



REVISTA LEX MERCATORIA  
ISSN 2445-0936



Vol. 14, 2020. Artículo 6  
<https://doi.org/10.21134/lex.v0i14.1856>

# ALGUNAS CUESTIONES RELEVANTES QUE SUSCITA LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, EN MATERIA DE INSTRUMENTOS DE ALERTA, EXONERACIÓN DE DEUDAS Y SEGUNDA OPORTUNIDAD

---

**Josefa Brenes Cortés**

*Prof<sup>a</sup> Titular de Derecho mercantil  
Universidad de Sevilla*

## Resumen

En este trabajo se analiza con carácter general la regulación de algunas de las cuestiones interesantes que establece la Directiva 2019/1023 de 20 de junio de 2019 sobre instrumentos de alerta temprana y exoneración del pasivo insatisfecho con objeto de proponer las opciones regulatorias que consideramos más adecuadas para su transposición en el Derecho español y que, indudable, exigirán determinadas modificaciones en nuestra Ley Concursal.

**Palabras clave:** Directiva 2019/1023 de 20 de junio de 2019, concurso de acreedores, instrumentos de alerta temprana, segunda oportunidad, exoneración de pasivo insatisfecho.

## I. Introducción

El 26 de junio de 2019, el Diario Oficial de la Unión Europea publicó la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 -en adelante Directiva sobre reestructuración e insolvencia DRI-<sup>1</sup>

La propia Directiva fija tres objetivos fundamentales: 1) Garantizar que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que permitan continuar su actividad;

2) que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un periodo de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad: 3) que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular, con el fin de reducir su duración. En principio, esta regulación no se aplicará a personas físicas que no tengan la condición de empresarios. No obstante, los Estados miembros podrán ampliar la aplicación de los procedimientos de exoneración de deudas también para personas físicas insolventes que no sean empresarios. Se excluyen los empresarios del sector financiero, los organis-

mos públicos y las personas<sup>2</sup>

La DRI entró en vigor el pasado 16 de julio de 2019. Como norma general, el plazo para su transposición por los Estados miembros es de dos años, aunque se prevé la posibilidad de solicitar a la Comisión una prórroga máxima de un año justificando la existencia de especiales dificultades para la aplicación de la Directiva. No obstante, como excepción a lo anterior, las previsiones relativas a la utilización de medios electrónicos de comunicación en los procedimientos de reestructuración e insolvencia se podrán transponer en el plazo de entre 5 y 7 años.

El legislador de la Unión Europea cuenta con escasas posibilidades de establecer un marco normativo común para el Derecho concursal y preconcursal, puesto que los sistemas legislativos de los Estados miembros tienen trayectorias legislativas históricas muy diversas que dificultan mucho una armonización propiamente dicha.

No obstante, una mínima convergencia se considera imprescindible para contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior e impedir que se frustre el ejercicio de las libertades fundamentales de circulación de capitales y de establecimiento, que se ven amenazadas en ausencia de un marco común que disponga de una serie de instituciones y principios comunes. Para dar cumplimiento a esa finalidad, las directrices comunitarias siguen dos líneas de actuación. La primera consiste en la redacción de un sistema de

<sup>1</sup> DOUE L 172, de 26 de junio de 2019.

<sup>2</sup> No obstante, el artículo 1.4 de la DRI, establece que determinados empresarios quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en atención a su actividad en los términos previstos en su art. 1.2. Así, quedan excluidas: a) Las empresas de seguros o de reaseguros, tal como se definen en el art. 13, puntos 1 y 4, de la Directiva 2009/138/CE; b) entidades de crédito tal como se definen en el art. 4, apartado 1, punto 1, del Reglamento (UE) núm. 575/2013; c) empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, tal como se definen en el artículo 4, apartado 1, puntos 2 y 7 del Reglamento (UE) núm. 575/2013; d) entidades de contrapartida central, tal como se definen en el artículo 2, punto 1, del Reglamento (UE), núm. 648/2012; e) depositarios centrales de valores, tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, punto 1, del Reglamento (UE), núm. 909/2014; f) otras entidades y entes financieros recogidos en el art. 1, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/59/UE; g) organismos públicos con arreglo al Derecho nacional.

normas de conflicto destinadas a regular la competencia judicial y las remisiones a la ley material que debe aplicarse en materia de insolvencias, su reconocimiento y ejecución. Este sistema queda recogido en el vigente Reglamento 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia<sup>3</sup>. Y, la segunda, abordar por medio de Directivas las líneas de armonización que deberán seguir los Estados miembros a la hora de desarrollar su Derecho interno en determinadas materias, lo que ha dado lugar a la DRI.

Se trata de una Directiva de mínimos, que deja margen a los Estados miembros para decidir cómo transponer determinados aspectos. Tiene en cuenta las peculiaridades del Derecho propio de cada Estado miembro, por lo que otorga un cierto margen de flexibilidad y la posibilidad de optar, en su caso, entre las concretas alternativas que ofrece. En otros casos, sin embargo, la DRI obliga directamente a los Estados a implementar un determinado procedimiento concursal o preconcursal, en términos estrictos, dado que las diferencias normativas existentes entre los países miembros demandan un mayor grado de armonización en los procedimientos de reestructuración, exoneración de deudas, insolvencia e inhabilitación, con el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior de la Unión, la resiliencia de las economías europeas, la reducción de plazos (así como los costes de evaluación y reestructuración) y las medidas que pueden incidir en el man-

tenimiento y creación de puestos de trabajo. Pretende garantizar, en primer lugar, que empresas y empresarios viables en dificultades financieras (insolvencia inminente) accedan a marcos efectivos de reestructuración preventiva, evitando la insolvencia; en segundo lugar, que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas (segunda oportunidad); y en tercer y último lugar, mejorar la eficacia de los procedimientos, en especial, reduciendo su duración. La regulación contemplada en la DRI no sólo va a afectar al Derecho preconcursal (o de "reestructuración preventiva"), sino también a todo el Derecho concursal e, incluso al Derecho societario.

El Considerando 1 señala que la falta de armonización de las normas sobre insolvencia en los Estados miembros de la Unión Europea genera incertidumbres que producen un efecto disuasorio para los inversores, que obstaculiza la libertad de establecimiento de las empresas y el fomento del espíritu empresarial y perjudica el correcto funcionamiento del mercado interior<sup>4</sup>.

Con el objetivo de reducir estas incertidumbres, la Directiva actúa en tres ámbitos: los sistemas de alerta temprana, los marcos de reestructuración preventiva y la exoneración de deudas para los empresarios individuales. El legislador comunitario es plenamente consciente de la necesaria introducción en los distintos Ordenamientos internos de instrumentos de alerta temprana que

<sup>3</sup> DOUE L 141/19, de 5 de junio de 2015. Este Reglamento ha sustituido al Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, DOCE núm. 160, de 30 de junio de 2000

<sup>4</sup> Este Considerando dispone expresamente que «El objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitación. La presente Directiva pretende eliminar tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración».

permitan advertir las dificultades financieras del deudor e instrumentos de exoneración y segunda oportunidad.

En el presente trabajo pretendo realizar el análisis de carácter general de algunas de las cuestiones interesantes que establece la Directiva en las materias concretas de instrumentos de alerta y de segunda oportunidad.

## II. Instrumentos de alerta temprana

Bajo la expresión «herramientas de alerta temprana», el legislador comunitario designa aquellos instrumentos de detección y prevención cuya función sea dar a conocer, al propio deudor y a sus acreedores, la situación de dificultades financieras que atraviesa una empresa, con la finalidad de promover una reacción a tiempo que evite la insolvencia, teniendo en cuenta que las pymes, destinatarias principales de esta normativa, tienen recursos muy limitados para contratar expertos que les ayuden a identificar y prevenir eficazmente tales situaciones<sup>5</sup>. Aparecen regulados en el artículo 3 DRI bajo el rótulo de “Alerta temprana y acceso a la información”. Este precepto establece expresamente que:

«1. Los Estados miembros velarán porque el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana claras y transparentes que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora.

*A los efectos del párrafo primero, los Estados miembros podrán utilizar tecnologías de la información actualizada para las notificaciones y comunicaciones.*

2. Las herramientas de alerta temprana podrán incluir lo siguiente:

a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos;

b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados;

c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa.

3. Los Estados miembros garantizarán que los deudores y los representantes de los trabajadores tengan acceso a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana así como de procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas.

4. Los Estados miembros velarán porque exista a disposición del público en línea, información sobre la posibilidad de acceder a herramientas de alerta temprana, y que dicha información sea fácilmente accesible y presentada en un formato sencillo de consultar, en especial para las pymes.

<sup>5</sup> A la importancia de los instrumentos de alerta temprana en las pymes hace referencia el Considerando 17 DRI que señala expresamente que «Las empresas, en particular las pymes, que representan el 99 % de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos».

5. *Los Estados miembros podrán proporcionar apoyo a los representantes de los trabajadores para evaluar la situación económica del deudor».*

Como podemos advertir, la regulación que se contempla en este artículo pone de manifiesto que el legislador comunitario es consciente de la necesaria introducción de herramientas de alerta temprana que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inmediata, con el objeto de advertir al deudor de la necesidad de actuar sin demora. Estas herramientas pueden incluir en términos generales: 1) Mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos (típicamente a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social); 2) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados, para aconsejar qué hacer al deudor que se ve en esa situación; 3) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinen-

te sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa.

Tales mecanismos estarían orientados a evitar una insolvencia inminente, o para el supuesto de empresas cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, procurar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación<sup>6</sup>. De ello se deduce que se ha adquirido conciencia, por tanto, pese a su importancia, de la escasez de mecanismos de alerta temprana a disposición del deudor que le permitan anticipar su propia insolvencia de manera que se evite la puesta en marcha de mecanismos ordenadores de esta que, frecuentemente, van a implicar, de entrada, su total desapoderamiento y el nombramiento de un liquidador<sup>7</sup>.

Con la finalidad de orientar la actividad del legislador de los Estados miembros se prevé que los mecanismos de alerta temprana que se contemplan puedan implicar que terceros tengan acceso

<sup>6</sup> Así lo pone de manifiesto el Considerando 22 DRI en el que se establece que «Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Debe facilitarse información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva, así como sobre una o más herramientas de alerta temprana con el fin de incentivar a aquellos deudores que empiezan a sufrir dificultades financieras a que tomen medidas a tiempo. Las herramientas de alerta temprana que adoptan la forma de mecanismos de alerta que indican cuándo el deudor no ha efectuado determinados tipos de pago podrían activarse, por ejemplo, debido a un impago de impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social. Dichas herramientas podrían ser desarrolladas por los Estados miembros o por entidades privadas, siempre que se cumpla su objetivo. Los Estados miembros deben facilitar en línea, por ejemplo, en un sitio o página web específicos, información relativa a las herramientas de alerta temprana. Los Estados miembros deben poder adaptar las herramientas de alerta temprana en función del tamaño de la empresa y establecer disposiciones específicas de alerta temprana para grandes empresas y grupos de empresas que tengan en cuenta sus peculiaridades. La presente Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de dichas herramientas de alerta temprana». 7<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación en su nueva redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. No obstante, aún existen litigios pendientes de resolver en los Tribunales que exigen la aplicación de la misma por razones temporales.

<sup>7</sup> Vid. Considerando 24 del la Directiva: «El marco de reestructuración debe estar a disposición de los deudores, entre ellos las entidades jurídicas y, si así lo dispone la normativa nacional, también las personas físicas y los grupos de empresas, para que puedan hacer frente a sus dificultades financieras en un momento temprano, cuando resulta posible prevenir su insolvencia y garantizar la viabilidad de las actividades empresariales. El marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador. A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la insolvencia inminente y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial».

a información pertinente sobre el deudor. Tal sería el caso de contables, administraciones públicas -Agencias tributarias y de la Seguridad Social- que advierten al deudor sobre su evolución negativa (artículo 3.2. c de la DRI). También se admite la implicación de los trabajadores a los efectos de detección temprana de las dificultades financieras. A este respecto, los Estados miembros garantizarán que los deudores y los representantes de los trabajadores tengan acceso a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana, así como de procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas y velarán porque esté a disposición del público, en línea, información sobre la posibilidad de acceder a herramientas de alerta temprana y que dicha información sea fácilmente accesible y presentada en un formato sencillo de consultar, en especial para las pymes (art. 3.3 y 3.4 DRI)<sup>8</sup>

Estos mecanismos de alerta temprana constituyen el presupuesto del régimen de negociación para la reestructuración de la deuda en el ámbito de los correspondientes marcos de reestructuración que han de habilitar los Estados miembros. Tales herramientas de alerta deberán, en todo caso, coordinar el concepto de transparencia en la búsqueda de la detección temprana de la insolvencia, con la protección de datos e información empresarial sensible.

Con relación a la alerta temprana y el acceso a la información regulados en el artículo 3 de la DRI, cabe cuestionarse qué circunstancias han de advertirse a través de las herramientas de alerta temprana que se pongan a disposición de los deudores y cuáles son los mecanismos de aler-

ta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados pagos. Parece que lo más lógico, en principio, es adaptar tales herramientas al tamaño de la empresa. Como ya se ha indicado, el objetivo es detectar una posible insolvencia inminente. Entre esas circunstancias pueden citarse los impagos de impuestos a la Agencia Tributaria (y otras Agencias Públicas, autonómicas y locales) y cuotas a la Seguridad Social, también pueden producirse incumplimientos de contratos y/o servicios; penalizaciones, existencia de un elevado nivel de endeudamiento, atrasos en el pago de los salarios, además de lo anterior, estructura inadecuada, problemas funcionales, posible falta de rentabilidad. Otras circunstancias pueden ser las dificultades no financieras que supongan una amenaza real; que se produzcan desviaciones en determinadas ratios financieros de forma que puedan anticiparse estas asimetrías y aplicar a tiempo las medidas económico-empresariales necesarias en tiempo y forma para que pueda dar tiempo a su solución. Al respecto, existen diversas ratios que se pueden emplear: ratio de solvencia, ratio de liquidez, ratio de endeudamiento, ratio de tesorería ("test ácido"), ratio de apalancamiento financiero, ratio de calidad de la deuda, etc.

Junto a los instrumentos señalados anteriormente, una herramienta fundamental de alerta temprana debe ser los denominados "test de solvencia". Esta prueba debe aportar información al deudor de lo lejos que está de una situación de esta naturaleza. La base de estos tests debería centrarse en una serie de elementos objetivos de cumplimiento (por ejemplo, cuotas de la Agencia Tributaria, y de la Tesorería General de la Seguridad Social, pago puntual de salarios, días de pago

<sup>8</sup> El Considerando 23 DRI dispone al respecto «En un intento de reforzar el apoyo a los trabajadores y a sus representantes, los Estados miembros deben velar por que se permita a los representantes de los trabajadores acceder a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana y también deben tener la posibilidad de prestar asistencia a los representantes de los trabajadores a la hora de evaluar la situación económica del deudor».

a proveedores, días de cobro a clientes...) y de su evolución en los últimos tres ejercicios. A estos elementos objetivos deberíamos añadirle unos subjetivos en forma de una previsión para los próximos dos años, ofrecida por el deudor y conocida por el experto. Esta previsión generará un comparativo respecto a su realidad en la siguiente prueba anual. Los beneficios de la previsión se reflejarán en la aceptación de la nueva. Debe ser un test sencillo, de fácil realización, adaptado al tamaño de la sociedad. A mayor tamaño, mayor exigencia y diligencia. La conclusión del test debe ser "positivo/negativo," o "positivo con reservas en el tiempo".

Siendo esta la herramienta clave que consideramos que debiera instaurarse, las propuestas siguientes deben verse en relación con lo anterior:

- 1) Dentro del test de solvencia se determinan si existen pagos concretos que no ha cumplido. En función de su naturaleza y motivo, implicará un resultado negativo. Por otra parte, resulta de utilidad también la obtención de certificaciones de encontrarse al corriente en obligaciones con determinados Organismos Públicos, como Agencia Tributaria y Seguridad Social, por cuanto que resultan un indicio de cumplimiento de pagos y obligaciones.
- 2) Por lo que respecta a servicios de asesoramiento, el experto independiente no puede ser a su vez asesor del sometido a examen. No parece que quepa imponer la obligación de contratar servicios profesionales. Debe ser el deudor quien tenga el convencimiento de que debe disponer de ellos. La colaboración de profesionales expertos, consultores, en prevención de la insolvencia podría resultar interesante. Para que la alerta temprana de una situación de insolvencia funcione los agentes sociales deberían pasar siempre por un análisis económico-contable realizado por profesio-

nales al efecto. Principalmente, la obtención de ese análisis económico-contable realizado por un experto independiente y puesto de manifiesto mediante un informe, sería de gran utilidad en la toma de decisiones de contratación con un proveedor o cliente, etc.

3) Por lo que respecta a incentivos a los acreedores, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa, creemos que resultan poco interesantes. Habría que potenciar la existencia de ficheros positivos, no negativos.

4) En lo que atañe al régimen de publicidad que debe darse a las alertas tempranas consideramos que debe ser obligatorio, pero restringido. El resultado del test de solvencia tiene que publicarse en el Registro Mercantil para aquellas empresas que estén obligadas a presentar cuentas anuales. Para el resto, esta publicación debe ser voluntaria. El contenido del test, con los resultados concretos de las alertas, tienen que quedar a disposición de la persona sometida a examen y del economista que lo haya realizado. Su muestra queda a la voluntad del primero o a requerimiento judicial al segundo. Creemos, además, que los tests de solvencia deberían estar, también, a disposición de los trabajadores y de sus representantes. En empresas con un volumen importante de trabajadores, podría encauzarse esta información a través de los comités de empresa, representantes de los trabajadores, de cualquier indicio de insolvencia que se detecte, como, por ejemplo, imposibilidad de pago en un determinado momento de cuotas sociales, de impuestos periódicos, así como impago o retraso de pagos de un cliente importante.

El Título II de la DRI, termina con una norma, el artículo 19, que, en términos muy generales, regula los deberes de los administradores en la fase cercana a la insolvencia. Este precepto les obliga a establecer mecanismos de alerta temprana que permitan detectar dificultades financieras indiciarias de la insolvencia de la sociedad. En este contexto deberán adoptar tales medidas tomando en consideración no sólo el interés de los socios, sino también los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados. Además, los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

La finalidad de este precepto es evitar que en esta fase los administradores adopten decisiones redistributivas en interés de los accionistas y en perjuicio de los acreedores. Así pues, deben adoptar aquellas decisiones económicamente eficientes, que maximicen el mayor valor de la empresa en funcionamiento asociados a la reestructuración, pero en la negociación del reparto de

éste deben seguir defendiendo el interés de los accionistas. En consecuencia, no puede decirse que haya una modificación de sus deberes fiduciarios en sentido estricto, en cuanto que siguen obligados a perseguir el interés social, esto es, a maximizar el valor de la empresa a largo plazo. Sin embargo, dada la situación en la que se encuentra la empresa, los intereses de los acreedores devienen salientes y, por tanto, se legitima a éstos para participar en el gobierno de la empresa.

La DRI, parte de la base de que uno de los elementos fundamentales para la consecución de sus objetivos es el régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad deudora próxima a la insolvencia. Por esa razón, dispone que las autoridades judiciales y administrativas, a la hora de evaluar si dichos administradores obraron con la diligencia debida en el desempeño de su cargo, deben tener en cuenta los deberes que la propia Directiva les impone para proteger a los distintos interesados, si bien, al menos, formalmente, se deja libertad a los Estados miembros para determinar el orden de protección de tales intereses (*vid.* Considerandos 70 y 71)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> El Considerando 70 DRI señala que «*Para seguir promoviendo la reestructuración preventiva, es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables. En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva*». Por su parte, el Considerando 71 dispone que «*En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. Los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva. La presente Directiva no pretende establecer un orden de prelación entre las distintas partes cuyos intereses deben ser tenidos debidamente en cuenta. Ahora bien, los Estados miembros deben poder decidir establecer tal orden. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros relativa a los procesos de toma de decisiones de las empresas*».

El texto finalmente aprobado de la DRI contiene algunos cambios en esta cuestión con respecto al artículo 18 de la Propuesta de Directiva de 2016. En primer lugar, se elimina el requisito consistente en regular esta materia por medio de normas de contenido concreto y determinado<sup>10</sup> y se permite reglamentar mediante cláusulas generales o estándares, que serán efectivas siempre que el conjunto del Ordenamiento jurídico de cada Estado contemple que evitar la insolvencia, la consideración de los distintos intereses que puedan resultar afectados por ella y la conservación de las empresas viables constituyen comportamientos obligatorios para los administradores, cuyo incumplimiento determinaría que incurrieran en responsabilidad. En segundo lugar, se elimina la referencia al deber de evitar o reducir las pérdidas para los distintos interesados, una terminología estrechamente vinculada a la regulación inglesa sobre *wrongful trading* de tradición anglosajona. En tercer lugar, también se produce un cambio en el ámbito subjetivo de aplicación. En relación con esto último el artículo 19 de la DRI se circunscribe a los administradores sociales. No obstante, en alguna ocasión se hace referencia a directivos (por ejemplo, en el Considerando 73), lo que parece deberse a una reminiscencia del contenido de la Propuesta de 2016, que empleaba el término "directivos" con carácter general como sujetos obligados para referirse a los «responsables de la toma de decisiones relativas

a la gestión de la empresa»<sup>11</sup>.

Aunque los destinatarios de los deberes que impone la DRI son los administradores sociales, creemos que tales deberes deben hacerse extensivos a todos los que ejerzan el poder de decisión, es decir, a quienes ejerzan funciones equivalentes a los administradores, tales como los administradores de hecho, los liquidadores y al alto directivo o a quien el Consejo de Administración haya atribuido la gestión diaria (art. 236.4 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital<sup>12</sup> -en adelante LSC-) y que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>13</sup> -en adelante LC- denomina «apoderado general» (arts. 164, 172 bis LC). Las consecuencias del incumplimiento de los deberes que finalmente resultarán para los administradores en esas situaciones sería la atribución de responsabilidad al respecto.

De conformidad con el artículo 19 DRI los deberes de los administradores surgen «en caso de insolvencia inminente». Según dispone el artículo 2.2. DRI este concepto se entenderá con arreglo a la normativa nacional. En nuestro Ordenamiento el apartado tercero del artículo 2 de la LC establece expresamente que «Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles».

<sup>10</sup> La Propuesta establecía que los Estados miembros «establecerán normas».

<sup>11</sup> Vid. Considerando 36 de la Propuesta de Directiva que señala expresamente que «Para garantizar que los acreedores no sufran perjuicios innecesarios, los Estados miembros deben disponer que las autoridades judiciales o administrativas puedan levantar la suspensión de ejecuciones singulares cuando deje de cumplir el objetivo de facilitar las negociaciones, por ejemplo, si se pone de manifiesto que la mayoría necesaria de los acreedores no apoya su continuación. También debe levantarse la suspensión si esta perjudica injustamente a los acreedores, cuando los Estados miembros prevean dicha posibilidad. Los Estados miembros deben poder limitar la posibilidad de levantar la suspensión a aquellas situaciones en las que los acreedores no hayan tenido la oportunidad de ser oídos antes de que entrara en vigor o se ampliara. Los Estados miembros también deben poder prever un plazo mínimo durante el cual no pueda levantarse la suspensión. A la hora de determinar si existe un perjuicio injusto para los acreedores, las autoridades judiciales o administrativas deben poder tener en cuenta si la suspensión hubiera de preservar el valor total del patrimonio, y si el deudor actúa de mala fe o con la intención de causar perjuicio o si, en general, actúa en contra de la confianza legítima de los acreedores».

<sup>12</sup> BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

<sup>13</sup> BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

Por su parte el Considerando 70 de la DRI concibe la reestructuración preventiva como una de las medidas que los administradores deben adoptar para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia cuando la sociedad experimente «*dificultades financieras*» y el Considerando 24 establece que el marco de reestructuración debe estar disponible antes de que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, esto es, cuando «*el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador*», lo que debe entenderse referido al estado de insolvencia actual.

En nuestra opinión, una interpretación teleológica de la Directiva nos lleva a defender que los administradores sociales deben reaccionar tan pronto detecten dificultades de carácter financieras que constituyan un indicio de una insolvencia inminente. Es a partir de ese momento cuando han de adoptar las medidas necesarias para evitar que la sociedad entre en estado de insolvencia. Tales medidas deben tomar en consideración todos los intereses concurrentes y proteger la conservación de la empresa viable<sup>14</sup>.

El artículo 19 de la DRI incide, además, en que los Estados miembros deben garantizar que los administradores sociales en caso de insolvencia inminente cumplan sus funciones no sólo tomando en consideración los intereses de los tenedores de participaciones, es decir, los socios, sino también los intereses de los acreedores y «*otros interesados*». Dentro de esta última expresión deben

englobarse los intereses de todo tipo vinculados al desarrollo de una actividad empresarial (comunidad, proveedores, trabajadores, etc.). Esto significa que los administradores deberán orientar su gestión empresarial teniendo como objetivo alcanzar el equilibrio de todos los intereses presentes en una situación próxima a la insolvencia de la compañía, debiendo calificarse como antijurídica la conducta de quienes sólo tomen en consideración los intereses de uno de los grupos afectados en detrimento de otros. No obstante, determinar si los administradores han actuado ponderando todos los intereses en juego es una cuestión que deberá determinarse en caso de conflicto, caso por caso, por parte del juez.

En síntesis, en materia de deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente, la DRI exige que los Estados miembros se cercioren de que los administradores cumplan sus deberes de tomar medidas dirigidas a evitar la insolvencia (reconocimiento temprano de la crisis, previsión de situaciones de sobreendeudamiento o falta de liquidez, etc.), que tomen en consideración todos los intereses que concurren y que procuren la conservación de la empresa cuando sea viable. En nuestra LC, ya se recogen un conjunto de normas en las que se establecen la obligatoriedad de que los administradores del deudor adopten las medidas necesarias para evitar la insolvencia y que procuren la conservación de la actividad empresarial viable, de modo que el concurso podría calificarse como culpable en aquellos casos en que tales administradores perjudiquen cualquiera de los intereses concurrentes ante una situación de insolvencia próxima y que el legislador anuda al concepto de «*interés del con-*

<sup>14</sup> Al respecto, el Considerando 20 de la Directiva señala que «*Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el. Procedimiento de liquidación*».

curso» (arts. 43 y 44 LC). Así, los artículos 164 y siguientes LC recogen un conjunto de normas con eficacia preventiva-punitiva para evitar actuaciones antijurídicas de los administradores.

En relación con las obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente cabría plantearse si se deberían considerar otros criterios además de los señalados en el artículo y, en caso afirmativo, cuáles serían esos criterios y los motivos que lo justifican. En nuestra opinión, creemos que sí, especialmente todas aquellas actuaciones y verificaciones que engloba el término “diligencia empresarial”, así como la protección de los activos y la utilización de herramientas de alerta. En esta línea, como otros criterios a tomar en consideración pueden señalarse velar por la custodia y gestión de activos de la empresa, en la medida en que estos serán la garantía de una viabilidad futura, o incluso la garantía de cobro de los acreedores.

### III. Exoneración de deudas y segunda oportunidad

La DRI introduce asimismo disposiciones tendientes a aproximar las legislaciones nacionales a efectos de que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas transcurrido un periodo de tiempo razonable para que así puedan acceder a una segunda oportunidad (*fresh start*).

La DRI no incorpora normas vinculantes para los Estados miembros en materia de sobreendeudamiento de los consumidores. No obstante, se recomienda que las disposiciones de la Directiva

en materia de exoneración de deuda se apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible. Al respecto, el Considerando 21 de la Directiva (UE) 2019/1023 establece expresamente que: «*El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la reducción del exceso de deudas. Además, a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario derivadas de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y aquellas en que haya incurrido fuera del marco de esas actividades. Los empresarios no disfrutarían efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial. Por tales razones, aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la presente Directiva en materia de exoneración de deudas*». Pese al carácter flexible de las normas incorporadas en la Directiva sobre exoneración de deudas y segunda oportunidad, representan un incentivo evidente para mejorar la regulación contenida en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social<sup>15</sup>.

La DRI, como ya hemos indicado, pretende llevar a cabo la armonización de las normas de los dis-

<sup>15</sup> BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015.

tintos Estados miembros. En esta línea el Considerando 72 establece que las repercusiones de la insolvencia, especialmente el estigma social, la potencial inhabilitación para ejercer el comercio y la incapacidad para saldar deudas constituyen importantes desincentivos para crear una empresa o intentar una segunda oportunidad. No obstante, las diferencias entre las normas de los Estados miembros podrían incentivar a los empresarios insolventes a trasladarse a otro Estado para disfrutar de plazos de exoneración más cortos o condiciones más atractivas, con quiebra de la seguridad jurídica y de los costes para los acreedores<sup>16</sup>. Es lógico que un mercado interior europeo y una pretendida unión de capitales, requieran como instrumento indispensable que los inversores sepan qué consecuencias tienen para ellos una situación de eventual insolvencia. Así, los empresarios no tendrán incentivos para invertir en aquellos Estados donde el proceso concursal sea largo, costoso y donde tener una segunda oportunidad si fracasan les lleve mucho tiempo. Resulta imprescindible una uniformidad mínima en materia de reestructuración empresarial y exoneración de deudas. Pero lo cierto es que, a nuestro juicio, será difícil de alcanzar en materia de segunda oportunidad de empresarios insolventes porque se deja un amplio margen de regulación a

los legisladores nacionales.

Entre las novedades más destacadas que introduce la Directiva podemos destacar las que a continuación se relacionan. En primer lugar, aunque las disposiciones relativas a la exoneración de deudas sólo se dirigen a los empresarios insolventes, se recomienda, como ya hemos adelantado, que los Estados miembros las hagan extensivas también a los consumidores, en el plazo más breve posible. Tienen la consideración de empresario toda persona física que ejerza una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Creemos que la exclusión de los consumidores de estas disposiciones resulta bastante criticable puesto que un régimen de segunda oportunidad para los consumidores es un potente instrumento para disuadir a los prestamistas en la concesión de préstamos irresponsable<sup>17</sup>. La Unión Europea no ha establecido unas directrices obligatorias, sólo se ha limitado a recomendar y a remitir a un estudio posterior la necesidad de presentar una regulación que afecte al consumidor insolvente. Un régimen de segunda oportunidad que no distinga entre empresarios y consumidores, es decir, cuyo destinatario sea la persona física, que provoque la pérdida de los derechos de los acreedores

<sup>16</sup> El Considerando 72 establece literalmente: «Los empresarios que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o una profesión por cuenta propia, pueden estar expuestos al riesgo de insolvencia. Las diferencias existentes entre los Estados miembros por lo que respecta a las posibilidades en materia de oportunidades de recomenzar de cero podrían incentivar a empresarios sobreendeudados insolventes a trasladarse a un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos con el fin de disfrutar de plazos de exoneración más cortos o de condiciones de exoneración más atractivas, lo que provocaría un aumento de la inseguridad jurídica y de los costes que soportan los acreedores a la hora de cobrar sus deudas. Además, las repercusiones de la insolvencia, especialmente el estigma social, las consecuencias jurídicas como la inhabilitación de los empresarios afectados para emprender y ejercer actividad empresarial alguna, y la continuación de su incapacidad para saldar deudas constituyen importantes desincentivos para los empresarios que desean crear una empresa o contar con una segunda oportunidad, a pesar de que se ha comprobado que los empresarios que devienen insolventes tienen más posibilidades de éxito la vez siguiente».

<sup>17</sup> Vid. en este sentido, CUENA CASAS, M., «La Propuesta de Directiva europea sobre "segunda oportunidad" para empresarios personas físicas» blog hayderecho.com, de 19 de diciembre de 2016, quien considera que tal exclusión es uno de los aspectos más criticables de las reformas incorporadas en la Directiva, pues el sobreendeudamiento del consumidor tiene un gran impacto económico y social. La falta de tratamiento del sobreendeudamiento tiene efectos económicos indeseables como es el incremento de los costes para los Estados en cobertura social y reducción y reducción de la actividad económica por ralentización del consumo.

disuade de conceder préstamos sin una correcta evaluación de la solvencia<sup>18</sup>.

El sistema contemplado en la DRI con relación a los empresarios insolventes no distingue entre pasivo empresarial y pasivo doméstico. Lo que significa que el empresario puede exonerarse toda la deuda que tenga pendiente y no sólo la empresarial (art. 24 DRI). Esta disposición pone de manifiesto la injusticia que supone la exclusión de los consumidores del régimen de exoneración y segunda oportunidad puesto que permitir al empresario que se libere de su pasivo doméstico y no permitirlo a los consumidores altera la coherencia del sistema y discrimina negativamente sin fundamento alguno a los consumidores.

La DRI no se adhiere a un modelo concreto de exoneración de deudas y otorga libertad a los Estados miembros para que escojan el modelo que consideren más adecuado. A este respecto, pueden optar entre una exoneración directa sin plan de pagos o una exoneración con plan de pagos. La única exigencia que establece la norma europea es que, si la exoneración se supedita al reembolso del pasivo pendiente, ese plan de pagos se ajuste a la situación individual del empresario y sea proporcional a los activos disponibles. Esta regulación obligará a los legisladores españoles a modificar nuestra ley que parte de un planteamiento totalmente equivocado puesto que primero liquida el patrimonio del deudor, dejándole exclusivamente con el patrimonio inembargable y luego le exige al deudor que satisfaga un umbral de pasivo mínimo de carácter objetivo e igual para todos los deudores.

Entre las distintas opciones de exoneración que tienen cabida en la DRI pueden estar las que a continuación se relacionan:

- Una exoneración directa sin plan de pagos, que sería el modelo más aconsejable en los casos de concursos sin masa y sin necesidad de acuerdo extrajudicial de pagos.
- También tendría cabida la exoneración sin liquidación del patrimonio del deudor con un plan de pagos impuesto judicialmente.
- Finalmente, también podría darse una exoneración con liquidación y plan de pagos, pero ajustado a la situación patrimonial del deudor, es decir, sin imponer plan de pagos con umbral objetivo de pasivo mínimo.

Un autorizado sector doctrinal<sup>19</sup> defiende que en la incorporación de la DRI a nuestro Ordenamiento debería preverse un doble itinerario para la obtención de la exoneración: 1) Exoneración automática tras la liquidación del patrimonio del deudor, si se trata de concursos sin masa activa, debiendo suprimirse la necesidad de intentar un acuerdo extrajudicial de pagos y permitiendo que el deudor obtenga la exoneración de forma inmediata, sin necesidad de intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, pudiendo decretarse la exoneración sin haber concluido la ejecución de activos; 2) exoneración tras cumplimiento del plan de pagos de deudas exonerables, sin liquidación del patrimonio del deudor, quien debe intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, de modo que sólo en el supuesto de que no se alcance dicho acuerdo, el juez puede imponer un plan de pagos propuesto por el deudor y considerado viable por el administrador concursal, atendiendo a la situación patrimonial del deudor y a los intereses de los acreedores. La duración del plan de pagos no

<sup>18</sup> Así lo defiende CUENA CASAS, M., «Hacia un nuevo régimen de segunda oportunidad para el empresario insolvente (A propósito de la Directiva de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas)», blog *hayderecho.com.*, 9 de julio de 2019, *passim*.

<sup>19</sup> 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», *RdCP*, núm. 32, 1 de enero de 2020, consultado en *Aranzadi Proview*, pág. 25.

puede exceder de tres años.

El legislador comunitario se ha mostrado particularmente preocupado por el periodo de tiempo que debe transcurrir hasta que el deudor resulte, efectivamente, exonerado de tener que satisfacer el pasivo insatisfecho. Se establece que cuando el Derecho nacional prevea un procedimiento conducente a la exoneración de deudas, los Estados miembros deben garantizar que al menos uno de dichos procedimientos permita acceder al beneficio dentro de un plazo que no sea superior a tres años. No obstante, el *dies a quo* del cómputo puede ser muy variable teniendo en cuenta que la Directiva no impone un modelo de exoneración, por lo que el plazo tampoco será igual en todos los Estados y empezarán a contar a más tardar a partir de las fechas siguientes: a) En el caso de los procedimientos que incluyan un plan de pagos se computará desde la fecha de la decisión de una autoridad judicial o administrativa de confirmar el plan o el inicio de la aplicación del plan, o; b) en todos los demás procedimientos, desde la fecha de la decisión de una autoridad judicial o administrativa de abrir el procedimiento, o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor.

Podemos advertir que, en ambos casos, se establecen dos momentos alternativos en los que se iniciará el cómputo del plazo de tres años en función de que el concurso concluya por liquidación o por cumplimiento del plan de pagos y dentro de cada supuesto se dan dos alternativas para determinar el inicio del cómputo del plazo. En nuestra opinión, el plazo de exoneración de los supuestos contemplados en el apartado a) del artículo 21.1 de la DRI debería ser la fecha del auto de homologación judicial del plan o, en su defecto la homologación judicial puesto que la segunda se podría retrasar. Por otra parte, consideramos que, por el mismo razonamiento anterior, para el apartado b)

debería ser la fecha de solicitud de exoneración presentada por el deudor ante el juez.

Ahora bien, consciente de que la exoneración de deudas tras un periodo no superior a tres años no constituye una solución adecuada en toda circunstancia, se admite que pueda resultar necesario que las normas nacionales establezcan excepciones debidamente justificadas (arts. 21.1 y 23 DRI). En concreto, el artículo 23 DRI contempla las excepciones a la exoneración, mezclando supuestos heterogéneos de excepciones a la exoneración, excepciones al plazo, y deudas que pueden ser declaradas no exonerables.

No obstante, los supuestos contemplados en dicho precepto no necesariamente impiden la exoneración ya que de conformidad con lo que establece el artículo 23.1 y 2 DRI los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen dicha exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o periodos de inhabilitación más largos en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales excepciones estén bien justificadas. A título de ejemplo se establece una enumeración de excepciones que estarían justificadas para el legislador europeo. Por tanto, su incorporación a las legislaciones nacionales no requeriría ninguna justificación adicional. Pero, además, cada Estado estaría legitimado para introducir otros supuestos, siempre que lo justifique adecuadamente. Esta posibilidad implicará que, al menos, en este aspecto concreto, no existirá una armonización total en las legislaciones de los Estados miembros.

Las excepciones que el legislador comunitario considera justificadas son las siguientes:

a) Cuando el empresario insolvente haya vulnerado sustancialmente las obligaciones asumidas en virtud de un plan de pagos o cualquier otra obligación jurídica orientada a salvaguardar los intereses de los acreedores, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores.

En nuestra legislación concursal, si se opta por el establecimiento de un plan de pagos tras la liquidación, tal y como sucede actualmente en el artículo 178 bis LC, si el incumplimiento del plan de pagos supone una excepción a la exoneración, ello supondría supeditarla al pago de las deudas que formen parte del plan de pagos. La DRI no distingue en este punto que se pueda admitir que se exceptione la exoneración por incumplimiento del plan de pagos, aunque sea fortuito<sup>20</sup>.

b) Cuando el empresario insolvente haya incumplido sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo al Derecho de la Unión Europea y nacional.

Este supuesto entraría dentro de los previstos en el artículo 165.2 LC.

c) En caso de solicitudes abusivas de exoneración de deudas.

A este respecto, no se precisa qué es lo que determina la abusividad de una solicitud (si el

plazo de presentación o su cuantía).

d) En caso de presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo a partir del momento en que el empresario insolvente haya obtenido la plena exoneración de deudas o del momento en que se le haya denegado la plena exoneración de deudas debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación.

e) Cuando no esté cubierto el coste del procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

A nuestro juicio, esta excepción deja totalmente desprotegido a quienes tienen menos recursos disponibles<sup>21</sup>. Resulta especialmente contradictorio que, precisamente, el deudor que no tiene nada y que, por tanto, no puede satisfacer los costes del procedimiento pueda ver denegada su solicitud de exoneración. Lo que sí resultaría lógico sería considerar deuda no exonerable los costes del procedimiento, pero no debería cerrarse la posibilidad de que a los más necesitados se les negara esta vía.

f) Cuando sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores.

En la línea de lo que establece el apartado segundo del artículo 20, en su inciso último de la

<sup>20</sup> Al respecto, CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023...», cit., págs. 21 y 22, se muestra contraria a que la vulneración sustancial del plan de pagos no debería convertirse en excepción a la exoneración. La profesora CUENA CASAS defiende que si el deudor carece de capacidad económica para afrontar los pagos o bien tal plan no era viable o han sobrevenido circunstancias que impiden al deudor realizar el pago, no debe merecer sanción salvo que obedezca a dolo o culpa grave.

<sup>21</sup> En esta línea, CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023...», cit., pág. 22, propone que esta excepción no se incorpore al Derecho español y defiende la creación de un turno de oficio para los profesionales que se ocupan de representar a los deudores en un proceso concursal que concluya con la exoneración del pasivo.

DRI, esta excepción permitiría que un acreedor no se viera afectado por la exoneración, aunque la deuda fuera exonerable. Tal sería el caso en el que tal exoneración pudiera, por la cuantía de la deuda o las circunstancias propias de un determinado acreedor, arrastrarlo a la insolvencia. Ésta parece ser la finalidad que subyace en el Considerando 79 DRI cuando señala que «*deben poder establecerse excepciones específicas cuando sea necesario garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores, por ejemplo, cuando el acreedor sea una persona física que necesita más protección que el deudor*».

Los hechos impeditivos de la exoneración deben ser el concurso culpable, la mala fe probada del deudor con base a los criterios referidos debidamente valorados por el juez. Como excepciones específicas creo que sólo debe limitarse la posible solicitud de una nueva exoneración al transcurso del plazo de una serie de años<sup>22</sup>.

En esta línea, «*la actuación deshonesto o de mala fe del deudor*» puede no impedir que el deudor obtenga la exoneración, sino que el plazo se prolongue, sin que la Directiva establezca algún límite a dicho plazo. Su fijación dependerá de cada Estado miembro. Por tanto, en este aspecto no habrá uniformidad. Pero esto no es lo más criticable, lo realmente lamentable de esta regulación es que tal y como puede apreciarse la buena fe del deudor no es requisito para obtener la exoneración<sup>23</sup>. Por tanto, resultaría conforme a la DRI una disposición que permitiera al deudor de mala

fe exonerarse de sus deudas y expropiar injustamente a sus acreedores de su derecho de crédito. En nuestra opinión, la exoneración de las deudas sólo debe permitirse al deudor de buena fe, debiendo excluirse de este beneficio quien haya incurrido en concurso culpable o condena penal superior a dos años. Por tanto, debe prohibirse expresamente la obtención de la exoneración del deudor que se hubiera visto afectado por la calificación de culpable del concurso de la sociedad en los términos establecidos en el artículo 172 bis LC. No obstante, se ha defendido acertadamente que el eventual endeudamiento irresponsable del deudor no puede valorarse sin tener en cuenta la actuación del acreedor y el grado de cumplimiento por éste de su obligación legal de evaluación de la solvencia del deudor. Al respecto, una sanción efectiva al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia son las sanciones en el procedimiento concursal, por ejemplo, estableciendo una norma en la que se imponga la exoneración a acreedores con garantía real cuando el juez valore el conocimiento que el acreedor tenía de la situación de endeudamiento del deudor en el momento de la celebración del contrato y siempre que la causa de la insolvencia del deudor sea el sobreendeudamiento activo. Con ello pretendemos llegar a la conclusión de que el recurso irresponsable del crédito debería convertir al deudor en deudor de mala fe, salvo que el acreedor hay incumplido sus deberes legales de préstamo responsable<sup>24</sup>.

También debería excepcionarse el acceso a la exoneración cuando el deudor se ha beneficiado de otra en el plazo de ocho años a contar desde la

<sup>22</sup> CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023...», cit., pág. 23.

<sup>23</sup> Vid. sobre el requisito de buena fe, BASTANTE GRANELL, V., «El “deudor de buena fe” en la Ley de segunda oportunidad. Origen, fundamento y significado», Comares, 2016, *passim*.

<sup>24</sup> Así lo ha destacado, CUENA CASAS, M. «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023...», pág. 25

fecha del acto judicial de concesión<sup>25</sup>.

Con relación al concepto de buena fe, la DRI se remite a la normativa nacional de cada Estado miembro y se limita a establecer criterios a los que debe atenderse para delimitar ese concepto. Para valorar la buena o mala fe del deudor hay que observar su conducta respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda. Se ha destacado, al respecto, como principal novedad que aporta la regulación europea en este aspecto el acierto que supone optar por un concepto valorativo y no normativo de buena fe, en el que se ofrece un margen de discrecionalidad al juez a la hora de poder valorarla atendiendo a las circunstancias del caso concreto y con base a los criterios que, a modo de ejemplo, se enumeran en el Considerando 79<sup>26</sup> y en el artículo 23.1 de la Directiva. A diferencia de este sistema, el artículo 178 bis. 3 de la LC establece reglas rígidas que dejan escaso margen de actuación en la valoración que debe realizar el juez. La necesaria incorporación de la DRI a nuestro Ordenamiento jurídico concursal constituye una estupenda oportunidad para reflexionar si procede o no mantener en nuestro Derecho la pieza de calificación.

La regulación que contiene la DRI de esta materia resulta muy criticable puesto que no establece la prohibición de obtener la exoneración en caso de

que el deudor tenga mala fe. Al respecto, el apartado primero del artículo 23 de la DRI dispone expresamente que: «(...) los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen dicha exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o periodos de inhabilitación más largos cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesto o de mala fe, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda, sin perjuicio de las normas nacionales en materia de carga de la prueba». Esto significa que resultará conforme con la DRI que un deudor de mala fe obtenga la exoneración, pero con un plazo más largo.

A nuestro juicio, el deudor que merece que se le otorgue una segunda oportunidad es el «deudor honesto pero desafortunado», que deviene insolvente por circunstancias que no puede controlar<sup>27</sup>. Por tanto, la regulación en esta materia debe incentivar el consumo responsable, aunque también deberá sancionar el préstamo concedido de forma irresponsable. En definitiva, el eventual endeudamiento irresponsable del deudor no puede valorarse sin tener en cuenta la actuación del acreedor y el grado de cumplimiento por éste de su obligación legal de evaluación de la solvencia

<sup>25</sup> CUENA CASAS, M. «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023...», pág. 25.

<sup>26</sup> Al respecto, el Considerando 79 dispone que para «determinar si un deudor fue deshonesto, las autoridades judiciales o administrativas pueden tener en cuenta circunstancias como las siguientes: la naturaleza y el importe de la deuda; el momento en que se ha contraído la deuda; los esfuerzos realizados por el empresario para abonar la deuda y cumplir con las obligaciones legales, incluidos los requisitos para la concesión de licencias públicas y la exigencia de llevar una contabilidad correcta; las actuaciones, por parte del empresario, para frustrar las pretensiones de los acreedores; el cumplimiento de las obligaciones en caso de insolvencia inminente que incumben a los empresarios que sean administradores sociales de una sociedad; el cumplimiento de la normativa de la Unión y nacional en materia de competencia y en materia laboral. También deben poder establecerse tales excepciones cuando el empresario no haya cumplido determinadas obligaciones jurídicas, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores que podría adoptar la forma de una obligación general de generar ingresos o activos (...)».

<sup>27</sup> Este es el presupuesto del que parte el Ordenamiento estadounidense que es donde existe una regulación más amplia de la exoneración del pasivo o *fresh start*. El deudor merecedor de la segunda oportunidad es el «deudor honesto pero desafortunado» (*honest but unfortunate debtor*).

del deudor. Así, se ha defendido acertadamente que el requisito de la buena fe en un régimen de exoneración, adecuadamente diseñado, supone un estímulo al préstamo y consumo responsables<sup>28</sup>. Además, el deudor no tiene que probar su buena fe, sino que son los acreedores quienes deben probar la mala fe del deudor al margen de la calificación del concurso, cuando la insolvencia del deudor se ha producido como consecuencia de un recurso desproporcionado al crédito respecto de su capacidad patrimonial o por una gestión patrimonial negligente o maliciosa, en cuyo caso, el juez debe valorar, entre otras, las siguientes circunstancias: 1) La información patrimonial suministrada al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial;

2) el carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos en los ocho años anteriores a la declaración de concurso en función de la capacidad patrimonial existente en el momento de la adquisición; 3) el nivel social-profesional del deudor; 4) las circunstancias personales del sobreendeudamiento; 5) si la situación de insolvencia se ha producido por circunstancias previsibles y evitables; 6) en caso de empresarios, si el deudor se

acogió o no a programas de alerta temprana<sup>29</sup>.

En el artículo 178 bis LC se vincula la «buena fe» a los requisitos de acceso al régimen de la segunda oportunidad, sin que se haga referencia a la conducta del deudor o a cuál es la causa de la insolvencia. Al respecto, se regulan dos baremos de conducta distintos en función del activo del deudor. Si tiene suficiente activo para satisfacer el umbral de pasivo mínimo a que se refiere el artículo 178 bis. 3. 4º LC, basta con que el concurso no sea culpable, haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos (salvo que satisfaga el veinticinco por ciento del pasivo ordinario) y no haya cometido determinados delitos (art. 178 bis 3. 2º). Por el contrario, si carece de activo y tiene que aceptar someterse a un plan de pagos, debe además cumplir los requisitos del artículo 178 bis 3. 5º LC que hacen referencia también a la conducta. No creemos que exista razón de peso que justifique esta diversidad de régimen jurídico.

Por su parte, el artículo 23.3 DRI dispone que «*como excepción a lo dispuesto en el artículo 21, los Estados miembros podrán prever unos plazos de exoneración más largos que los casos en que:*

<sup>28</sup> Así lo indica el BANCO MUNDIAL, «Informe sobre la insolvencia de la persona natural», [https://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport\\_01\\_11\\_1\\_3.pdf](https://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_1_3.pdf), pág. 250, señalando expresamente que «*La posibilidad de que un deudor insolvente tenga acceso a un sistema de tratamiento de la insolvencia agudiza los incentivos de los acreedores para conceder préstamo de manera responsable*». En la doctrina, CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE)...», cit., pág. 21, destaca que tanto el art. 23 de la Directiva 2008/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativo a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DOUE núm. 133, de 22 de mayo de 2008) como el art. 38 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial a y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (DOUE, núm. 60, de 28 de febrero de 2014) exigen que las sanciones por incumplimiento de las obligaciones previstas, entre las que se encuentra para los prestamistas la de evaluar la solvencia del potencial prestatario, deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias. Una medida efectiva es que el préstamo irresponsable tenga sanciones en el procedimiento concursal.

<sup>29</sup> Se muestra partidario de la supresión de la sección de calificación del concurso, GURREA MARTÍNEZ, A., *El Derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma*, Madrid, 2018, págs. 77 y ss. Por su parte, CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023...», cit., pág. 20, defiende que la necesaria adaptación de nuestra LC a la Directiva en esta materia requeriría que el deudor no tuviera que probar su buena fe, sino que los acreedores deben probar la mala fe del deudor sin necesidad de que sea declarado culpable el concurso, en el caso de que la insolvencia del deudor se haya producido como consecuencia de un recurso desproporcionado al crédito respecto de su capacidad patrimonial o por una gestión patrimonial negligente o maliciosa, para lo cual el juez deberá valorar, entre otras, las circunstancias indicadas en el texto.

- a) *Una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o*
- b) *No se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia».*

Se ha admitido también que la discriminación entre deuda profesional y personal no siempre es sencilla. En esta línea, se prevé que si las referidas deudas son susceptibles de exoneración y no pueden separarse de modo razonable los Estados velen porque sean tratadas en un procedimiento único a efectos de la obtención de dicha exoneración (art.

24.1 Directiva) si bien con clara separación y tratamiento, es decir, con posibilidad de separar lo personal de lo profesional. La incorporación de la DRI en nuestro Ordenamiento debe ir encaminada hacia un tratamiento jurídico general de la exoneración del pasivo insatisfecho para toda persona física, sea el deudor empresario o no. Consideramos que la atribución a los Juzgados de Primera Instancia de la competencia en materia de concurso de persona natural que no sea empresario, operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial<sup>30</sup>, no ha respondido de forma favorable a los objetivos de lograr una mayor agilización y especialización en las respuestas judiciales y un mejor reparto de los asuntos entre los Juzgados de Primera Instancia

y los Juzgados de lo Mercantil. Dicha reforma ha producido importantes distorsiones en el ámbito preconcursal y concursal, importantes retrasos y un menor desarrollo de lo que se podía esperar. Por todo ello, consideramos que los Juzgados de lo Mercantil deberían asumir la competencia de los concursos de los consumidores ya que deben ser atendidos por profesionales especializados. La especial formación técnica que exigen estos Juzgados, les convierte en los operadores judiciales idealmente estructurados para resolver estas cuestiones. En este sentido, tras la declaración del Estado de alarma en España por medio del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>31</sup>, el Consejo General del Poder Judicial ha elaborado un primer documento en el que se recogen una serie de medidas procesales para que la Administración de Justicia pueda hacer frente a la situación procesal tras dicho Estado de Alarma, que, sin lugar a duda provocará un importante atasco. Ese documento prevé que una de las notas características de esta situación poscrisis será el aumento exponencial de los mecanismos de segunda oportunidad de las personas físicas no empresarios, o sea, de particulares, para lo que estima necesario que su tramitación pase de los Juzgados de lo civil a los Juzgados de lo mercantil. Es prácticamente inevitable que se produzca esta ingente petición de mecanismos de segunda oportunidad de personas físicas no empresarios, ya que, pese a las ayudas públicas y a las moratorias concedidas, muchos particulares no podrán hacer frente a sus deudas y acudirán a estos mecanismos.

<sup>30</sup> BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

<sup>31</sup> BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

Consideramos que establecer un plazo muy largo para la obtención de la plena exoneración dejaría de tener sentido. Sería preferible fijar plazos no excesivamente largos pero estableciendo controles que impidan una vulneración sustancial de las obligaciones asumidas en el plan de pagos o cualquier otra obligación orientada a salvaguardar los intereses de los acreedores, el incumplimiento de las obligaciones en materia de información o cooperación, solicitudes abusivas, presentación de nuevas solicitudes dentro de un determinado plazo, coste del procedimiento, equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de los acreedores. Tampoco creo que deban establecerse plazos de exoneración más largos cuando una autoridad judicial administrativa apruebe medidas cautelares o cuando no se ejecute la vivienda principal o activos esenciales para la continuidad de la actividad del deudor, en los términos establecidos en el artículo 23.3.a) y b).

Junto a lo anterior, el artículo 23.4 DRI establece una enumeración de deudas que los Estados miembros podrán excluir de la exoneración o permitir, pero en un plazo más largo. Lo lógico sería que se tratara de una deuda incluida en la lista, pero el precepto añade una exigencia adicional y es que «*tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas*». Por tanto, se deduce que el pasivo no exonerable contemplado en apartado cuarto del artículo 23, es facultativo y no hay armonización en este punto. se prevé que cuando existan razones conforme al Derecho nacional que así lo justifiquen podrán excluir algunas categorías específicas de exoneración de deudas, o limitar el acceso a dicha exoneración, o establecer un plazo más largo para la exoneración de deudas en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas. Cada Estado puede incluir las deudas no exonerables

que considere conveniente, siempre y cuando lo justifique. Si un Estado miembro establece deudas que no están en el listado ejemplificativo deberá justificarlo. No creemos que se trate de una decisión acertada por parte del legislador comunitario. Creemos que lo más correcto hubiera sido establecer un catálogo mínimo de deudas no exonerables con carácter imperativo, pero no es la solución que se ha adoptado.

Las deudas que, a título de ejemplo, su no exoneración resulta plenamente justificada son las siguientes:

- a) *Deudas garantizadas*. Al respecto, el Considerando 81 DRI después de aclarar que cada Estado miembro puede limitar la exoneración a determinadas categorías de deudas cuando exista una razón debidamente justificada, señala que «*Los Estados miembros deben poder excluir las deudas garantizadas de la posibilidad de exoneración solo hasta la cuantía del valor de la garantía que determine la normativa nacional, mientras que el resto de la deuda debe considerarse deuda no garantizada. Los Estados miembros deben poder excluir otras categorías de deudas cuando esté debidamente justificado*». Este es el régimen contemplado en el artículo 178 bis. 5 LC.
- b) *Deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas*. Este tipo de deudas se excluyen por reflejar una conducta censurable desde un punto de vista jurídico.
- c) *Deudas derivadas de responsabilidad extracontractual*. A nuestro juicio, debe exceptuarse de este apartado la indemnización por responsabilidad civil derivada de delito y por responsabilidad civil pura, siempre que el deudor haya actuado con dolo o culpa grave.
- d) *Deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de*

*parentesco, de matrimonio o de afinidad.* Son deudas referidas de forma exclusiva a las obligaciones de alimentos, por lo que debe entenderse no incluida la pensión compensatoria. Con el régimen actual previsto en la LC, las prestaciones de alimentos debidas y no pagadas no son exonerables para el deudor que se acoge a un plan de pagos. Sí lo son para el que abona un umbral de pasivo mínimo. Esta discriminación de régimen carece de justificación conforme a la DRI, por lo que el pasivo no exonerable debe ser común a todo deudor.

e) *Deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y*

f) *deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.*

En ninguna de las mencionadas exclusiones se hace referencia al crédito público que es el principal problema para la recuperación de los empresarios, puesto que gran parte de su pasivo lo integran las deudas con Hacienda y la Seguridad Social. Si bien el TJUE ya se ha pronunciado al respecto señalando que exonerar crédito no necesariamente contraviene la normativa de ayudas al Estado<sup>32</sup>, queda por ver si el legislador español cuando transponga la Directiva asume que, si

queremos dar una segunda oportunidad a los empresarios, el Estado debe hacerse cargo de las deudas contraídas por éste en una situación de infortunio empresarial<sup>33</sup>. La mayoría de las legislaciones permiten en alguna medida la exoneración del crédito público, particularmente respecto de deudas que no tienen carácter punitivo, como los impuestos y las tasas. En España sucede lo contrario, pues las multas y sanciones tienen carácter subordinado (art. 92. 4º LC) y, por tanto, serán exonerables para el deudor que abona el umbral de pasivo mínimo (art. 178 bis. 3. 4º LC) y no para el que se acoge a un plan de pagos. En el contexto de crisis económica que se nos avecina como consecuencia de la pandemia de Covid 19 que estamos sufriendo si, de verdad, se quiere conceder una segunda oportunidad a los empresarios se debe configurar el crédito público como deuda exonerable, al menos en una cuantía importante. De esta forma, se incentiva que el deudor satisfaga, al menos, una parte del pasivo.

En la regulación contemplada en el vigente artículo 178 bis LC, el pasivo exonerable varía en función de la vía a la que el deudor acuda para obtener la exoneración. Si satisface el umbral de pasivo mínimo, el deudor podrá exonerarse del pasivo ordinario y subordinado. Si, por el contrario, se acoge al plan de pagos, solo se exonerará

<sup>32</sup> Sentencia de 16 de marzo de 2017. Agenzia delle Entrate c. Marco Identi, C-493/15. Vid. ampliamente, CUENA CASA, M., «Crédito público y exoneración de deudas. A propósito de la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2017», RdCP, núm. 27, 2017, págs. 237-248. La sentencia es el resultado de una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Tribunal Supremo de casación italiano. Los hechos arrancan del auto de 14 de abril de 2008 que concede la liberación de deudas o exoneración del pasivo pendiente en el seno de un proceso concursal de un empresario persona física (Sr. Identi). El Tribunal aplica al caso la regulación de segunda oportunidad para empresarios recogida en el art. 142 de la Legge Fallimentare italiana. Después de dicho auto, la Administración tributaria reclama al deudor el pago de deudas tributarias que se habían devengado antes del auto que concedió la liberación del pasivo pendiente. Denegado por los tribunales el abono de dichas deudas, la Administración tributaria recurre ante el Tribunal de Casación que plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE. Se plantea la compatibilidad de la exoneración con la regulación europea sobre el IVA (Sexta Directiva 77/388). Así mismo, se cuestiona la compatibilidad de la exoneración del crédito público con el régimen de ayudas de Estado (arts. 107-109 del Tratado de Funcionamiento de la UEI).

<sup>33</sup> Vid. BANCO MUNDIAL, «Informe sobre la insolvencia de la persona natural», pág., 334, [https://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport\\_01\\_11\\_13.pdf](https://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf)

el deudor los créditos ordinarios y subordinados, exceptuando los créditos de Derecho público y por alimentos (art. 178 bis. 5 LC). Por lo tanto, si el deudor no se acoge al plan de pagos, podrá exonerarse del crédito público que sea ordinario y subordinado. No sucederá lo mismo si se acoge a dicho plan, dado que la ley expresamente excluye todo el crédito público. Esta diferencia de régimen jurídico carece de toda fundamentación. A nuestro juicio, constituye un grave error de planteamiento determinar las deudas no exonerables en función de su clasificación en el concurso. No hay razón que justifique tal discriminación de los deudores en la regulación de la exoneración del crédito público. Esta disfunción ha pretendido enmendarse en la Sentencia del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio de 2019<sup>34</sup> que, con argumentos bastante discutibles, equipara el régimen jurídico del crédito público para todos los deudores<sup>35</sup>. En esta Sentencia se declara que *«aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público»* y deja en manos del Juez de lo Mercantil que conozca el concurso la posibilidad de fraccionar también aquella parte no exonerable de la deuda contraída con la Administración pública. Lo que no significa excluir a la Administración de este proceso de decisión. No obstante, en la resolución judicial se matiza que *«El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender solo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan»*.

El Tribunal Supremo realiza, por tanto, una interpretación finalista y corrige la interpretación literal que se venía dando a los apartados 5 y 6 del artículo 178 bis LC y lo justifica considerando que, con el mantenimiento de la integridad de los créditos de Derecho público, no se estaba cumpliendo con la finalidad liberatoria que expresaba la Ley de Segunda Oportunidad en su Exposición de Motivos, ni tampoco con el espíritu de las Recomendaciones de la Unión Europea (en particular, la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial)<sup>36</sup>, al mantenerse tales deudas como una losa para las personas físicas concursadas.

La incorporación de la DRI a nuestro Ordenamiento constituye una magnífica oportunidad para limitar privilegios del crédito público tanto en fase preconcursal como concursal como extraconcursoales (mediación concursal y segunda oportunidad). La transposición de la DRI lo permitiría y se puede desprender de la misma una mayor flexibilización de los acreedores incluyendo los públicos impulsando quitas y esperas y fraccionamientos. En síntesis, debería limitarse y reducirse los privilegios de los créditos públicos.

#### IV. Rehabilitación del deudor

El objetivo de la exoneración del pasivo insatisfecho es la rehabilitación del deudor con la finalidad de que pueda iniciar nuevas actividades empresariales. De la regulación establecida en el artículo 172.2. 2º LC se deduce que en el caso de que

<sup>34</sup> Id CENDOJ 28079110012019100081.

<sup>35</sup> Vid. CUENA CASAS, M., «Segunda oportunidad y crédito público (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)», <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/29/segunda-oportunidad-y-credito-publico-a-proposito-de-la-mal-entendida-sentencia-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019/>.

<sup>36</sup> DOUE L74/65, de 14 de marzo de 2014.

el concurso sea declarado culpable el periodo de inhabilitación puede oscilar entre dos a quince años.

Con base en el artículo 23 DRI incluso el deudor cuyo concurso haya sido declarado culpable puede acceder a la exoneración de sus deudas. Por tanto, la inhabilitación debe dejar de ser efectiva cuando se alcance dicha exoneración. Así, el artículo 22 DRI establece que:

1. Los Estados miembros velarán porque, cuando un empresario insolvente obtenga una exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva, cualquier inhabilitación para iniciar o continuar una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional dictada por el mero hecho de que el empresario es insolvente deje de tener efecto, a más tardar, al final del plazo de exoneración.
2. Los Estados miembros garantizarán que, en la fecha de vencimiento del plazo de exoneración, dejen de surtir efecto las inhabilitaciones indicadas en el apartado 1 del presente artículo, sin necesidad de interponer ante una autoridad judicial o administrativa un procedimiento adicional a los indicados en el artículo 21, apartado 1.

Al respecto, el Considerando 83 de la DRI señala que «*Si la autorización o la licencia de un empresario para ejercer una determina actividad artesanal, industrial, comercial o profesional ha sido denegada o revocada como resultado de una orden de inhabilitación, la presente Directiva, no debe impedir a los Estados miembros exigir que el empresario solicite una nueva autorización o licencia al término del período de inhabilitación. Cuando la autoridad de un Estado miembro adopte una decisión relativa a una actividad sujeta a una su-*

*pervisión específica, debe poder tener en cuenta también, incluso tras expirar el período de inhabilitación, el hecho de que el empresario insolvente haya obtenido una exoneración de deudas, de conformidad con la presente Directiva*».

La misma filosofía presente en estas disposiciones de no estigmatizar a los deudores que han obtenido la exoneración es la que subyace en el apartado tercero del artículo 20 de la DRI cuando señala que «*los Estados miembros velarán porque los empresarios que obtengan la exoneración de sus deudas puedan disfrutar del apoyo empresarial que los marcos nacionales existentes ofrecen a los empresarios, incluido el acceso a información pertinente y actualizada sobre tales marcos*».

Entendemos que el periodo de inhabilitación puede dejar de tener efecto incluso antes del final del plazo de exoneración, para favorecer el inicio de nuevas iniciativas. Debe cesar la inhabilitación cuando se produzca la exoneración, no pudiendo quedar inhabilitado con posterioridad a dicha fecha.

Con relación al período de exoneración contemplado en el artículo 22 de la DRI cabe plantearse, además, si debe dejar de tener efecto antes del final del plazo de exoneración. Entendemos que, si se ha obtenido la exoneración, la inhabilitación podría dejar de surtir efecto con antelación al final del plazo, para favorecer el inicio de nuevas iniciativas. Es decir, siguiendo lo establecido en el citado artículo 22 debe acontecer cuando se produzca dicha exoneración, no pudiendo quedar inhabilitado con posterioridad a dicha fecha

Si la incorporación de la DRI en nuestro Ordenamiento no establece un régimen único para toda

persona física, sea empresaria o no, se produciría un importante agravio comparativo entre el empresario insolvente que podría quedar inhabilitado cuando finalizara el plazo para la exoneración y, las personas físicas no empresarias, así como los administradores de las sociedades mercantiles que no tengan la consideración de empresarios en sentido técnico y que no podrían acceder a dicha exoneración<sup>37</sup>. Creemos que el tratamiento general y el régimen jurídico de la exoneración del pasivo insatisfecho debe ser el mismo para toda persona física, sea deudor empresario o no.

## V. A modo de recapitulación

Tales motivaciones conducen al legislador comunitario a establecer ciertas directrices comunes en la exoneración del pasivo insatisfecho que pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. Los Estados miembros velarán porque los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas.
2. Cuando la plena exoneración de deudas esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda, los Estados miembros garantizarán que esta 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.
3. Asimismo, los Estados miembros deberán

velar porque los empresarios que obtengan la exoneración de sus deudas puedan «disfrutar del apoyo empresarial que los marcos nacionales existentes ofrecen a los empresarios, incluido el acceso a información pertinente y actualizada sobre los mismos». Esta expresión, parece que hace referencia si lo conectamos con los dispuesto en el Considerandos 74, a que a tales empresarios no se les podrá impedir que inicien una nueva actividad empresarial durante la ejecución del plan de pagos al que se condicione la exoneración. Esto tendría pleno sentido, ya que la inhabilitación para ejercer el comercio durante el periodo de cumplimiento del plan de pagos equivaldría a una “muerte civil” que en modo alguno coadyuvaría al cumplimiento del plan, y a la plena reincorporación del empresario a la actividad económica.

4. El plazo tras el cual los empresarios insolventes pueden obtener la plena exoneración de sus deudas no podrá ser superior a tres años, a contar, en los esquemas que exijan la aprobación de un plan de pagos, desde la resolución que apruebe dicho plan y, en los demás, desde la fecha de la resolución judicial o administrativa que abra el procedimiento o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor.
5. Cuando se haya inhabilitado al empresario insolvente para continuar su actividad económica, dicha inhabilitación deberá cesar, como muy tarde, al final del plazo de exoneración.

Algunas de estas disposiciones obligarán a cambiar la norma española sobre exoneración del pasivo insatisfecho, sujeto en la actualidad a la sa-

<sup>37</sup> ROJO, A., «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», ADCo, núm. 42, septiembre-diciembre 2017, consultado en *Aranzadi Proview*, pág. 5; en análogo sentido, CUENA CASA, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023...», cit., pág. 24.

tisfacción de un mínimo de deudas al término de una liquidación concursal, o, en su defecto, a un plan de pagos por periodo de cinco años. A nuestro juicio, también resulta fundamental impulsar la segunda oportunidad tanto para personas físicas como para pequeñas empresas y evitarse la imagen del concurso o fase preconcursal como estigma.