000]. En cambio, SENDRA ALBIÑANA, A., 2018, cit., Cap.2, II.1 propone un concepto valorativo, no normativo y cerrado, de la buena fe, conforme al que deben tenerse en cuenta otras circunstancias además de las del 178-bis.3; también BASTANTE GRANELL, V., 2019, cit., pgs.225.227. Cfr., en este mismo sentido, las Sentencias de los Juzgados de Primera Instancia de Palencia -núm.1- de 6 de abril de 2017 [ECLI: ES:JPII:2017:118] y 7 de febrero de 2017 [ECLI: ES:JPII:2017:43]; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra -Sección 1ª- de 12 de febrero de 2020 [ECLI: ES:APPO:2020:379], en que, adelantándose a la solución del actual artículo 491.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal, se destacaba la incompatibilidad con la buena fe -más bien, con la equidad- de la situación resultante de un deudor que tenía pendientes de pago unos créditos ordinarios por alimentos, que pudieran resultar finalmente inexigibles si se le permitiera acogerse a la modalidad de exoneración inmediata.

el *interés del concurso* consiste en la obtener el mayor y mejor grado de satisfacción posible de los acreedores y, en consecuencia, en este contexto, el planteamiento de una eventual extinción de las deudas que finalmente resulten impagadas solo debiera formularse sobre la base del previo agotamiento del patrimonio del deudor y de su concepción como un beneficio que se le concede, esto es, de un derecho que pudiera asistirle, pero siempre que sea *ganado*, fundado en su buena conducta (identificada en principio como buena fe), de tal suerte que solo tenga acceso al mismo quien realmente puede demostrar haber adquirido los méritos precisos para ello, parece razonable inferir que todo elemento que tenga relevancia jurídica a la hora de conceder la exoneración o de delimitar su alcance deba estar vinculado de una manera o de otra a esa idea de probidad. En otras palabras, una interpretación sistemática y finalista de la disciplina, tal como se hallaba predispuesta por la Ley Concursal, debiera conducir a incluir esos índices normativos (o, al menos, buena parte de ellos) dentro del concepto legal de buena fe, y no, como hacen los artículos 488 y 493 del Texto Refundido de la Ley Concursal, ubicarlos al margen y, a lo sumo, dentro de una categoría de presupuestos aparte (en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos ni siquiera es ya un presupuesto, como se viene diciendo) calificada con el adjetivo (más que discutible, dado el contenido de algunos de ellos y el comportamiento activo o no inexcusablemente pasivo que exige del deudor para su concurrencia) de “*objetivo*”. Téngase presente que, en suma, en este caso el legislador español no haría sino acudir a un modelo normativo que está también presente en otros Derechos de nuestro entorno, y que la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia avala expresamente como admisible por la vía de unas “*excepciones*” (contempladas con un elevado grado de imprecisión y, por ende, holgura) al deber impuesto a los Estados miembros de reconocer la institución de la exoneración de deudas. Así, la norma europea permite que los Estados rechacen o restrinjan la exoneración cuando tal medida no se estime adecuada ante determinadas circunstancias, que encuadra dentro del ámbito de la “*mala fe*” o del comportamiento “*deshonesto*” del deudor, concepto este último que bien puede tener un alcance equivalente a aquel o conformar incluso una categoría más amplia (cfr. artículo 23.1 y Cdos.78 y 79³⁷).

³⁷ Una amplia referencia a estos modelos extranjeros y al protagonismo que en ellos, con mayor o menor intensidad, se dispensa a la buena fe o a la conducta honesta del deudor, puede encontrarse, en nuestra doctrina, por todos, en LATORRE CHINER, N., 2016, cit., II,1 y 2; SENDRA ALBIÑANA, A., 2018, cit., Cap.1, VII; CUENA CASAS, M., 2020, cit., pgs.8-9. Sobre la importancia de tener en cuenta el comportamiento del deudor para esquivar el “*riesgo moral*” que deriva de “*aceptar los beneficios más amplios que aporta un sistema de tratamiento de la insolvencia personal*”, v. las afirmaciones contenidas en este pasaje del Informe del BANCO MUNDIAL, 2014, cit., apartado 114, pg.242: “*la respuesta más inteligente al riesgo moral, en este contexto, que es la adoptada por muchos de los sistemas de insolvencia existentes, consiste en diseñar y poner en práctica unos requisitos de acceso que sean adecuados, tanto para el acceso al sistema de insolvencia como para recibir una medida de exoneración de deudas o una medida similar, con el fin de aislar y excluir a los deudores que adoptan conductas excesivamente arriesgadas o indeseables por otros motivos*”; v. también, las reflexiones contenidas al respecto en los apartados 189-200, 365-366 y 449, pgs.267-272, 330-331 y 356, respectivamente. V. asimismo, en relación con la insolvencia empresarial, la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, publicada por UNCITRAL en 2004 [disponible, en versión española, en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf], *Parte Segunda*, particularmente, epígrafe VI, A, 1, b), apartados 4-9, pgs.346-348. Por lo que atañe a la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, con todo, es necesario poner de relieve el modelo flexible adoptado, en el que la configuración de la buena fe

Esta conclusión parece especialmente evidente en el elemento que nos ocupa en concreto. Y es que, si bien en un plano netamente ontológico pudiera llegar a plantearse la conexión entre la conducta del concursado y algunos de los restantes requisitos establecidos por el artículo 178-*bis*.3 de la Ley Concursal para su catalogación como deudor de buena fe, de tal suerte que su ubicación actual (artículos 488 y 493 TRLC), separada de este concepto, pudiera ser considerada, tal vez, una decisión ajustada a los límites de la delegación legislativa en cuanto tendente a eliminar contradicciones e incongruencias de la regulación refundida³⁸ y a dotar a la buena fe de un perfil más apegado a los méritos que debe reunir el deudor para gozar de este beneficio, lo que no parece que pueda ofrecer dudas es que el hecho de haberse mostrado dispuesto a alcanzar un arreglo extrajudicial con los acreedores, a fin de liquidar el pasivo evitando el concurso, resulta indiciariamente expresivo de una actuación honesta y voluntariamente encaminada a poner solución a la crisis de solvencia que se atraviesa³⁹. En definitiva: haber o no exteriorizado una decidida inclinación a poner fin a la crisis de solvencia mediante el recurso a un expediente que juega en este punto como alternativo al concurso, por encontrarse pensado precisamente para aquel objetivo, no es algo que se pueda divorciar

se deja a los Estados miembros, admitiéndose incluso prescindir de este elemento o preverlo con un juego bastante limitado (artículo 23.1, 2 y 3 y Cdos 78-79), de suerte que un deudor cuya conducta diste de este estándar pueda obtener la exoneración plena, o pueda conseguirla en un plazo más amplio. V., en este sentido, en la doctrina española, entre otros, BENAVIDES VELASCO, P., «Algunas reflexiones acerca de la nueva norma comunitaria sobre exoneración de deudas», en CARBALLO FIDALGO, M. (coord.), 2019, cit., pg.163; CUENA CASAS, M., 2020, cit., pgs.12 y 19; SENENT MARTÍNEZ, S., 2020, *RDCyP*, cit., pg.5; ESTEBAN RAMOS, L., 2020, cit., pg.9.

³⁸ Tal afirmación pudiera considerarse especialmente defendible en el caso concreto de la exigencia relativa al umbral mínimo de pasivo satisfecho exigible para alcanzar la exoneración inmediata. Se trata, desde luego, de un dato de naturaleza meramente cuantitativa para cuya verificación, por sí mismo, no se atiende a consideraciones relacionadas con la conducta del deudor o con las causas del endeudamiento excesivo contraído. De ahí que numerosos autores abogaran por una reordenación de la disciplina que situara esta exigencia fuera de los requisitos que conforman la buena fe. Así, CARRASCO PERERA, A., 2015, cit., 2; SENDRA ALBIÑANA, A., 2018, cit., Cap.2, II.2; ESTEBAN RAMOS, L., 2019, pgs.3-5 y 7; CUENA CASAS, M., 2020, cit., pg.18; SENENT MARTÍNEZ, S., *RDCyP*, 2020, cit., pg.3. Cfr. asimismo, el comentario de la MAIN, expuesto, *supra*, en la nota 6.

³⁹ En esta dirección se ha venido pronunciando reiteradamente un buen número de resoluciones judiciales, que, aun cuando por lo general sin mayor argumentación que la literalidad de la Ley, en modo alguno han puesto en duda que el intento del acuerdo extrajudicial forme parte de una conducta incardinable dentro del concepto de buena fe del legislador concursal a estos efectos (también ha sido destacada por algún otro autor: v., BASTANTE GRANELL, V., 2019, cit., pg.205). Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo -Pleno- de 2 de julio de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:2253], en su Fundamento Jurídico 2º.2; las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Huelva -Sección 2ª- de 15 de mayo de 2017 [ECLI: ES:APH:2017:343], Sevilla -Sección 5ª- 6 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:APSE:2017:2819]; o el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia -Sección 1ª- de 23 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:APP:2017:74A]. De hecho, así se sigue entendiendo en algunos Tribunales en la aplicación de la disciplina resultante del Texto Refundido. Cfr. los Juzgados de los Mercantil de Barcelona: el núm.3, en su Auto de 8 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JMB:2020:2580] o Sentencia de 18 septiembre de 2020 [ECLI: ES:JMB:2020:2580]; o el núm.7, en su Sentencia de 22 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JMB:2020:32A]; el Juzgado de lo Mercantil de Gerona -núm.1- en su Auto de 18 de diciembre de 2020 [ECLI: ES:JMGI:2020:107A]; o la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 15ª-, en su Sentencia de 29 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:APB:2020:8298]. En cambio, sigue una interpretación más ajustada al tenor de las nuevas normas el Auto del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña -núm.1- de 6 de octubre de 2020 [ECLI: ES:JMC:2020:60A].

tajantemente del mérito que ha de contraerse para permitir un nuevo comienzo libre de deudas. Ni parece ser la voluntad de legislador en la Ley Concursal ni, desde luego, sustantivamente, puede considerarse indiscutiblemente correcta tal decisión. Sin duda, al deudor debiera exigírsele un *plus* de honestidad y diligencia, configurado como un requisito de acceso y no como un simple premio. Y tal exigencia debe centrarse en la observación de su conducta antecedente, contemporánea y posterior al concurso, como, con muy buen criterio, apuntan el artículo 23.1 y el Considerando 79 de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia. Al fin y al cabo, no puede olvidarse que el legislador ha pretendido recoger una disciplina de exoneración de deudas con un trasfondo moralizante, que sin ir más lejos en modo alguno parece enfrentarse a la idea que subyace a la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia⁴⁰.

IV. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DERIVADA DEL TEXTO REFUNDIDO

1. El supuesto del deudor que no quiere acudir al acuerdo extrajudicial de pagos

1.1. El tratamiento excesivamente indulgente al deudor que no intenta el acuerdo extrajudicial pudiendo hacerlo

La consecuencia jurídica inmediata que resulta, en concreto, de esta separación formal del intento de acuerdo extrajudicial de pagos del concepto de buena fe, como manifestación de su exclusión de los presupuestos para acceder a la exoneración de deudas, es la fijación de un régimen excesivamente permisivo, moralmente casi aséptico, que trata prácticamente por igual a todos los deudores, sin tener en cuenta sus eventuales esfuerzos por llegar a una solución concertada con los acreedores al margen del concurso. Al no hacerse depender la buena fe de estos esfuerzos preconcursales (como sí hacía la norma a refundir), el Texto Refundido de la Ley Concursal considera merecedor de este beneficio (en alguna de sus dos modalidades), a quien reúne, simplemente, los requisitos legalmente establecidos para ello en los artículos 487 y 488 o 493, aunque no se intente alcanzar tal arreglo extraconcursal, incluso aunque se reúnan las condiciones económicas para ello. Son varios los argumentos que nos permiten dudar del acierto de la solución prevista.

Ante todo, hay que dejar sentado que esta solución para *quien no quiere someterse a un acuerdo extrajudicial de pagos*, aun contando con algunos seguidores en la doctrina científica y en las resoluciones de los Tribunales de Justicia (se insiste en que el desconcierto de la regulación resultante de las reformas de 2015 condujo a un abanico de soluciones propuestas de lo más

⁴⁰ Sea como fuere, conviene aclarar que la prueba de todos estos hechos que permitan acreditar la buena fe (o, particularmente -o al margen-, la existencia de un intento de acuerdo extrajudicial) ha de corresponder sobre el papel, a tenor de lo establecido por los artículos 489.2, 490.1 y 496.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal, al deudor. Bien es cierto que su carácter eminentemente negativo en muchos casos, así como la aplicación del principio de disponibilidad probatoria, pueden llevar, sobre la base de un entendimiento proclive al reconocimiento del beneficio, a que resulte bastante con que se aporten ciertos indicios mínimamente consistentes, si no resultan contradichos por otros instrumentos que se introduzcan en el trámite de oposición o le consten manifiestamente a Juez. Una solución que no parece contradecir los mandatos contenidos en la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, a tenor de lo establecido por su artículo 23.1, *in fine*, y Cdos.77, 78 y 82 (v. la opinión, más matizada al respecto, de CUENA CASAS, M., 2020, cit., pg.19).

amplio) no es ni mucho menos, en los estrictos términos en que se manifiesta, mayoritaria⁴¹. Tampoco parece ser por la que se inclina el Tribunal Supremo, que ha tenido ocasión de manifestarse en la materia admitiendo implícitamente la necesidad de que el deudor que pretenda la obtención del beneficio de la exoneración acuda al acuerdo extrajudicial de pagos si estaba en condiciones de hacerlo, aunque solo se tratara de una mera presentación en tiempo y forma de la instancia de nombramiento de mediador concursal ante la autoridad competente y su tramitación subsiguiente (con esto bastaría para colmar la exigencia del ordinal tercero del artículo 178-*bis*.3 LC), al margen de que,

⁴¹ En la doctrina, sitúan el acuerdo extrajudicial como una barrera de acceso a la exoneración, entre otros, LATORRE CHINER, N., 2016, cit., IV, 2.2.3, y, de la misma autora, LATORRE CHINER, N., 2018, cit., II, 3, nota 16; CAMPUZANO, A.B., 2017, cit., pgs.673-675; y, de la misma autora, 2018, cit., pg.79; ORRICO SÁNCHEZ, I., 2018, cit., III, 1 y IV; SENDRA ALBIÑANA, A., 2018, cit., Cap.2, II, 2.3; ESTEBAN RAMOS, L., 2019, pgs.4 y 7. En cambio, la postura seguida ahora por el Texto Refundido no contaba con tantos seguidores: v., por todos, cit. RUBIO VICENTE, P.J., 2016, cit., III, 1; si bien sí que ha tenido mayor predicamento en la “jurisprudencia menor”: cfr. las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza -Sección 5ª-, de 18 de julio de 2018 [ECLI: ES:APZ:2018:2301], y Barcelona -Sección 15ª- 9 de abril de 2019 [ECLI: ES:APB:2019:3386]; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia -Sección 9ª- de 10 de diciembre de 2019 [ES:APV:2019:4661A]; o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Logroño -núm.6- de 26 de febrero de 2016 [ECLI: ES:JPI:2016:497], que resolvió en primera instancia el caso que llegó hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019. Aunque abundan bastante más las resoluciones en las que tal hecho condiciona únicamente el tipo de exoneración al que se puede aspirar. Sería el caso, por ejemplo, de quienes interpretan que la antinomia entre los ordinales tercero y cuarto del artículo 178-*bis*.3 de la Ley Concursal se resuelve permitiendo el acceso de estos a la exoneración inmediata, pero en modo alguno a la condicionada, pues la alternativa del ordinal quinto está pensada exclusivamente para quienes intentan el acuerdo extrajudicial: así, entre otras, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Huelva -Sección 2ª- de 15 de mayo de 2017 [ECLI: ES:APH:2017:343], Valencia -Sección 9ª- 5 de julio de 2017 [ECLI: ES:APV:2017:3027], Sevilla -Sección 5ª- 6 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:APSE:2017:2819], Segovia -Sección 1ª. 19 de marzo de 2019 [ECLI: ES:APSG:2019:157] y Burgos -Sección 3ª- 23 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:APBU:2020:807]; o los Autos de las Audiencias Provinciales de La Coruña -Sección 4ª- 11 de julio de 2017 [ECLI: ES:APC:2017:834A] y Santa Cruz de Tenerife -Sección 4ª- 22 de mayo de 2018 [ECLI: ES:APTF:2018:391A], o las Sentencias de los Juzgados de Primera Instancia de Segovia. núm.2- 28 de julio de 2017 [ECLI: ES:JPII:2017:219] y 9 de mayo de 2018 [ECLI: ES:JPII:2018:98],. Una tesis que también ha sido acogida por muchos autores: v. entre otros, PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», 13 de mayo de 2015, *Diario La Ley* [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 3249/2015], pg.14; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., 2015, cit., pgs.243, 260, 263-264, 317-318, 321 y 323-325; HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo XXX. La conclusión del concurso. El problema de la insuficiencia de masa activa», en GARCÍA-CRUCES, J.A. (coord.), *Jurisprudencia y concurso (Estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017 [disponible en versión electrónica: *Tirant on Line* TOL6.097.268], 6.2.1; CUENA CASAS, M., 2018, cit., pgs.162-164; PUIGSERVER ASOR, C. 2018, cit., pgs.139-140 y 148-149; VALDÉS PONS, S. 2019, cit., II, 2º; BASTANTE GRANELL, V., 2019, cit., pg.214. Se trata, al cabo, de la postura a la que parecieron adscribirse los Magistrados especialistas en concursos en sus reuniones del año 2016, de cuyas actas se desprendían dos conclusiones principales: a) que solo los deudores que intentaban el acuerdo extrajudicial de pagos debían tener acceso a la exoneración parcial y escalonada del ordinal quinto del artículo 178-*bis* de la Ley Concursal; b) que quienes no reunieran los requisitos legales para intentar un acuerdo extrajudicial de pagos (excepción hecha de los “consumidores” que entraran en concurso antes de la vigencia de las reformas de 2015) solo podían tener acceso a la exoneración global e inmediata. Como puede apreciarse, no se daba una respuesta precisa para el caso de quien no intentara el acuerdo pese a poder haberlo hecho; pero de la solución a los dos supuestos anteriores parece poder colegirse que quedaría excluido, al menos, de la exoneración escalonada, vía plan de pagos.

finalmente, el expediente no siguiera su curso por la falta de una auténtica propuesta de arreglo a los acreedores (como requeriría el ordinal cuarto del referido artículo)⁴². Puede colegirse pues que el Alto Tribunal mantiene una distinción entre la exégesis del término “*intentar*” empleado en el ordinal tercero y la del utilizado en el ordinal cuarto del artículo 178-bis de la Ley Concursal. Una distinción que podría responder a un fundamento legítimo al que más adelante se aludirá, pero que, a lo que ahora interesa, aunque solo sea por evidentes motivos de congruencia (se trata de idéntica expresión empleada, en el mismo contexto, en dos ordinales sucesivos del mismo párrafo de un solo artículo), resultaba bastante forzada. Mas, sea como fuere, parece dejar bien a las claras que ese “intento” a que aludía el ordinal tercero del artículo 178-bis.3 de la Ley Concursal era un requisito legal ineludible para acceder a la exoneración⁴³.

Por otro lado, la solución elegida por el Texto Refundido suscita otra serie de reparos de carácter sustantivo. Sin insistir en las consideraciones efectuadas *supra* [en el apartado III, 2.1 c)], en relación con la situación de práctica indefensión en que quedarían los acreedores (en especial los titulares de créditos concursales ordinarios y subordinados, que no fueran de Derecho

⁴² Así se desprende con notoria claridad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:897], cuyo Fundamento Jurídico 2º.5, declara lo siguiente: “*El requisito del ordinal 3º se refiere a que se hubiera instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, que al verse frustrado, dio paso al concurso consecutivo, a cuya conclusión por insuficiencia de activo el deudor interesa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De modo que, a los efectos del ordinal 3º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos. [...] Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos*”.

⁴³ Esta interpretación fue corroborada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020 [ECLI: ES:TS:2020:2071], Fundamento Jurídico 2º.4. Repárese, no obstante, en que la complejidad de la labor exegética que requería el artículo 178-bis.3 de la Ley Concursal y la extrema finura de los matices distintivos que obligaba a realizar ha llevado incluso a que se alcancen diferentes lecturas en torno a esta toma de posición del Tribunal Supremo, como la de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 15ª- de 9 de abril de 2019 [ECLI: ES:APB:2019:3386], que centraba el foco de atención exclusivamente en el hecho de que el intento real y efectivo de acuerdo extrajudicial solo permitía eludir el pago del 25% de los créditos ordinarios (precisamente, la tesis que ahora triunfa en el TRLC), sin que reparara, al parecer, en que tal resultado partía de la premisa de que, antes, se había debido “instar” al menos el inicio del expediente. Así se expresaba con nitidez en el Fundamento Jurídico 2º.3 STS 13 de marzo de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:897]: “*El apartado 3 del artículo 178 bis de la Ley Concursal regula los requisitos para que se pueda obtener este beneficio. Los tres primeros son comunes, y el cuarto y quinto son alternativos. En nuestro caso, no se discute el cumplimiento de los requisitos comunes: el concurso no ha sido declarado culpable; el deudor no ha sido condenado por sentencia penal firme por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, ni de falsedad documental, y tampoco constan diligencias penales pendientes relativas a estos delitos; y el concurso consecutivo ha venido precedido de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos*”. También la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 2 de julio de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:2253], en su Fundamento Jurídico 2º.2, parte de esta idea: “*De este modo, para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario en primer lugar que, con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1.º, 2.º y 3.º del apartado 3 del artículo 178 bis de la Ley Concursal: el concurso no haya sido calificado culpable; el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; y se haya acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso*”.

público ni por alimentos), ante la escasa entidad de los eventuales incentivos que tendría el deudor para avenirse a intentar el acuerdo preconcursal, lo cierto es que difícilmente podría refutarse que no parece la solución más justa y acorde con el espíritu de la disciplina. Repárese en que el planteamiento de la Ley de emprendedores, al que el Texto Refundido parece volver en este extremo, venía claramente condicionado por la decisión de excluir a los “consumidores” del acuerdo extrajudicial de pagos. Por este motivo su recurso solo podía valer como incentivo para gozar de una exoneración más conveniente, no como presupuesto para beneficiarse de ella. Establecido el acceso de esta categoría de deudores al acuerdo extrajudicial por las reformas de 2015, el riesgo de dejarlos fuera de la exoneración se disipa. Pero, por encima de cualquier otra consideración: ¿cómo puede considerarse de buena fe y merecedor de este beneficio, siendo tratado como los demás deudores, a quien, pudiendo acudir a un arreglo extrajudicial con los acreedores para evitar el concurso, se deja ir sin más o se va directo a un procedimiento concursal con liquidación de su patrimonio, generando con ello una serie de nuevos costes y reduciendo el nivel de satisfacción de los acreedores concursales no privilegiados especiales? El agravio comparativo respecto de los que sí procuraron el remedio del acuerdo extrajudicial es evidente.

Repárese, a mayor abundamiento, en que la pérdida de relevancia de este expediente preconcursal a la hora de configurar la posición del deudor como de buena fe o merecedor del beneficio de la exoneración no es meramente aparente. Y ello porque no parece que dicho problema pueda verse resuelto por el hecho de que la realidad diaria nos muestre que, en una parte cuantitativamente muy significativa de los casos en que el deudor no ha accedido por voluntad propia al acuerdo extrajudicial de pagos, concurren a la sazón elementos (incluso, presunciones atacables, como la que deriva del incumplimiento del deber de solicitar el concurso, ex artículo 444.1º TRLC) para calificar su conducta como culpable en una eventual apertura de la sección de calificación del concurso. No creo que pueda justificarse la exclusión del acuerdo extrajudicial como presupuesto de la exoneración desde el punto de vista sustantivo sobre la base de que, de todas formas, en estos casos el deudor caería igualmente en la negativa de acceso a este beneficio por haber agravado la insolvencia con su actitud dolosa o gravemente culposa (recuérdese que ya tenía que estar en insolvencia, actual o inminente, para poder plantearse la petición de acuerdo extrajudicial: artículo 631.1 TRLC)⁴⁴. Desde esta línea de

⁴⁴ Desde luego, las conductas de deudor que excedan del concepto normativo de la buena fe (tenga este la extensión que tenga) y merezcan cierto reproche pueden (y deben) enjuiciarse bajo el prisma de una posible culpabilidad del concurso. En este sentido se expresa FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «Para qué sirven las leyes (A propósito de la STS de 2 de julio de 2019 sobre el alcance de la exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley Concursal)», 2019, *Diario La Ley*, nº 9469 [disponible en versión electrónica: *laleydigital*, La Ley 9092/2019], V. Pero ni mucho menos eso significa que acaben fundando en todo caso una sentencia de culpabilidad, ante la ausencia de presunciones directamente relacionadas con tales conductas y la necesidad de acudir a la cláusula general del artículo 442 del Texto Refundido de la Ley Concursal (CUENA CASAS, M., 2018, cit., pgs.165-166, y, de la misma autora, 2020, cit., pg.20). Todo lo más, podría llevar a obtenerse en los supuestos de flagrante e irresponsable sobreendeudamiento activo por parte del deudor (SENDRA ALBIÑANA, A., 2018, cit., Cap.2, II, 2.1.2; BASTANTE GRANELL, V., 2019, cit., pg.190; SENENT MARTÍNEZ, S., 2020, *RDCyP*, cit., pg.5, y, comentando el Texto Refundido de la Ley Concursal, «Artículo 487. Presupuesto subjetivo», cit., pg.2096). En este sentido, resulta particularmente interesante la toma de postura de la Audiencia Provincial de León -Sección 1ª- ante una serie de supuestos (vgr.: SSAP León 3.1.2020 [ECLI: ES:APLE:2020:12],

argumentación, la referencia a quien no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial previo del artículo 488 quedaría ceñida al deudor que, reuniendo los requisitos formales de los artículos 632 y 634 del Texto Refundido de la Ley Concursal, no había acudido a este expediente por imposibilidad de ofrecer un acuerdo a los acreedores consistente y mínimamente aceptable por estos, es decir, porque su solicitud a este respecto en modo alguno podía ser considerada un “intento”, con el alcance atribuido por nuestro Alto Tribunal.

Sin embargo, no parece ni mucho menos que con la regulación actualmente vigente pueda establecerse una ecuación entre no intentar el acuerdo extrajudicial pudiendo haberse ofrecido a los acreedores algún tipo de solución a la insolvencia que se arrastra y la existencia de dolo o culpa grave en la agravación de la insolvencia. Por lo pronto, porque el hecho de que este arreglo concluya, a lo sumo, si llega a su buen fin, resolviendo e incluso eliminando la insolvencia, no significa, en una línea opuesta, que no alcanzar su buen fin por la razón que fuere, o no llegar siquiera a intentarse (tratándose, como se trata, de un recurso potestativo para el deudor) suponga de por sí agravarla. No solo no existe una presunción legal de culpabilidad del concurso directamente derivada de este supuesto (puede haberla, como se ha dicho, por la vía oblicua del incumplimiento del deber de pedir el concurso del artículo 444.1º TRLC, que ni siquiera garantizaría el rechazo automático del acceso a la exoneración, ex artículo 487.2.1º TRLC). Es que, además, la regulación misma de este beneficio nos aporta claros indicios de que el espíritu de la norma no parece casar bien con esta idea, sino que va más bien en una dirección opuesta. Obsérvese que el Texto Refundido contempla el intento de acuerdo extrajudicial como un estímulo para una exoneración más ventajosa aun a sabiendas de que, para llegar hasta esa tesitura, ha debido ser preciso que tal intento fracasara y desencadenara un concurso. La norma no se ocupa de lo que acontece una vez celebrado el acuerdo extrajudicial, con lo que ni por asomo establece la menor distinción en función de las causas por las que un eventual fracaso del acuerdo hubiera podido haberse producido. Sin perjuicio de la crítica que ello suscite, se mantiene abierta la posibilidad de acceder a la exoneración (para la que, no se olvide, resulta preciso superar el filtro que supone que el concurso no haya sido declarado culpable), aun partiendo de la idea de que, sobre el papel, puede haberse producido un fracaso en la ejecución del acuerdo propiciado incluso por un incumplimiento imputable al deudor. En suma: hubiese sido por completo incongruente (ni siquiera consecuente con la intención de regular *id quod plerumque accidit*), por un lado, dejar abierta la opción de gozar de este beneficio pese a haber pasado previamente por un acuerdo extrajudicial de pagos incumplido, y, sin embargo, por otro lado, considerar implícitamente afecto a las consecuencias de la culpabilidad de un concurso, a efectos de la exoneración, a quien ni siquiera hizo el intento por llegar a tal acuerdo.

15.1.2020 [ECLI: ES:APLE:2020:53] y 25.3.2020 [ECLI: ES:APLE:2020:402]) de deudores con una situación de sobreendeudamiento desproporcionado derivada de haber contratado financiación sin una explicación razonable, pese a tener ingresos regulares; afirma la Audiencia que ello no presupone ni condiciona de por sí calificación culpable del concurso, pero, si no se justifica el motivo de este endeudamiento excesivo y activo por parte concursado, puede dictarse una sentencia de culpabilidad, toda vez que solo el deudor ostenta la disponibilidad probatoria para ello.

1.2. El riesgo de agravamiento de la situación con la incorporación de la Directiva de Reestructuración e Insolvencia

En otro orden de consideraciones, conviene resaltar en este punto un dato que puede tener una influencia determinante en un futuro no muy lejano: con la aprobación de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia parece tomar cuerpo definitivamente la idea, que ha contado incluso con algunos defensores bajo el régimen de la Ley Concursal, de que la exoneración no debe depender tanto del nivel de pasivo finalmente satisfecho como de la capacidad de pago demostrada o de la previsible al fijar el plan de pagos consecuencia de la aplicación del ahora denominado “*régimen especial*”⁴⁵. Así, el artículo 20.2 de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia establece:

⁴⁵ Tal idea era defendida pese a la aparente claridad del mandato del artículo 178-bis.6 de la Ley Concursal. Cfr., en la “jurisprudencia menor”, la postura seguida por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP 5 de abril de 2018 [ECLI: ES:APB:2018:2088] en algún caso en que los recursos embargables del deudor, consistentes en una parte mínima de su salario, eran tan escasos que el esfuerzo que se le exigiría con un plan de pagos que contemplara la liquidación de todo el pasivo exonerable, “*sería desproporcionado con el exiguo beneficio que obtendrían los acreedores*”; o el Auto de la Audiencia Provincial de 10 de febrero de 2020 [ECLI: ES:APB:2020:704A]), en el que se afirma, atendiendo a los criterios del artículo 178-bis.8 de la Ley Concursal: “*Resumiendo, en nuestra interpretación, el plan de pagos ha de tener por finalidad la satisfacción íntegra de los créditos no exonerados, pero, atendidas las circunstancias del caso, si los ingresos embargables del deudor no permiten pagar la totalidad, bastará con que este destine la mitad (o la cuarta parte) de dichos ingresos a satisfacer dichos créditos. Si no hay circunstancias que excluyan esta posibilidad, el juez deberá aprobar el plan de pagos, lo que exige conocer con detalle las condiciones personales y económicas del deudor*”. Incluso la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) 2 de julio de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:2253] parecía acogerse a ella, en su Fundamento Jurídico 4º.4, tomando como referente la inclinación mostrada en este sentido por la Unión Europea: “*En atención a estas consideraciones, entendemos que, en principio, la exoneración plena en cinco años (alternativa del ordinal 5.º) está supeditada, como en el caso de la exoneración inmediata (alternativa del ordinal 4.º), al pago de los créditos contra la masa y con privilegio general, aunque en este caso mediante un plan de pagos que permite un fraccionamiento y aplazamiento a lo largo de cinco años. Sin perjuicio de que en aquellos casos en que se advirtiera imposible el cumplimiento de este reembolso parcial, el juez podría reducirlo para acomodarlo de forma parcial a lo que objetivamente podría satisfacer el deudor durante ese plazo legal de cinco años, en atención a los activos y la renta embargable o disponible del deudor, y siempre respetando el interés equitativo de estos acreedores (contra la masa y con privilegio general), en atención a las normas concursales de preferencia entre ellos*”. En un sentido opuesto, cfr. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla -Sección 5ª- de 6 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:APSE:2017:2819], o Valladolid -Sección 3ª- 17 de enero de 2019 [ECLI: ES:APVA:2019:115]; e incluso, en otras ocasiones (y con distintos ponentes respecto de las anteriormente citadas) la propia Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencias de 14 y 15 de enero de 2020 [ECLI: ES:APB:2020:178, y ECLI: ES:APB:2020:204, respectivamente], en las que se sostiene: “*En este plan de pagos, el concursado ha de comprometerse a satisfacer en el plazo que estime oportuno, pero con un máximo de cinco años, la totalidad de créditos no exonerables. Para atender a esos pagos, el plan deberá exponer con la mayor precisión posible los recursos económicos y patrimoniales de los que dispone para cumplir sus compromisos.[...]Las alegaciones que realiza el concursado respecto de sus rentas e ingresos actuales, así como de las limitaciones que prevé el párrafo 8 del artículo 178 bis de la Ley Concursal, no le pueden eximir, a priori, del deber legal de cumplir con el plan de pagos, por lo que esas circunstancias patrimoniales deberán evaluarse en su caso y en su día, cuando concluya el plazo que el propio deudor ha establecido en el plan de pagos*”. En la doctrina predominó la opinión de que el plan de pagos habría de contemplar la satisfacción de todo el pasivo no exonerable; véanse, entre otros, RUBIO VICENTE, P.J., 2016, cit., III.2; HERNÁNDEZ SAINZ, E., 2017, cit., 6.2.1; SENDRA ALBIÑANA, A., 2018, cit., Cap.3, II, 2.4.1; LATORRE CHINER, N., 2018, cit.,II, 4.; con una visión bastante más crítica, CUENA CASAS, M., 2018, cit., pgs.178-179.

“Los Estados miembros en que la plena exoneración de deudas esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores”.

Dicho de otra manera: con la incorporación de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia debería tenerse en cuenta la capacidad económica del deudor a la hora de programar el plan de pagos (de fijar “*la correspondiente obligación de reembolso*”) mediante el que se da ejecución a la exoneración escalonada: de tal suerte que ya no se trataría de que el Juez pudiera otorgar el beneficio si, al analizar si ha habido un cumplimiento del plan de pagos, verifica que al menos se ha llevado a cabo un sincero esfuerzo de pago acorde con la capacidad económica del deudor, aunque se hubieran dejado deudas sin saldar. Es que antes, durante el período de ejecución del plan de pagos (cfr. Cdo.74) y, lo que resulta más determinante, incluso desde un primer momento, *ex ante*, desde la concesión misma de la exoneración con carácter provisional (en la misma resolución judicial, *ex artículo 496.3 TRLC*), debería ponderar el esfuerzo a imponer al deudor, no en función de los créditos considerados legalmente como *no exonerables*, sino de lo que de ellos se estime que este va a poder terminar pagando efectivamente durante el plazo de vigencia del plan de pagos (que con la transposición de la DRI, *ex artículo 21*, habría de ser con carácter general de tres años máximo, a contar desde dicha resolución). En fin: el propio Juez podría prescindir del pago de algunos créditos pendientes legalmente *no exonerables*, sin contar para ello con el consentimiento individual de los acreedores, ni siquiera el acuerdo por mayoría de pasivos y arrastre subsiguiente del resto.

Esta idea no parece haber sido acogida por el Texto Refundido. Antes al contrario, como ya se indicó *supra* [apartado III, 2.1 c)], las referencias normativas a la posibilidad de que el plan de pagos mediante el que obtener la exoneración pueda tener un contenido variable (cfr. artículos 493: “*un plan de pagos de la deuda que no quedaría exonerada*”; 495.2: “*calendario de pago de los créditos que, según esa propuesta, resulten exonerados*”; 497.1 *in initio*: “*el plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecha*”), no debieran entenderse como una concesión al deudor (y, de igual modo, al Juez) para que determine al fijarse el plan de pagos, según las circunstancias, y, en concreto, según la capacidad de pago previsible del deudor, cuáles son las deudas *no exonerables* por Ley (de entre los créditos contra la masa y los concursales privilegiados generales, a añadir los restantes de Derecho público y por alimentos) que se estiman atendibles y cuáles resultará razonablemente imposible satisfacer durante el plazo de ejecución de dicho plan. Con el Texto Refundido en la mano, el plan de pagos debe diseñarse con la pretensión (es de suponer que razonablemente sustentada en datos objetivos, no meramente impostada) de que toda la deuda legalmente no exonerable con vencimiento inferior a cinco años debe acabar abonándose. De lo contrario, habría de negarse este beneficio parcial y cerrar el concurso con los efectos del artículo 484 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Así pues, que el plan

pueda ser variable no significa que sea disponible en este punto, puesto que tales referencias simplemente pretenden poner de relieve que aún es posible que dicho programa de pagos incluya ciertos créditos que, en principio, son exonerables: créditos ordinarios o subordinados no públicos ni alimenticios (así se completa expresamente la alusión a la “*parte de los créditos*” que incluye el plan o que quedará “*insatisfecha*”, según los casos, en los artículos 495.1 y 497.1º TRLC).

Por lo que se ha apuntado, da por lo tanto la impresión de que el Texto Refundido habrá de ser modificado para ajustarse a los mandatos de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia en el sentido indicado, recogiendo alguna fórmula de exoneración para el deudor, de buena fe y conducta honesta, que desde que acaece la causa de conclusión del concurso se muestre previsiblemente imposibilitado de allegar, durante el plazo de duración del plan de pagos que pudiera fijársele, recursos suficientes con que cubrir todo lo no exonerable⁴⁶.

Pues bien, precisamente por ello, entiendo que, con más motivo aún, debería resultar exigible un intento de acuerdo extrajudicial de pagos como demostración de la buena voluntad del deudor de arreglo con los acreedores antes de caer en un concurso con un final tan amargo para estos y tan sumamente beneficioso para aquel. De lo contrario, la exoneración acaba convirtiéndose en un “coladero” y pierde por completo el trasfondo moralizante que tenía bajo la Ley Concursal. Téngase presente, por lo demás, que el recurso al acuerdo extrajudicial de pagos como presupuesto para la exoneración de deudas no parecería resultar contrario a los mandatos de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia. Ya se encuadre dentro de la idea de buena fe o conducta honesta (artículo 23.1 DRI), ya se quiera mantener al margen (artículo 23.2 DRI), no parece que la Directiva, atendiendo a su impronta general de flexibilidad con los Estados miembros a la hora de establecer limitaciones o restricciones a dicha exoneración bajo la que ha quedado finalmente redactada (y por más que formalmente se conciban como “*excepciones*” a la regla general de permisividad de la plena liberación de deudas), impida recoger como carga para disfrutar la exoneración el intento de acuerdo extrajudicial de pagos si se reúnen las condiciones precisas para ello. Repárese en que únicamente se requiere que tales salvedades se hallen “*bien definidas*” (lo que podría ser un claro argumento en favor de la necesidad de mantener taxativamente conceptos cerrados, que no se dejen a la libre apreciación de la instancia de decisión que corresponda) y estén “*debidamente justificadas*”. Es más, hay alguna referencia expresa (en un sentido enunciativo) a antecedentes fácticos que en este contexto pudieran dejar entrever esa conclusión, por poder considerarse en cierto modo análogas al hecho de intentar alcanzar tal arreglo, estando en condiciones de hacerlo: “*los esfuerzos realizados por el empresario para abonar la deuda*” (Cdo.79)⁴⁷.

⁴⁶ Así se ha afirmado ya por algunos autores. Véanse, entre otros, SENDRA ALBIÑANA, A., 2018, cit., Cap.4, II; CUENA CASAS, M., 2020, cit., pgs.9-10; SENENT MARTÍNEZ, S., 2020, RDCyP, cit., pgs.7-9, y, por este mismo autor, comentando el Texto Refundido de la Ley Concursal, «Artículo 493. Presupuesto objetivo especial», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg.2112. En el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona -núm.3- de 22 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JMB:2020:68A], incluso se optó directamente por interpretar la disciplina contenida en el Texto Refundido conforme al espíritu que deja traslucir la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia en este punto.

⁴⁷ Hay que decir que en general la opinión de los autores en este punto no resulta muy favorable al mantenimiento del acuerdo extrajudicial de pagos como elemento normativo de la exoneración.

2. El supuesto del deudor que carece de recursos para pagar al caer en insolvencia, pero que puede comenzar a allegar activos durante el concurso

La irrelevancia legal de la conducta del deudor en los momentos previos a su declaración de concurso a efectos de la obtención de la exoneración del pasivo, más allá de los hechos que puedan fundamentar su calificación como culpable, parece tener como trasfondo la conveniencia de ofrecer una solución equitativa ante un problema relativamente habitual en los concursos de determinadas personas físicas que, por las circunstancias en que se encuentran, en modo alguno puede considerárseles deshonestos o carentes de buena fe en este contexto. Un problema al que también da la impresión de haber querido dar la misma respuesta (conforme, se insiste, con consideraciones de estricta justicia material) el Tribunal Supremo, en especial en su pronunciamiento de 13 de marzo de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:897], si bien con una solución distinta, como ya se dijo, pero algo forzada. Me refiero al caso del deudor “no culpable” que no está en condiciones de intentar efectivamente alcanzar un acuerdo extrajudicial con los acreedores cuando cae en insolvencia porque carece de medios que ofrecer como pago de sus créditos, siquiera sea en su mínima expresión, pero, que, avanzado el concurso, encuentra una fórmula para recibir ingresos regularmente con los que, poco a poco, puede y manifiesta su predisposición a ir saldando, al menos en parte, sus deudas⁴⁸.

Desde luego, abierto el concurso, y aunque se apreciara de manera evidente antes de su declaración una insuficiencia de masa activa presente, cabría mantener formalmente el procedimiento en un permanente estado de liquidación, de tal suerte que la parte embargable de esos ingresos periódicos futuros fuera empleándose, poco a poco, para pagar a los acreedores en el orden marcado al efecto por los artículos 429 a 440 del Texto Refundido de la Ley Concursal (cfr. asimismo, el artículo 472 TRLC)⁴⁹. Sucede, sin embargo, que en la mayoría de

Bien es cierto que esta conclusión se fundamenta en muchas ocasiones con argumentos que tienen más que ver en realidad con el requisito concerniente a la exigencia de un determinado umbral de pasivo satisfecho; o se vincula a las situaciones de insuficiencia de masa, en que, lógicamente (y como se expone más adelante en el texto, aun con una propuesta de solución distinta), carece de sentido plantear al inicio de un expediente condenado al fracaso, por lo que debiera optarse directamente por procurar la liquidación de los escasos activos disponibles que en ese instante tenga el deudor y la exoneración de todo el pasivo que quede pendiente sin más. V., entre otros, LATORRE CHINER, N., 2018, cit., IV; CUENA CASAS, M., 2020, cit., pgs.10-11 y 24-25; SENENT MARTÍNEZ, S., 2020, *RDCyP*, cit., pgs.6 y 12.

⁴⁸ De hecho, no han faltado quienes han justificado la negación al intento de acuerdo extrajudicial de la condición de presupuesto para la obtención de la exoneración en el hecho de que carecía de sentido exigirlo en los deudores respecto de los que se podría saber de antemano que no era posible que alcanzaran ningún tipo de acuerdo con los acreedores (RUBIO VICENTE, P.J., III, 1, quien añadía, además, el exceso al que, por otra parte, llevaba tal exégesis, al permitir el acceso a este beneficio aun cuando finalmente se incumpliera de manera culposa o dolosa el acuerdo).

⁴⁹ Conviene dejar sentado desde un primer momento que el supuesto que se plantea puede reproducirse con relativa facilidad si se tiene en cuenta, en especial, el contexto económico-financiero de salida de la crisis y de mejora económica generado en España desde las proximidades de la mitad de la pasada década (que a todas luces se verá reproducido cuando se supere la pandemia del COVID-19). En ese escenario, alimentado además por una reforma laboral que hace ganar gran dinamismo al mercado de trabajo, así como por la predisposición de medidas para robustecer el papel en la economía de los autónomos y pequeños empresarios, resulta perfectamente imaginable que un deudor, por mala que fuera su situación económica, ya en concurso, y no muy amplio el lapso de tiempo transcurrido desde que cayera en insolvencia,

estos casos el ritmo al que se iría procediendo a los pagos sería tan pausado que la prolongación del procedimiento concursal (que sobre el papel podría estimarse justificada a los efectos del artículo 427 TRLC) apenas satisfaría el interés de buena parte de los acreedores, que además tendrían que asistir inamovibles ante el hecho de que los gastos mismos que provocaría esa pervivencia *sine die* del concurso (que de alguna manera siempre podría condicionar la vuelta del deudor a una vida económica activa normal, sujeto para colmo a una suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales) absorberían buena parte de los escasos ingresos disponibles. Por otro lado, tampoco parece razonable ni justo que esos ingresos queden fuera del concurso sujetos a la posibilidad de ejecución aislada por parte de los acreedores (incluso los concursales *no concurrentes*) más audaces o con mayor capacidad de reacción (*ex* artículo 484 TRLC), ostentaran la calificación o la clasificación que ostentaran en el concurso ya concluido o en uno futuro. Una concurrencia de ejecuciones aisladas que, por superar en cuantía los ingresos no embargables que se vendrían percibiendo, conduciría de inmediato de nuevo ante otro concurso (*reapertura* del anterior, *ex* artículo 504 TRLC), dando lugar así a un bucle de difícil solución⁵⁰.

En tal tesitura, pues, parece que la solución más ajustada a los intereses en presencia pasa por permitir que el deudor que voluntariamente solicite acogerse al régimen de exoneración parcial y escalonada pueda así, durante un período de tiempo inmediatamente posterior a la conclusión del concurso, demostrar haber tomado una “rutina” de pago regular de las deudas dedicando para ello un porcentaje importante de sus ingresos regulares a ir saldando parte del pasivo pendiente (al menos parte del legalmente *no exonerable*) conforme a un plan de pagos que desemboque en una exoneración definitiva si finalmente el Juez lo estima cumplido o, en otro caso, si se comprueba haber hecho un esfuerzo merecedor de ello.

Ahora bien, esta línea de actuación presentaba bajo la vigencia de la Ley Concursal un problema que podría erigirse en insalvable: la exégesis del artículo 178-*bis*.3 de la Ley Concursal (sobre todo, sus ordinales tercero a quinto), conforme a la cual para acceder a la exoneración en cualquiera de sus modalidades parecía indispensable haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos si el sujeto en cuestión reunía los requisitos establecidos para ello. En la mayoría de estos casos se entendía que el deudor cumplía sin dificultades las exigencias explícitamente establecidas en el artículo 231 de la Ley Concursal para solicitar ese arreglo extraconcursal. Pero tal intento no llegaba a cuajar en una propuesta admisible, pues su lamentable situación financiera y patrimonial apenas le daba, si acaso, para cubrir los gastos, no muy cuantiosos por lo general, que provocaba la activación misma del expediente. No habría, como tal, un intento real de acuerdo extrajudicial de pagos, con lo que no se podría aspirar a una exoneración.

Como se viene diciendo, tanto la postura del Tribunal Supremo como la del Texto Refundido de la Ley Concursal parecen ir en la misma dirección: la consistente

comenzara a percibir o previera que, de continuar con la dinámica de ocupación ya iniciada, podría comenzar a recibir ingresos con cierta regularidad, aun en muy modesta cuantía.

⁵⁰ Un buen exponente de esta situación puede encontrarse en el caso tratado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 5ª- de 5 de abril de 2018 [ECLI: ES:APB:2018:2088].

en dar acogida a estos supuestos, aunque por caminos diferentes. El Tribunal Supremo (STS 13 de marzo de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:897]) distingue entre un intento-instancia del ordinal tercero, que sí habría en este tipo de casos, y un intento-presentación de propuesta “*seria*” y “*efectiva*” de pago, del ordinal cuarto, que faltaría. El deudor podría así acogerse a la exoneración “inmediata” en el caso (más que improbable) de que hubiera podido saldar durante el concurso todo el crédito contra la masa, el privilegiado y un 25% del ordinario. Si no, tendría el recurso del plan de pagos y de la exoneración inicialmente “*provisional*” y posteriormente “*definitiva*”. Los artículos 488 y 493 del Texto Refundido de la Ley Concursal, en cambio, optan por la ruta más directa de eliminar el acuerdo extrajudicial como requisito *sine qua non* para acudir a la exoneración.

Ambas líneas de actuación son indudablemente aptas para resolver este problema, pero ocasionan “daños colaterales” de mayor consideración aún. Como se ha visto, el Texto Refundido de la Ley Concursal capitidisminuye la importancia de la buena fe, y, en consecuencia, permite acogerse a este beneficio a quien, pese a haber eludido la calificación del concurso como culpable y las circunstancias excluyentes del artículo 493 del Texto Refundido de la Ley Concursal, a todas luces no parece haberlo merecido, por no haber mostrado predisposición a someterse a un arreglo preconcursal con los acreedores estando en condiciones para ello. El modo de proceder del Tribunal Supremo, por su parte, desvirtúa sensiblemente el acuerdo extrajudicial de pagos, al autorizar su inicio como un simple trampolín a la exoneración. Sacrifica su función en el panorama concursal español al autorizar que se convierta en un expediente impostado, al que se acude aun a sabiendas de que no servirá para nada, y en el que se despilfarran el tiempo y los recursos públicos y privados sin el mínimo rubor (puede que no en los Juzgados, por el momento, pero sí por parte de notarios, registradores, mediadores concursales, acreedores, etc...), para acabar finalmente donde, es de suponer, debería pretender evitar ese arreglo: en el concurso de acreedores.

V. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* ACORDE CON EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA

Los problemas que se han planteado en el apartado IV podrían haber sido resueltos por el Texto Refundido, de una manera, a nuestro juicio, bastante más satisfactoria, acudiendo una solución respetuosa con el espíritu de la disciplina, que mantuviera pues la buena fe como epicentro del sistema, y que, a mayor abundamiento, evitara convertir el acuerdo extrajudicial de pagos en un expediente desnaturalizado e inútil. Una solución que, precisamente por respetar las líneas generales de actuación de la disciplina de la Ley Concursal, y por implicar, lisa y llanamente, una resolución de una controversia suscitada por una defectuosa redacción de las normas al respecto, entraba dentro de las atribuciones del poder ejecutivo. Y, que, en cualquier caso, antes de que la actual configuración del régimen acabe por causar en la realidad diaria mayores estragos, debiera establecerse vía modificación legal, ya sin el corsé impuesto por las limitaciones constitucionales intrínsecas de un Texto Refundido. Sin ir más lejos, al hilo de la reforma que ha de abordarse para incorporar la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia. Téngase en cuenta en este sentido que, como también se ha destacado en el subepígrafe IV.1.2 anterior, la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia parece mostrar una postura a lo sumo neutral, y en modo alguno contraria, ante la recepción por los Estados miembros

de determinadas condiciones de acceso a la exoneración de deudas fundadas en la incuria del deudor a la hora de buscar soluciones negociadas con los acreedores a su situación de insolvencia en los momentos previos a su entrada en un procedimiento concursal⁵¹.

A este respecto, sería posible plantear diversas fórmulas encaminadas a alcanzar, directa o indirectamente, el resultado pretendido. Ahora bien, sin perjuicio de que todas ellas ofrezcan soluciones técnicas que hagan posible devolver al acuerdo extrajudicial de pagos el protagonismo en la figura de la exoneración de deudas que no debió haber perdido con el Texto Refundido de la Ley Concursal, parece conveniente centrar la atención en la respuesta al problema que resulte más consecuente con los intereses en presencia. En este sentido, quisiera destacar las siguientes ideas, que vendrían a ejercer como premisas de la solución a proponer *de lege ferenda*:

- La solución que se ofrezca no debe erigirse en una barrera de acceso a la exoneración a quien carece de una capacidad de pago estimada para abonar todo el pasivo no exonerable en los años en que pudiera ponerse en práctica un plan de pagos. Así parece desprenderse del espíritu de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, conforme a lo ya expuesto. Es más, incluso resultaría acorde con este espíritu permitir que se acogiera a este beneficio quien careciera de capacidad de pago alguna a este respecto, aunque pare ello se hiciera preciso evidenciar (mediante la demostración de la concurrencia de algún presupuesto adicional fijado *ad hoc*) no haber incurrido en comportamientos reprochables en la conformación de su activo y, en especial, de su pasivo.

- La solución debe reponer el intento extrajudicial de pagos, directa o indirectamente, como una *condicio iuris* para la exoneración de deudas cuando el deudor reúna las condiciones requeridas para instarlo. Bien entendido que, siguiendo la línea ya en parte señalada por el Tribunal Supremo, por tal “intento” debería considerarse la sincera pretensión del deudor, debidamente formalizada conforme a lo establecido por los artículos 631 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal, de presentar ante sus acreedores, y asimismo de alcanzar, una vez formulada, una alternativa seria y efectiva de solución a su insolvencia. De tal suerte que un eventual fracaso en dicha tentativa no se sustente en maniobras obstruccionistas o posturas intransigentes por su parte.

- La solución debe evitar generar disfuncionalidades en otras parcelas de nuestra regulación concursal o generar efectos “colaterales” indeseados (por demasiado gravosos) en aspectos distintos de la exoneración de deudas. En este sentido, resulta ineludible referirse a la estrecha relación que, configurada la exoneración como un beneficio merecido, cabe entablar entre esta figura y la calificación de culpabilidad del concurso. No cabe duda de que tal calificación como consecuencia de la conducta seguida por el deudor respecto del acuerdo extrajudicial supondrá en muchos casos el (justo) elemento impediendo del acceso a la extinción del pasivo finalmente insatisfecho. Pero no por ello parece oportuno que el enjuiciamiento de la conducta merecedora o no de este beneficio

⁵¹ La previsión en general de soluciones negociadas entre el deudor y sus acreedores a los problemas de endeudamiento fue también analizada por el Banco Mundial como una “*alternativa informal a los procedimientos de insolvencia*” que siguen muchos Ordenamientos jurídicos. V. las conclusiones obtenidas de ese análisis en BANCO MUNDIAL, 2014, cit., apartados 128-138 y 402-405, pgs.246-251 y 343-344, respectivamente.

se haga descansar exclusivamente sobre el resultado de esta sección del concurso, sea con el alcance que tiene actualmente la definición de la culpabilidad, sea con una ampliación que sitúe la falta de intento de acuerdo extrajudicial de pagos, pudiendo haberse hecho, como una de las presunciones (atacable o no) de los artículos 443-444 del Texto Refundido de la Ley Concursal (o del artículo 702 TRLC, junto a la relativa a la presentación de documentos falsos o gravemente inexactos a la solicitud o durante el expediente). Dicha ampliación podría parecer a todas luces excesiva, tanto por lo que respecta a sus efectos (que excederían claramente del contexto de la exoneración de deudas) como por lo que atañe a la fundamentación misma de su inclusión, habida cuenta de que el recurso a este expediente preconcursal es (y debiera seguir siendo, sin perjuicio de su elevación a la categoría de carga a los exclusivos efectos de la liberación final de las deudas impagadas) potestativo. Más ajustado a los intereses en juego y al objetivo perseguido en relación con la exoneración, en cambio, sería la inclusión de una nueva presunción atacable de culpabilidad anudada al incumplimiento imputable al deudor del acuerdo extrajudicial, una vez cerrado; tal medida agilizaría la tramitación de la sección de calificación cuando ha habido conductas reprochables del deudor (a decir verdad la incidencia de esta modificación sería casi exclusivamente probatoria, pues no cabe duda de que en la mayoría de los casos tal conducta habría contribuido a agravar la insolvencia) y colocaría en igualdad de plano, aunque en principio solo a efectos de una eventual solicitud de exoneración del deudor persona física, el reproche a quien no procura alcanzar un acuerdo, pudiendo hacerlo, y a quien se acoge voluntariamente a este expediente y logra cerrarlo, pero luego no aplica la voluntad o la diligencia exigibles por que llegue a buen fin [se trataría, además de un supuesto que sí aparece aludido por la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia -artículo 23.2 a)- como un exponente de conducta justificativa de una limitación o restricción a la exoneración].

- La solución ha de procurar que la figura del acuerdo extrajudicial de pagos recupere en la realidad diaria la significación con la que fue concebida: un expediente de recurso voluntario ideado para resolver una insolvencia sobre la base de un arreglo extraconcursal con una mayoría del pasivo, auspiciado y supervisado por una instancia supuestamente ajena a los implicados y experta en la materia. En este punto, es preciso evitar en la medida de lo posible que este recurso alternativo al concurso sea víctima de su propio colapso, derivado del hecho de que su solicitud se convierta en un mero salvoconducto formal hacia la exoneración, de forma que el deudor lo presente únicamente con ese designio, y aun con el conocimiento de que en modo alguno llegará a buen término. La solicitud ha de ser un requisito innecesario para la exoneración y debe poder rechazarse de plano si se puede comprobar desde un primer momento que no es posible ofrecer a los acreedores un acuerdo que mejore, aunque sea en algo, la perspectiva general de cobro de sus créditos. Lo contrario atestaría las oficinas de las instancias destinatarias de la petición y de los mediadores concursales con expedientes inútiles, condenados a su fracaso, y, a efectos de una pretendida exoneración, pospondría peligrosamente en el tiempo, en todo caso, la valoración sobre si realmente hubo un intento sincero y factible de arreglo o no.

Sentadas estas ideas, el verdadero punto de conflicto de la disciplina actual se encuentra en el hecho de que hay una divergencia entre los requerimientos

establecidos por el Texto Refundido de la Ley Concursal expresamente para poder entrar en el expediente, solicitando la designación de un mediador concursal, y lo que materialmente va a ser preciso a la postre para lograr un arreglo con los acreedores. Es preciso cohonestar esos dos datos; una convivencia que debiera pasar por favorecer el aspecto sustantivo y finalista de la regulación de este recurso preconcursal. Esto es, considerando que carece de sentido admitir que el expediente siga su curso si, desde un primer momento, es posible advertir que no conducirá a nada, pues no hay posibilidad de ofrecer el más mínimo grado de satisfacción a los acreedores por falta de activos. En estos casos debería considerarse incumplido un presupuesto material implícito para el acceso al acuerdo extrajudicial de pagos, a sumarse a los expresamente dispuestos por el derogado artículo 231 de la Ley Concursal, hoy artículos 631, 632 y 634 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Quede claro que este presupuesto se halla claramente aludido tanto por la regulación derogada como, más si cabe aún, por la actual. El artículo 231 de la Ley Concursal hablaba de iniciar un procedimiento *“para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores”*. El ahora vigente artículo 631 del Texto Refundido de la Ley Concursal, con mucho mayor apego a la realidad, especifica que la solicitud inicial tiene un objetivo inmediato en principio menos pretencioso: *“el nombramiento de un mediador concursal para tratar de alcanzar”* el referido arreglo. Pero con todo, tanto antes como ahora, da la impresión de que en modo alguno tales redacciones pretenden dar a entender que, junto a los requisitos textualmente impuestos para acceder al acuerdo (como *“presupuestos”* y *“prohibiciones”*) haya de considerarse también exigible el hecho de que sea razonablemente posible alcanzarlo, con el contenido que sea, porque la situación económica del deudor permita dar alguna respuesta, aun parcial o con demora, a la insolvencia. Por ello sería altamente conveniente que en una próxima modificación legislativa concursal se explicitara la existencia de este requisito material de un modo claro e indubitado, como uno más de acceso a la solicitud⁵². Las mismas instancias destinatarias de la petición debieran comprobar su presencia o poner de manifiesto su falta, rechazando en este último caso darle curso. A estos efectos, en principio, la mera lectura y confrontación de los datos ofrecidos por el deudor en su solicitud, según consta en el modelo aprobado reglamentariamente, debieran resultar suficientes⁵³.

⁵² V., en un sentido análogo al que se propugna en el texto, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., 2019, cit., pgs.7-8, 18 y 27.

⁵³ En realidad, la medida indicada ya fue propuesta, al objeto de constatar *“la existencia de bienes y derechos del solicitante suficientes para tramitar el procedimiento extrajudicial con posibilidades de alcanzar un acuerdo con los acreedores”* y determinar así *“la procedencia de la negociación del acuerdo extrajudicial”*, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 25/2015 [cfr. las enmiendas núm. 99 y 147, de *Convergència i Unió* y del *Grupo Parlamentario Socialista*, respectivamente (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, de 10 de junio de 2015, núm. 137-2, págs. 78 y 111)], si bien solo referida al deudor persona natural no empresario o profesional y en un contexto general de reforma que otorgaba relevancia a tal insuficiencia de bienes solo en caso de que se incumpliera el plan de pagos inicialmente fijado por la vía de la exoneración provisional (cfr. asimismo, Enmiendas núms.83, 84, 92, del *Grupo Catalán*; y 12, 129 y 130, del *Socialista*); además, en el caso del *Grupo Catalán*, se pretendía que pudieran acceder a la exoneración solo los que reunieran los requisitos precisos para pedir el acuerdo extrajudicial, si bien el intento o la celebración de este último dejaba de considerarse trascendente a estos efectos. Sea como fuere, y aunque pudiera considerarse una respuesta al problema realista, a tenor de lo dispuesto por el artículo 640 del Texto Refundido de la Ley

Así pues, para dejar zanjado el problema hubiera bastado con efectuar una interpretación amplia de la referencia contenida en el derogado artículo 178-*bis*.3, ordinales tercero y cuarto, de la Ley Concursal (en los que, con esta exégesis, el término “intentar” sí que habrían tenido idéntico alcance) y plasmarla en el articulado del Texto Refundido. O, en una futura reforma de los artículos 631, 632 y 634 del Texto Refundido de la Ley Concursal, sería suficiente con añadir a los requisitos para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos, junto a los ya expresamente establecidos, este presupuesto, ahora implícito, en la misma norma: disponer, en el momento en que se presenta la solicitud o previsiblemente en los meses sucesivos [hasta diez años de espera consiente el artículo 667.1 a) del Texto Refundido de la Ley Concursal] de algún activo o fuente de ingresos previsible no embargable con el que poder ofrecer la liquidación de alguna porción del pasivo a los acreedores. Congruentemente con ello, la regulación de la exoneración del pasivo debiera ser adaptada a esta nueva exigencia, recogiendo, entre los presupuestos para acceder a la misma, la solicitud de acuerdo extrajudicial (configurado como un componente más de la buena fe, o como un elemento adicional a esta).

En resumen, la construcción propuesta dejaría el panorama jurídicamente atendible, ante la cuestión del intento de un acuerdo extrajudicial de pagos planteada a propósito de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho presentada por un deudor cuyo concurso no ha sido calificado como culpable, frente a tres posibles situaciones subjetivas imaginables, de las que el problema del deudor sin recursos al caer en insolvencia se integraría en la tercera:

- En primer lugar, se encontrarían los deudores que, pudiendo haber acudido al acuerdo extrajudicial por reunir los requisitos legalmente establecidos para ello, formales y materiales, no lo hacen. Deben quedar excluidos del beneficio de la exoneración.
- En segundo lugar, se hallarían los deudores que habrían intentado el arreglo extrajudicial (aunque hubiera fracasado por causas que no le resultaran imputables), o aquellos que no lo hicieron porque, al caer en insolvencia, la Ley entonces vigente no se lo permitía, aunque en el instante de pedir la exoneración sí hubieran podido presentar la pertinente solicitud de designación de mediador concursal (señaladamente, los *consumidores* en

Concursal, hay que reconocer que esta comprobación inicial no aseguraría en todo caso que las solicitudes de algunos deudores no pudieran continuar su curso, debido fundamentalmente a que la única fuente de información es el propio peticionario. Situación ante la que corresponderá al mediador concursal en última instancia corroborar, al verificar la realidad y exactitud de los datos sobre activos y pasivos facilitados por el deudor (sobre la base de una interpretación lógica, sistemática y finalista de lo establecido por los artículos 659, 660 y 705.2 TRLC; este último precepto referido solo al deudor “*persona natural que no tenga la condición de empresario*”), si es posible alcanzar algún tipo de acuerdo y rechazar la continuación del expediente en caso negativo (incluso sin necesidad de esperar a que se agoten los plazos -máximos- marcados para considerar frustrada esta vía de arreglo con los acreedores, como parece requerir el artículo 705.2 TRLC). Rechazo este último que no habría evitado que previamente se hubieran activado los efectos legalmente establecidos para el caso de comunicación al Juzgado del nombramiento de mediador concursal (artículos 588, 589 y 591-595 TRLC), ante lo que debiera considerarse el concurso posterior, *ex artículo 695 a) TRLC*, como *consecutivo* (así se hace en el concreto supuesto previsto por el artículo 705.2 TRLC); aunque en verdad tal conclusión únicamente adquiriera sentido en relación con el juego, en su caso, de la presunción de culpabilidad del artículo 720, dado que el resto de la disciplina especial prevista en los artículos 697 y siguientes resultaría inaplicable o podría verse suplantada con la misma eficacia por la dispuesta en los artículos 470 a 472 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

concurso cuando entraron en vigor las reformas de 2015; o cualquier deudor, incluidos los empresarios o profesionales si hubieran sido declarados en concurso antes de la entrada en vigor de la LAE). Estos disfrutarían del mayor favor legislativo: podrían acudir a la exoneración inmediata si han podido saldar en el concurso la totalidad de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados. Si no llegan a ese nivel de satisfacción, tendrían abierta la vía de la exoneración parcial y condicionada al cumplimiento de un plan de pagos.

- En tercer lugar, se situarían los deudores que no han intentado un acuerdo extrajudicial porque carecen de los requisitos habilitantes para ello, incluida la imposibilidad de ofrecer una propuesta de pago de alguna porción del pasivo a los acreedores. Ocuparían un lugar intermedio, pues no puede decirse que hayan despreciado la solución convenida con los acreedores, pero tampoco puede ignorarse que la ausencia de los requisitos para acudir a este expediente preconcursal (vgr.: tener un pasivo superior a cinco millones, haber caído en reinsolvencia por nuevas deudas pese a haber cumplido un acuerdo extrajudicial de pagos previo, haber sido declarado en concurso necesario, haber tenido que acudir antes a alguna fórmula de reestructuración vía acuerdo de refinanciación,...) se deba en todo caso (más bien al contrario en la mayoría de las ocasiones) a factores naturales o consustanciales a su personalidad, o a causas sobrevenidas e inevitables completamente ajenas a su conducta individual. Por ello, sobre la base de una visión flexible de la figura favorecedora de su aplicación, y siempre que no quedara constancia de que la conducta seguida no era merecedora de este beneficio (por ejemplo, en el caso de la exoneración por la vía del plan de pagos, por concurrir alguno de los requisitos negativos del actual artículo 493 TRLC), debe permitírseles el acceso a la exoneración a la finalización de su concurso, si bien con un régimen algo más severo que los concursados de la anterior categoría: pueden pretender obtenerla de manera inmediata, pero siempre que hayan abonado, además de la totalidad de los créditos contra la masa y los concursales privilegiados, al menos una cuarta parte de cada uno de los créditos concursales ordinarios. Y en el caso (más que previsible) de que no alcanzaran ese umbral, aún les quedaría la opción de pedir la exoneración parcial y escalonada, si bien entonces sería conveniente otorgar un margen de actuación suficientemente discrecional al Juez para ponderar, junto con la capacidad económica del concursado, los motivos por los que incurrieron en alguna de las situaciones impeditivas de un acuerdo extrajudicial (aun no siendo obstativos de la exoneración). De tal suerte que tal conjunto de factores fundamente su decisión a la hora de fijar los términos del calendario programado de pagos y, en su caso (máxime si, con la incorporación de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, el programa no va a tener por qué pretender el pago de todo el pasivo no exonerable), la deuda que debe intentarse satisfacer y la queda excluida por imposición judicial desde el instante mismo de la conclusión del concurso⁵⁴.

⁵⁴ Con esta propuesta de solución un deudor mínimamente ordenado y que, por lo tanto, conozca con detalle su situación y sepa sin lugar a la duda que se halla en las circunstancias indicadas, puede abstenerse de solicitar siquiera el nombramiento de un mediador concursal, puesto que no parece exigible que acuda a un expediente del que se sabe de antemano que no puede seguir su curso; aparte de que su apertura misma puede retrasar injustificadamente la petición de concurso, con los riesgos a ello inherentes. Por supuesto, será preciso corroborar tal

Una exclusión que incluso podría llegar a la totalidad del pasivo pendiente en los casos extremos de una ubérrima honestidad del deudor en que no se atisbe posibilidad de que pueda allegar recursos de algún tipo, aun claudicante durante un plazo de sujeción a una eventual revocación por las causas indicadas en el artículo 498 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BANCO MUNDIAL, «Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons» [versión original disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/17606/ACS68180WPOP120Box0382094B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>], *Nota introductoria* y versión traducida al español por GARRIDO, J.M., 2014, *ADCo*, nº 31, pgs.187-356
- BASTANTE GRANELL, V., «La segunda oportunidad del consumidor insolvente: primeros «bosquejos judiciales» sobre el concepto de buena fe», en CARBALLO FIDALGO, M. (coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores: Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Barcelona, Bosch, 2019, pgs.177-241
- BENAVIDES VELASCO, P., «Algunas reflexiones acerca de la nueva norma comunitaria sobre exoneración de deudas», en CARBALLO FIDALGO, M. (coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores: Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Barcelona, Bosch, 2019, pgs.143-176
- BENAVIDES VELASCO, P., «Nuevas «oportunidades» para una regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho», 2018, *RDCyP*, nº28, pgs.73-104 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 19384/2017]
- CAMPUZANO, A.B., «La segunda oportunidad y su incidencia en el sobreendeudamiento de las personas físicas en el ordenamiento jurídico español», en GARCÍA BARTOLOMÉ, D., PACCHI, S., Y PÉREZ BLANCO, G. (coords.), *Estudios sobre derecho de la insolvencia*, León, Eolas, 2017, pgs.664-681
- CAMPUZANO, A.B., «Capítulo 1. El derecho de la insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos», en SANJUÁN, E. y CAMPUZANO, A.B. (coords.), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pgs.39-83.
- CARRASCO PERERA, A., «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, nº13 [disponible en versión electrónica: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>]

circunstancia cuando se entre en concurso, a cuyo efecto resultarán determinantes, junto a la documentación que el deudor mismo debe aportar al solicitarse (o declararse) el concurso, la información complementaria que se recabe de este en cumplimiento de los deberes contenidos en los artículos 134 y 135 del Texto Refundido de la Ley Concursal, así como el informe de la administración concursal (artículo 493.2º TRLC). Quede claro que, en última instancia, será el propio concursado el que cargue con la prueba de que no reunía los requisitos para acudir a un acuerdo extrajudicial cuando entró en insolvencia, en cuanto de ello depende que se le permita el acceso a la exoneración planteada a su instancia (artículos 489.2, 490 y 496.3 TRLC, cuyo tenor, como se apuntó *supra*, en la nota 40, no parece contradecir los mandatos de la DRI).

- CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales», *RDCyP*, 2016, nº25, pgs.22-58 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 6027/2016]
- CUENA CASAS, M., «Segunda oportunidad: ¿qué pasa si el deudor no puede intentar un acuerdo extrajudicial de pagos?», en *Blog ¿Hay Derecho?*, 13 de junio de 2016, disponible en <https://hayderecho.com/2016/06/13/segunda-oportunidad-que-pasa-si-el-deudor-no-puede-intentar-un-acuerdo-extrajudicial/>, pgs.1-4
- CUENA CASAS, M., «Capítulo 3. La insolvencia de las personas físicas», en SANJUÁN, E. y CAMPUZANO, A.B. (coords.), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pgs.121-185
- CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE)2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español», 2020, *RDCyP*, nº32, pgs.39-69 [disponible en versión electrónica: *smarteca*, pgs.1-39]
- ESTEBAN RAMOS, L., «¿Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad?», 2019, *RDCyP*, nº31, pgs.333-344 [disponible en versión electrónica: *laleydigital*, La Ley 8056/2019, pgs.1-17]
- ESTEBAN RAMOS, L., «Segunda oportunidad: ahora más necesaria que nunca», 2020, *RDCyP*, nº33, pgs.297-310 [disponible en versión electrónica: *laleydigital*, La Ley 8720/2020, pgs.1-18]
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «Para qué sirven las leyes (A propósito de la STS de 2 de julio de 2019 sobre el alcance de la exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley Concursal)», 2019, *Diario La Ley*, nº 9469 [disponible en versión electrónica: *laleydigital*, La Ley 9092/2019, pgs.1-28]
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «El acuerdo extrajudicial de pagos no tiene quien le escriba (Notas sobre el tratamiento del acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal)», 2020, *RDCyP*, nº33, pgs. 91-116 [disponible en versión electrónica: *laleydigital*, La Ley 8519/2020, pgs.1-28]
- FERREÑO SEOANE, A., «Aspectos prácticos del Acuerdo Extrajudicial de Pagos. EL beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho», en CARBALLO FIDALGO, M. (coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores: Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Barcelona, Bosch, 2019, pgs.303-325
- GARCÍA VALDECASAS, J.A., «Informe Junio 2019. Registros Mercantiles. Número de mediadores a nombrar en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos», [disponible en versión electrónica: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/informe-junio-2019-registros-mercantiles-numero-de-mediadores-a-nombrar-en-el-aep/>]
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M., «Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016», 2017, *ADCo*, nº40, pgs.445-449

- HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Capítulo XXX. La conclusión del concurso. El problema de la insuficiencia de masa activa», en GARCÍA-CRUCES, J.A. (coord.), *Jurisprudencia y concurso (Estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017 [disponible en versión electrónica: *Tirant on Line* TOL6.097.268]
- MUÑOZ PAREDES, A., *Aspectos prácticos del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2020
- LATORRE CHINER, N., «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», 2016, *ADCo*, nº37, pgs.163-193 [disponible en versión electrónica: *Aranzadi Instituciones*: BIB 2015\17173]
- LATORRE CHINER, N., «El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda (1) oportunidad», 2018, *RDCyP*, nº29, pgs.65-82 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 5836/2018]
- NIÑO ESTÉBANEZ, R., «La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos», 2018, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, nº2, pgs.20-34
- ORRICO SÁNCHEZ, I., «El acuerdo extrajudicial de pagos como requisito para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho. Una incógnita todavía sin resolver», 2018, *Actualidad Civil*, nº3 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 2506/2018]
- PUIGSERVER ASOR, C. «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», en PUIGSERVER ASOR C. y ADÁN DOMENECH, F., *La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas*. Barcelona, Bosch, 2018, pgs.121-165
- PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», 13 de mayo de 2015, *Diario La Ley* [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 3249/2015, pgs.1-18]
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Derecho Concursal», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 23ª ed., Madrid, Tecnos, 2020, pgs.777 a 940
- RUBIO VICENTE, P.J., «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», 2016, *RDCyP*, nº 24, pgs. 99-131 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* La Ley 56/2016]
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El acuerdo extrajudicial de pagos», 2014, *ADCo*, nº32, pgs.11-64 [disponible en versión electrónica: *Aranzadi Instituciones* BIB 2014\679]
- SENDRA ALBIÑANA, A., *El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018 [disponible en versión electrónica: *Tirant on Line*: documento TOL6.529.559]
- SENENT MARTÍNEZ, S., «Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones», 2020, *RDCyP*, nº32, pgs. 167-177 [disponible en versión electrónica: *smarteca*, pgs.1 a 13]

- SENENT MARTÍNEZ, S., «Artículo 487. Presupuesto subjetivo», en PULGAR EZQUERRA. J. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Las Rozas, La Ley, 2020, pgs.2095-2097
- SENENT MARTÍNEZ, S., «Artículo 493. Presupuesto objetivo especial», en PULGAR EZQUERRA. J. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Las Rozas, La Ley, 2020, pgs.2110-2113
- UNCITRAL, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, 2004 [disponible, en versión española, en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf, pgs.1-462], ,
- VALDÉS PONS, S. «El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho ex artículo 178. bis de la Ley Concursal», 2019, *Diario La Ley*, nº 9437 [disponible en versión electrónica: *laleydigital* - YANES YANES, P., «Artículo 178 bis», en PULGAR EZQUERRA, J., (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2016, pgs.1911-1923