



(Re)visión de la identidad y funcionalidad de la legislación concursal española

María Isabel Candelario Macías

*Profesora titular de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid*

icandela@der-pr.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-8646-9242>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Extracto

En este trabajo se pone de manifiesto una mirada y unas respuestas, que se traducen en una serie de reflexiones en torno a algunas incógnitas ilustradas en saber para qué sirve y cuál es la finalidad del derecho concursal, cuál es la legislación vigente y cuáles son los caminos que quedan pendientes por recorrer para mejorar su ordenación, siendo muy conscientes de que se parte de una coyuntura económica y financiera bastante grave derivada de la crisis sanitaria provocada por la covid-19 y que no se había visto desde hace casi un siglo. En este sentido, se bucea en la evolución de la legislación concursal como herramienta destinada a solventar la situación de insolvencia y crisis económica de los operadores económicos y, además, se detiene en analizar algunos de los inconvenientes que plantea la actual legislación, para luego concluir con una serie de propuestas a futuro que ha de tener presente el legislador concursal.

Palabras clave: insolvencia; derecho concursal; cultura empresarial; riesgo; crisis empresarial; segunda oportunidad.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Candelario Macías, M.^ªI. (2022). (Re)visión de la identidad y funcionalidad de la legislación concursal española. *Revista CEFLegal*, 257, 5-38.



Review of the identity and functionality of the Spanish bankruptcy legislation

María Isabel Candelario Macías

Abstract

This work reveals a look and some answers, which are translated into a series of reflections around some enlightened unknowns in knowing what it is for and what is the purpose of bankruptcy law, what is the current legislation and what are the Paths that remain to be traveled to improve its management, being well aware that it is part of a rather serious economic and financial situation derived from the health crisis caused by covid-19 and that had not been seen for almost a century. In this sense, it delves into the evolution of bankruptcy legislation as a tool aimed at solving the situation of insolvency and economic crisis of economic operators and, in addition, pauses to analyze some of the inconveniences posed by the current legislation and then concludes with a series of future proposals that the insolvency legislator must bear in mind.

Keywords: insolvency; bankruptcy law; business culture; risk; business crisis; second chance.

Citation: Candelario Macías, M.^a I. (2022). (Re)visión de la identidad y funcionalidad de la legislación concursal española. *Revista CEFLegal*, 257, 5-38.



Sumario

- 1. Introducción y panorama económico
 - 2. La filosofía inspiradora del derecho concursal
 - 3. Acercamiento al cuadro normativo concursal
 - 4. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

1. Introducción y panorama económico

La crisis de la pandemia sanitaria derivada del virus conocido como coronavirus SARS-CoV-2 (covid-19) ha originado y supone en un presente y futuro cercano graves consecuencias económicas y financieras en las personas y empresas de todo el mundo¹; sin entrar a valorar otra serie de implicaciones conexas como son la pobreza o la pérdida de empleos, entre otros.

En las circunstancias excepcionales creadas por el brote de covid-19, empresas de todo tipo pueden verse enfrentadas a una grave falta de liquidez. Puede que no solo las empresas solventes, sino también las menos solventes padezcan una súbita escasez o incluso la falta de disponibilidad de liquidez. Las pymes están particularmente en riesgo. Por lo tanto, todo ello puede afectar seriamente a la situación económica de muchas empresas saneadas y de sus empleados a corto y medio plazo, al tiempo que también tiene efectos más duraderos, al poner en peligro su supervivencia².

Por lo que hace a la crisis empresarial, es sabido que desde una vertiente legal tenemos como paliativo de la misma a la legislación concursal, si bien esto no significa que esta *per se* se convierta en la panacea para solventar todas las situaciones, sino que más bien hemos de apoyarla con otra serie de medidas: laborales, fiscales, de política macro y microeconómica para poder resolver de forma certera dichas situaciones.

Focalizando nuestra atención ahora en el contexto económico, hemos de partir del hecho de que la economía española, como sucede en gran parte de países de la Unión Europea, está sustentada por microempresas y pymes, que constituyen el motor del funcionamiento y engranaje de la economía y que también sufren de forma más notoria «los pinchazos» y los vaivenes de cualquier crisis económica; afectando a su desarrollo e, inclusive, a su desaparición por la situación de insolvencia.

¹ Véase *El impacto económico del coronavirus, en gráficos*. Datos actualizados el 12 de febrero de 2021, en <https://www.epdata.es/datos/impacto-economico-coronavirus-graficos/523>: «La pandemia de coronavirus en España y en el mundo ha provocado una crisis sanitaria sin precedentes en los últimos cien años en el mundo que, a su vez, ha derivado en la paralización de ciertos sectores económicos, como el comercio, la hostelería y el turismo, provocando la caída de varios indicadores económicos que alertan de una recesión»

² Cfr. la comunicación de la Comisión. «Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19» (2020/C 91 I/01) DOUE de 20 de marzo de 2020, p. 1. *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19)*, «Supporting businesses in financial distress to avoid insolvency during the COVID-19 crisis, 27 mai 2020», en <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/supporting-businesses-in-financial-distress-to-avoid-insolvency-during-the-covid-19-crisis-b4154a8b/#endnotea0z3>.

Ante esta tesis, se pueden adoptar diferentes medidas e instrumentos que puedan solventar dicha situación de crisis económica, siendo una de ellas la regulación concursal, tal y como hemos manifestado. Además, en muchas ocasiones, por no decir en un porcentaje más que elevado, la reglamentación existente no está diseñada para atender las necesidades de este tipo de empresas, sino que se estructura en torno a una empresa media o más bien grande como paradigma, cuestión que dificulta aún más la situación deteriorada e incrementa la inoperancia legislativa en mor de proporcionar soluciones eficientes y equitativas a este modelo empresarial. En definitiva, nos encontramos ante un panorama legal, que ante la insuficiencia de soluciones, es no querido, amén de desconocido por los empresarios y operadores económicos, por ausencia de cultura empresarial hacia la aplicación y fomento de mecanismos y soluciones concursales que coadyuven a la mejor y pronta resolución de la situación de dificultades económicas.

También hay que traer a colación aquí que nuestro sistema legal es heredero de un sistema fuertemente judicializado y con características estigmatizadoras de «fracaso empresarial» cuando se acude al procedimiento concursal. Estos planteamientos se han ido cambiando con la propia evolución del derecho concursal en los últimos tiempos, reflejo de la introducción de herramientas y mecanismos foráneos, propios del derecho comparado (Lledó Yagüe, 2015); piénsese en el derecho norteamericano³ a través del *discharge* o del *fresh start* del derecho inglés⁴. A su vez, y dentro del ámbito del derecho europeo⁵, hay países que contienen en su legislación (Orrico Sánchez, 2019) instituciones con similar fina-

³ Cfr. 11 U.S. Code Title 11, *Bankruptcy*, chapter 7, § 727 – *Discharge* <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/727> y chapter 13, § 1328 – *Discharge* <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/1328>. Como bien precisa, Niño Estébanez (2018), «podemos encontrar a los Estados Unidos de Norteamérica, en donde existe legislación específica sobre segunda oportunidad desde la "Bankruptcy Act" de 1898, con mecanismos de discharge o fresh start». Al respecto, *vid.* Martínez Muñoz (2019).

⁴ Menciona lo que sucede en el derecho inglés, al respecto, Niño Estébanez (2018): «En el Reino Unido nos encontramos con distintas normas de insolvencia, entre otras, la "Insolvency Act", de 1986; y la "Enterprise Bill", de 2002. La Ley de insolvencia de 1986 contempla diversos mecanismos de segunda oportunidad como "el alivio de la deuda" (*debt relief*) y la "liquidación de activos y cancelación de deuda". En los casos de insolvencia de particulares, corresponde a los Tribunales declarar su situación de "bancarrotas", bien de forma voluntaria a instancia del deudor o instancia de los acreedores, que es la denominación prevista para el procedimiento concursal o de insolvencia de los particulares. Declarada la bancarrota, el activo del deudor es transferido a un administrador, que será el encargado de reorganizar la deuda y que obliga al deudor a una cooperación legal y permanente con el órgano judicial y con el administrador. Por su parte, la Ley de 2002 está prevista para situaciones de insolvencia de personas jurídicas y para deudas de mayor cuantía, y permite, con arreglo a parámetros clásicos de restructuración de la deuda, tanto a las personas físicas como a las jurídicas, alcanzar acuerdos extrajudiciales de remisión de deuda, que serán vinculantes para quienes se adhieran al mismo». Al respecto, Walters (2005).

⁵ Declara Santos (2020) que el sistema configurado tanto en España como en Portugal encuentra su inspiración en la terminología alemana, donde este procedimiento se aplica a la *natürliche person* dentro del modelo *Restschuldbefreiung*, presente en la *Insolvenzordnung* de 1994, con instrumentos idénticos en las leyes concursales europeas, como en Italia la *esdebitazione*, aunque la gran referencia es la *discharge* existente en la *Bankruptcy Act* norteamericana. Cfr. § 287. II *Insolvenzordnung* y chapter 7 del Código de Quiebras USA.

lidad, aun cuando presentan su propia idiosincrasia, al no ser tan amplios en cuanto a los efectos de la liberación de deudas, como es el caso de lo que sucede en Alemania a través del *Restschuldbefreiung* (rehabilitación) (Gómez, 2018, pp. 47 y ss., en nota núm. 22; Bas-tante Granell, 2020, pp. 282 a 287) o en Italia⁶. Además, se ha de apreciar el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* portugués, aprobado por D.L. núm. 53/2004, de 18 de marzo, que contempla dos modelos para el tratamiento de la insolvencia de personas físicas: por un lado, el plan de pago ex artículo 249 y siguientes, inspirado en el modelo europeo, y por otro, la exoneración de los pasivos restantes ex artículos 235 y ss., que tuvo su génesis en el modelo *fresh start* norteamericano. La exoneración del pasivo insatisfecho es el modelo más empleado en Portugal, en detrimento del plan de pagos, ya que permite al deudor reiniciar su vida libre de deudas anteriores. Sin embargo, el modelo de segunda oportunidad adoptado en Portugal es en realidad un modelo mitigado, dado que no todas las deudas están sujetas a exoneración y no presentan efectos automáticos, quedando el deudor insolvente supeditado a un periodo de prueba (Leitão, 2019; Santos, 2020, pp. 1, 2, 17 y 19; Souto Araújo, 2019, pp. 6 y ss.).

En definitiva, nos encontramos en nuestro sistema con el mecanismo denominado de «segunda oportunidad», que es fiel muestra y reflejo de la evolución que se está produciendo dentro de la identidad de nuestro derecho concursal. Adviértase que nuestro ordenamiento jurídico tradicional, inspirado por el artículo 1911⁷ del Código Civil, provocaba que si el con-

⁶ Como antecedente del régimen de liberación de deuda en el derecho concursal italiano se refleja en el artículo 142 de la *Legge fallimentare*, redactado de conformidad con el Decreto Legislativo 5/2006. Sintetiza a grandes rasgos la reglamentación de esta institución para el derecho italiano, Giorgio (2019), al decir: «L'istituzione dell'esdebitazione, entrato nel nostro ordinamento con la riforma della legge fallimentare del 2006 per il fallito persona fisica e con la legge n. 3/2012 per il soggetto sovraindebitato, è stata regolata, innovata e organicamente trattata nel capo X dal titolo esdebitazione del Codice della crisi d'impresa, negli articoli che vanno dal 278 al 283. Nella prima parte, che va dall'art. 278 all'art. 281 è trattata l'esdebitazione nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata, mentre nella seconda parte, contenuta negli artt. 282 e 283, è trattata l'esdebitazione nella sola liquidazione controllata per il sovraindebitato». Sobre el particular, Vedova (2019).

⁷ Sintetiza el planteamiento de fondo de entendimiento del artículo 1.911 del CC Ortiz González (2016, pp. 363 y 364), que declara: «La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1.911 del Código Civil. Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe coheretarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace».

curso de persona física concluía sin abonar la totalidad del pasivo, este continúa obligado a afrontar los créditos restantes. La aprobación e introducción en nuestro sistema legal de la exoneración del pasivo insatisfecho supone una excepción o limitación al paradigma de la responsabilidad patrimonial universal. Igualmente, se ha de partir del dato que el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho supone el sustrato sobre el que se sostiene el mecanismo de la «segunda oportunidad», que es una ventaja para el deudor⁸ y una excepción (Montilla Arjona, 2018; Gómez Asensio, 2020, pp. 6 y ss.) a la regla general que informa nuestro ordenamiento jurídico privado. En otros términos explicativos, como es sabido, todo deudor responde a los parámetros impuestos por el principio de responsabilidad patrimonial universal, ex artículo 1911⁹ del Código Civil y artículo 6¹⁰ del Código de Comercio, respectivamente, si bien los efectos inherentes a la «segunda oportunidad» comportan una serie de salvedades y, a tal efecto, el deudor tiene que observar una serie de presupuestos y requisitos ordenados legalmente para poder aprovecharse de esta excepcionalidad.

Siguiendo con la reseña de la principal legislación sobre la insolvencia en Europa, y a nivel armonizado, nos encontramos de forma más mediata a la Directiva (UE) 2019/1023¹¹, sobre insolvencia y reestructuración europea, que ha comportado la construcción de una serie de institutos. *Ab initio*, la directiva aludida debe ser transpuesta por parte de los Estados miembros antes del 17 de julio de 2021, y aparece como una norma de mínimos, toda vez que proporciona un amplio margen de actuación a los diferentes Estados para adoptar dicha disposición.

⁸ Cfr. Díaz Tarragó (2019) y Esteban Ramos (2020).

⁹ Decreta el artículo 1.911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Interpreta este mandato relacionándolo con la «segunda oportunidad» Gómez Asensio (2020) y Garzón Ximénez (2020). Areoso Casal (2020, p. 689) declara: «Se le permite al deudor la exoneración de sus deudas (*discharge*), con la consiguiente modulación del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911, que hace responder al deudor frente a sus acreedores con todos sus bienes presentes y futuros». Cfr. art. 2740, apartado 1.º del Código Civil italiano: «Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

¹⁰ Manda el artículo 6: «En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges».

¹¹ 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (Texto pertinente a efectos del EEE.). DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019. Más sobre el particular, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» (COM[2016] 723 final - 2016/0359 [COD]).

La aprobación de la Directiva (UE) 2019/1023, en vigor desde el 16 de julio de 2019, y cuyo plazo general de transposición es de dos años, hasta el 17 de julio de 2021, como hemos indicado, tiene la excepción en su artículo 34.2¹² de un año más (hasta el 17 de julio de 2022) para «los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva». La incógnita que surgía a continuación era si España podía argumentar que se encontraba dentro de este supuesto y, por tanto, acogerse a esta disposición y dilatar la transposición¹³, que se puede ampliar hasta el año 2022. De hecho, en la fecha en que se confecciona esta contribución, nos encontramos en proceso de transición legislativa sobre la materia, toda vez que nos encontramos con el anteproyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)¹⁴. Agregado a lo precedente, el proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de 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

¹² Estipula el artículo 34 de la Directiva 2019/1023, perteneciente a la transposición: «1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a partir del 17 de julio de 2021, con la excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se aplicarán a partir del 17 de julio de 2024 y de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se aplicarán a partir del 17 de julio de 2026.

2. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva podrán disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación previsto en el apartado 1. Los Estados miembros notificarán a la Comisión la necesidad de hacer uso de dicha posibilidad de prorrogar el período de aplicación a más tardar el 17 de enero de 2021». (El énfasis de la cursiva es de nuestra autoría).

¹³ Cfr. Panzani (2021, p. 18), que viene a señalar que Italia retrasará un año más la transposición de la Directiva 2019/1023, basándose en las dificultades derivadas de la pandemia ocasionada por la covid-19; de este modo y con un año más pueden adecuar mejor su normativa concursal a la disposición europea. Se señala además que solo Alemania y los Países Bajos han adoptado la directiva, incorporando medidas negociadas flexibles, y que también habría unos 10 Estados que habrían solicitado dicha moratoria, si bien no indica cuáles son estos países.

¹⁴ Más en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Insolvencia%20Tramitaci%C3%B3n.pdf>

aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)¹⁵. Comienza este texto destacando dos finalidades complementarias en su preámbulo, que se retroalimentan, al decir que «estos procedimientos tratan de facilitar reestructuraciones del pasivo que garanticen a la vez los derechos de los acreedores y la continuidad de la empresa. En el caso de actividades inviables, el procedimiento trata de extraer el mayor valor de los activos para devolver a los acreedores el mayor porcentaje de sus créditos, siguiendo un orden de prelación». Luego, conservación-continuidad de la actividad empresarial, de un lado, y, a su vez, el interés y satisfacción de los acreedores.

En cualquier caso, hay que focalizar la atención que en la realidad práctica se constata que las pequeñas y medianas empresas en nuestro país son auténticas protagonistas y, como tal, juegan un papel predominante en el desarrollo de la economía nacional, como hemos descrito. Véase el porcentaje de empresas por tamaño en la economía: grandes empresas con más de 250 trabajadores representan el 0,17 %; medianas el 0,83 %; pequeñas el 5,10 %; microempresas el 38,38 %, y pymes sin asalariados, que se corresponde con «autónomos propiamente dichos», 55,53 %¹⁶.

En este punto, hemos de tener muy presente qué se concibe como pymes y, a tal fin, hemos de atender a lo estipulado en el artículo 2 del anexo de la Recomendación 2003/361/CE¹⁷, al establecer *los efectivos y límites financieros que definen las categorías de empresas*:

1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYMES) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. 2. En la categoría de las PYME, se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros. 3. En la categoría de las PYMES, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

¹⁵ Más en el Boletín del Congreso de los Diputados, Proyectos de Ley, en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-1.PDF

¹⁶ Los datos son extraídos del cuarto trimestre de 2020, que se contienen en los informes elaborados por la Dirección General de la Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa a partir de datos proporcionados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre las empresas inscritas en la Seguridad Social (<http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2021.pdf>).

¹⁷ Cfr. la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, DOUE L 124, de 20 de mayo de 2003. Además, *vid.* la definición de pyme, que está recogida en el anexo I del Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión.

Se corrobora el dato que el sustrato empresarial español está diseñado por pymes de menos de 250 trabajadores, las cuales concentran el mayor porcentaje de creación de empleo (71,9 %) y también de valor añadido (61,3 %). Adviértase además que las pymes están constituidas por microempresas con menos de 10 trabajadores, que suponen el 95 % del tejido empresarial español¹⁸.

Bajo este panorama, quienes tienen más inconvenientes para solventar los supuestos de sobreendeudamiento e insolvencia son las microempresas, que se revelan del siguiente modo: microempresa, dentro del sector del comercio y con una cifra anual de negocios inferior a 250.000 euros y con una vida de menos de 4 años de antigüedad¹⁹.

Cada vez resulta mayor la solicitud de concursos de un gran número de empresas, en concreto, como consecuencia de los graves efectos derivados de la pandemia sanitaria covid-19²⁰, que provoca la falta de liquidez y moratorias²¹, que impide con frecuencia el continuar correctamente con sus negocios. En este contexto, las más afectadas son las pequeñas y medianas empresas, al tener más dificultades de acceso a la financiación bancaria y, en suma, al crédito.

Lo precedente no es resultado de la casualidad, sino de la causalidad y, reflejo de ello, es observar y reflexionar detenidamente sobre los datos estadísticos y macroeconómicos²²

¹⁸ Vid. Comisión Europea (2019), *SBA Fact Sheet Spain*. En <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38662/attachments/27/translations/en/renditions/native+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>

¹⁹ Al respecto, *vid.* <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0419.pdf>. También lo recoge Gómez Asensio (2020, pp. 9 y ss.).

²⁰ *Cfr.* <https://plataformapyme.es/es-es/InformacionPymes/Paginas/InfPymes.aspx>. También Brenes Cortes (2020, p. 64) opina que «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».

²¹ Se ha de atender a las actuaciones del Consejo General del Poder Judicial en aras de aliviar los efectos económicos derivados de la propagación de la covid-19. En este sentido, se están adoptando *medidas en el orden jurisdiccional civil*: especialidad de mercantil, véase la redacción del primer documento de trabajo: «Se está impulsando además la unificación de criterios en la aplicación de los mecanismos de segunda oportunidad, que tan necesarios van a resultar en los próximos meses» (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/EI-CGPJ-reune-un-centenar-de-medidas-en-un-documento-base-preparatorio-del-plan-de-choque-para-evitar-el-colapso-de-la-Justicia-tras-el-fin-del-estado-de-alarma>). Véase, además, las directrices de la Autoridad Bancaria Europea relativas a las moratorias legislativas y no legislativas de los reembolsos de préstamos aplicadas a la luz de la crisis de la covid-19 (EBA/GL/2020/02), versión consolidada actualizada a diciembre de 2020 en <https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2020-02-ES.pdf>.

²² Pueden obtenerse datos relacionados en el INE: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550; Registro del Consejo General de Economistas – Refor: <https://refor.economistas.es/observatorio-concursal-del-registro-de-economistas-forenses/>; Registradores (Anuario mercantil 2019): <https://www.registradores.org/actualidad/>

proporcionados para darse cuenta del perjuicio que trae esta situación en las empresas y, en especial, a las pymes. Esta situación no solo se circunscribe a los efectos sufridos por la pandemia, sino que estamos ante una «situación recurrente». Sin ir más lejos, baste recordar ahora el Dictamen núm. 1/2011²³, del Consejo Económico y Social de España, sobre el anteproyecto de ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que en su página 2 rezaba:

Por volumen de negocio de las empresas concursadas, los establecimientos de menos de 5 millones de euros representan cerca del 80 por 100 del total de concursos; de hecho, tan solo las empresas con un volumen de negocio inferior a los 2 millones de euros ya suponen el 62 por 100 del global. En la gran mayoría de los casos, el concurso conduce a la liquidación de las empresas, lo que sucede en un 89 por 100 de los concursos voluntarios y en un 92 por 100 de los necesarios.

Se infiere, pues, y de forma nítida, que las microempresas y pymes²⁴ suelen ser las más afectadas por la situación de crisis empresarial y, por ende, en un contexto de crisis económica ocasionada por la pandemia de la covid-19, que estamos atravesando, aquellas son las más afectadas y perjudicadas por dicha situación. De ahí que haya que buscar y fomentar aquellos institutos y remedios que pongan de relieve soluciones eficientes y factibles desde la óptica legal.

Bajo esta argumentación, se puede pensar que el instituto denominado «segunda oportunidad» o los denominados institutos preconcursales se convierten en herramientas idóneas para paliar las consecuencias económicas y financieras derivadas de la situación de pandemia sanitaria –poscovid-19–, en concreto, sobre la microempresa y pyme, que en un

portal-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles#portlet_com_liferay_journal_content_web_portlet_JournalContentPortlet_INSTANCE_J2KQpq2YaOw4

²³ Cfr. el Dictamen núm. 1/2011, del Consejo Económico y Social de España, sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, emitido en su sesión ordinaria del pleno del 23 de febrero de 2011, y editado por el Departamento de Publicaciones, NICES: 608-2011.

²⁴ Les dedica especial atención en la Directiva (UE) 2019/1023, en sus considerandos núm. 17: «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». Y, núm. 18: «A la hora de definir las pymes, los Estados miembros podrían prestar la debida consideración a la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo o a la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas».

alto porcentaje²⁵ son personas físicas, además de las personas naturales que no ejercen actividad empresarial, como son el consumidor o el particular. De ahí la conveniencia de su incentivo y promoción por parte del legislador.

A raíz de estas aseveraciones de partida surgen algunos interrogantes: para qué sirve el derecho concursal; cuál es su filosofía inspiradora; existen mecanismos relacionados que pueden paliar o solventar las situaciones de dificultades económicas de los sujetos, tal y como sucede con el derecho preconcursal o el mecanismo denominado «segunda oportunidad» ligado al derecho concursal. Las incógnitas enunciadas y sus respuestas se convierten en las paradas de nuestro itinerario, que descifraremos seguidamente.

2. La filosofía inspiradora del derecho concursal

Este tópico es una de las claves para poder entender la articulación de cualquier legislación concursal y sobre este particular existe bastante literatura científica²⁶, si bien hay que precisar que depende y se relaciona con la ideología política del gobierno de turno que se encuentre en un momento determinado en el poder, así como en la tradición jurídica que subyace en uno u otro sistema; extremo que no debiera ser así, toda vez que la legislación concursal lo denominada bajo otra terminología: legislación de bancarrotas, crisis empresarial, dificultades económicas, insolvencia o quiebras, que debiera ser neutra o imparcial en su concepto, características, estructura, identidad y principios.

También resulta certero decir que a lo largo del tiempo la finalidad asociada al derecho concursal ha ido variando y se ha puesto mayor o menor énfasis en una finalidad u otra, en muchos casos confundiendo medios con fines. Expliquemos esto último diciendo que en los primeros momentos históricos de la legislación concursal se ponía especial hincapié en el carácter represivo y sancionador (Rodríguez Celada, 2017), extremo que con el paso del tiempo se ha paliado por el estigma que ha soportado el sujeto insolvente o quebrado, y hasta el punto de construir una cultura que a día de hoy sigue subsistiendo en algunas legislaciones, donde se considera que el deudor quebrado es un fallido o «fracasado», planteamiento que poco ayuda a entender la mecánica de cualquier normativa concursal, en especial si con ella se persigue anticipar en el tiempo o prevenir «males mayores» inherentes a las situaciones de dificultades económicas que atraviesa el sujeto en este tipo de situaciones.

Con el deambular de los años, se ha trasladado la finalidad de satisfacción de los acreedores y la consiguiente liquidación de los bienes a otros fines, o mejor dicho, medios para conseguir un fin, como son la prevención, la conservación de la empresa o la preservación

²⁵ Como bien apunta Cuenca Casas (2021), «no hay que perder de vista que la persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa. El 54 % de los empresarios son personas físicas». (Fernández Ecker y Sallent Sánchez, 2019).

²⁶ Cfr. Marcos González (2010) y Cuesta Rute y Núñez Rodríguez (2014, pp. 7 y ss.).

–o no pérdida– del empleo. Estos últimos se han visto disciplinados y reconocidos legalmente en diferentes normativas concursales de diferentes países y en épocas distintas.

Aunado a lo precedente, también se ha de traer a colación aquí el planteamiento que el armazón y el espíritu de las disposiciones concursales han ido dirigidas a solventar las situaciones de dificultades económicas de un tipo de deudor que se viste, fundamentalmente, de persona jurídica; mientras que la persona física ha estado durante mucho tiempo al margen y su arquitectura y resolución no se adecua bien en la legislación concursal española²⁷, poniendo sobre la mesa graves deficiencias en su tratamiento y resolución.

Focalizando nuestra atención en el derecho concursal español más reciente, cabe aseverar que la finalidad del procedimiento concursal reglamentado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, de lo concursal²⁸, que encontraba su fundamento en sus precedentes proyectos de leyes concursales españolas, presentados, uno ya al Ministerio de Justicia en su primera versión en el año 2001 y otro al Parlamento en julio del 2002, era y es la *mejor tutela del crédito* (satisfacción de los acreedores) a través de diversas vías: sea la liquidación (enajenación o venta de activos a través de un plan de liquidación-plan de pagos), o bien la conservación de la empresa (mediante soluciones negociadas-convenio); hay que precisar, además, que la solución negociada por *convenio* es la *solución normal* querida por el legislador español, y así lo ponía de manifiesto en la exposición de motivos de su ley «faro» 22/2003, pero que desafortunadamente se ha quedado en «buenas intenciones», toda vez que las estadísticas nos cuentan que de las solicitudes de concursos, el 93 % acaban en liquidación, quedando el otro 7 % solo para la consecución de soluciones negociadas por mediación del convenio. Luego las pretensiones buscadas por el legislador no han dado los frutos deseados.

Bajo este contexto, se ha de apreciar que mediante las diferentes actualizaciones sufridas por la ley de 2003, que se enunciarán *infra*, se han incorporado otros medios-objetivos a cumplir por el derecho concursal, como es la prevención, en especial a través de la incorporación de los diferentes institutos *preconcursoales*, como son, primero, el acuerdo de refinanciación de deuda (ahora, ex art. 596-630 TRLC) y, de otro, el acuerdo extrajudicial de

²⁷ Asevera y compartimos con Niño Estébanez (2018): «Desde un primer momento, pudo apreciarse que la Ley Concursal no resultaba útil para las personas físicas». Y proporciona las razones de tal afirmación: «El procedimiento concursal resultaba poco atractivo y, por qué no decirlo, inútil para el deudor persona física, fuera o no empresario, por muchos y diferentes motivos, entre otros: porque era muy difícil conseguir la aprobación de un convenio; los créditos con garantía hipotecaria y los créditos públicos quedaban al margen del concurso, cuando estas son las deudas más importantes de los consumidores y de los empresarios individuales; el concurso es en sí mismo un procedimiento judicial complejo, que de ordinario se prolonga en el tiempo, a lo cual ha contribuido la política legislativa de no crear más Juzgados de lo Mercantil, al menos uno exclusivo por provincia; e igualmente, el concurso no era un proceso judicial barato, por lo que apenas podía ser asumido por un particular que atravesaba dificultades económicas; y además, no se contemplaba ninguna atenuación del rígido principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1.911 Código Civil».

²⁸ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

pagos (ahora, ex arts. 631-720 TRLC), o conocido también como mediación concursal. Es verdad que esto atiende también a lo que acaece en otras legislaciones de derecho comparado, como sucede con el derecho concursal belga o francés²⁹ e, inclusive, por las recomendaciones y sugerencias que vienen promovidas desde diferentes ámbitos europeos e internacionales, y que se referenciarán en otra sede de este trabajo.

Cerrando las observaciones en torno a la finalidad del derecho concursal, cabe decir que aparece en el cuerpo normativo de la Ley 22/2003 cuando se hace referencia a la expresión *interés del concurso*, que la ley no define –no tiene por qué– y, por tanto, se ha de concretar *ad hoc* en función de las circunstancias y atendiendo a intereses dignos de amparo y tutela. Por equiparación, es similar cuando hablamos en el derecho de sociedades mercantiles del interés social. Estamos ante conceptos abstractos y vagos, que se han de ir concretizado caso por caso.

Somos de la opinión que el promover, *v. gr.*, institutos como la «segunda oportunidad» dentro del derecho concursal nos revela un cambio de óptica, puesto que acudimos –y somos testigos– de la evolución³⁰ desde el principio *pro creditoris* característico del derecho concursal tradicional, y que ha originado significativas deficiencias³¹ en sus soluciones. Mientras que

²⁹ Una muestra del cambio de filosofía ya se reflejaba en la década de los 80 en el derecho concursal francés; al respecto, véase el antiguo artículo 169 de la Loi núm. 85-98 du 25 janvier 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, cuya filosofía se encuentra ahora reconocida en el art. L.643-11 del *Code de commerce* (Ord. n.o 2000-912 du 18 sept. 2000). Vid. <https://www2.liaisons-sociales.fr/ressources/dossiers-juridiques/loi-pacte/aide-aux-entreprises/rebond-des-entrepreneurs.html>; «Autoriser l'échec pour mieux réussir», 11 de septiembre 2019, en <https://www.economie.gouv.fr/loi-pacte-rebondir-entreprises#>.

³⁰ Hemos de partir del descrédito y la miseria asociada a la quiebra, que se ve reflejado en la literatura en obras, *v. gr.*, de Thomas Mann: *Los Buddenbrook* (1901). Subráyese lo que afirma para el derecho francés Nabet (2020): «Qu'est-ce qu'un droit des entreprises en difficulté efficace ? La réponse à cette question varie selon les périodes. De 1807 à 1985, une faillite était considérée comme efficace lorsqu'elle permettait de payer un maximum de créanciers. Si, au passage, on pouvait éliminer le débiteur du monde des affaires, c'était mieux. Depuis la loi de 1985, le paradigme a changé. Un droit des entreprises en difficulté efficace est désormais celui qui permet de sauver l'entreprise et les emplois qui s'y rattachent. La loi de sauvegarde de 2005 a accéléré le mouvement et, depuis lors, les réformes se succèdent, avec deux credo: anticiper les difficultés du débiteur et favoriser son rebond après une liquidation judiciaire». Bézert (2021, pp. 2 y 3). Para el derecho italiano Dio (2020) proclama: «L'istituto giuridico dell'esdebitazione, disciplinato dagli artt. 142 e ss. della Legge Fallimentare, è un rimedio in caso di sovraindebitamento. È stato introdotto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano mediante la riforma operata dal Decreto Legislativo n. 5/2006 e rappresenta uno dei cardini di un significativo – nonché recente – mutamento della coscienza sociale, orientata nel senso di una rimodulazione del carattere afflittivo delle procedure concorsuali nei confronti degli imprenditori insolventi».

³¹ Compartimos la reflexión vertida por Cuenca Casas (2021): «Si bien hasta la fecha el Derecho de la insolvencia europeo se ha caracterizado por una perspectiva *pro creditoris*, siendo su objetivo fundamental la satisfacción de los derechos de los acreedores, hoy se ha demostrado, tras la crisis de 2008, que era necesario un cambio de enfoque [...]. Este aspecto es sumamente relevante. La concepción que del concurso tiene el empresario tiene mucho que ver con la solución de la insolvencia. Estigmatizado el concurso, el deudor suele llegar tarde, normalmente sin activos, lo que impide una solución convencional de la crisis y aboca el procedimiento a la liquidación».

ahora se considera y pondera el principio de *favor debitoris*³² y, en particular, al deudor honesto y de *buena fe*. A tal efecto, el proyecto de reforma concursal que se está tramitando por vía de urgencia en el parlamento acoge estos planteamientos. *De facto*, el propósito con esta nueva reforma legislativa se contiene en la norma al manifestar en líneas generales en su preámbulo que

la Ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales.

De esta suerte, se intenta dar respuestas a los inconvenientes y limitaciones que se habían venido presentando con la reglamentación de esta institución concursal. Sin embargo, se ha de reseñar que la disciplina futura del instituto de la segunda oportunidad en cierto modo, y por algunos aspectos reglamentados –v. gr., la no exoneración de créditos de derecho público–, se contradice al no observar lo que se contiene en la identidad de la Directiva (UE) 2019/1023 e, inclusive, al propio espíritu³³ que se persigue en esta.

3. Acercamiento al cuadro normativo concursal

Apuntemos a continuación cuál es el derecho concursal actualmente vigente en España, partiendo del derecho europeo para pasar a la exposición del derecho nacional. A nivel europeo, tenemos el Reglamento (UE) 2015/848³⁴, del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. Y, la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento y del Consejo de 20 de junio de 2019, Directiva sobre insolvencia y reestructuración³⁵, ya anotada. Ambos textos legales provocan que se haya de modificar la reglamentación actual y adaptarse³⁶ a la misma, en particular, por lo que hace a la directiva.

³² Cfr. Bastante Granel (2020, pp.227-229).

³³ Téngase en cuenta la precisión que realiza la norma en su preámbulo al apuntar que «la Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de segunda oportunidad para evitar que los deudores se vean tentados a deslocalizarse a otros países que ya acojan estos institutos, con el coste que esto supondría tanto para el deudor como para sus acreedores. Al tiempo, la homogeneización en este punto se considera imprescindible para el funcionamiento del mercado único europeo».

³⁴ DOUE L 141, 5 de junio de 2015.

³⁵ Véase para los antecedentes de esta normativa la interpretación de Rojo Fernández-Río (2017), Garcimartín Alférez (2018) y Pacchi (2019, pp. 1.259 y ss.) Reténgase, además, los comentarios en torno al nacimiento de esta directiva influenciada por el derecho alemán y francés de la prevención; así lo manifiestan Romani (2020, pp. 54 y ss.) y Stones (2019).

³⁶ Para el derecho italiano, *vid.* Decreto legislativo n.º 14 del 12 gennaio 2019 recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in ottemperanza a quanto stabilito nella legge delega (legge n.º 155/2017), publicado en Gazzetta Ufficiale n.º 38, del 14 febbraio 2019. Il Decreto correttivo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Decreto legislativo n.º 147 del 26 ottobre 2020), publicado en Gazzetta Ufficiale n.º 276 del 5 novembre 2020. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/02/14/19G00007/sg> (Andriulo, 2021).

Atendiendo a la reglamentación nacional, podríamos decir a grandes rasgos que en España el concurso de cualquier sujeto, sea persona física o jurídica con actividad empresarial o no, ha estado ordenado desde el 9 de julio de 2003 hasta el 1 de septiembre de 2020 por la ley concursal 22/2003, si bien esta ha ido sufriendo sucesivas actualizaciones y modificaciones³⁷, hasta la entrada en vigor el 1 de septiembre del 2020 del texto refundido de la Ley concursal³⁸ (TRLR), que supone el derecho actual y vigente.

Además, también en este trayecto legal, tal y como hemos anticipado, ha acaecido otra grave excepcionalidad, como es la declaración de la situación de pandemia sanitaria derivada de la enfermedad covid-19. Ante esta tesitura y, relacionada con el derecho concursal, se dictan normas de carácter de emergencia o transitorias³⁹ al punto de evitar los graves efectos económicos y financieros derivados de la propagación de la enfermedad covid-19⁴⁰, donde, entre otras medidas, se suspenden los plazos legales para solicitar el concurso de acreedores. A tal efecto, véase el Real Decreto-ley 8/2020⁴¹, en especial el artículo 43. También, el Real Decreto-ley 16/2020⁴², de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración

³⁷ La Ley 22/2003 ha sido susceptible de diferentes modificaciones, las más relevantes y sustanciales son las que se enuncian a continuación:

- Real Decreto-ley 3/2009 y Ley 38/2011.
- Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores.
- Real Decreto-ley 4/2014 (se convalida mediante la Ley 17/2014).
- Real Decreto-ley 11/2014 (se convalida a través de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal).
- Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (se convalida mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad).

³⁸ Interpreta y comenta los trabajos preparatorios en torno a este texto legal Rojo Fernández-Río (2020).

³⁹ Esta situación de diseñar un derecho transitorio también se produce en otras legislaciones, como sucede en otros países: el caso francés, *v. gr.*, *Ordonnance n.º 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19*, en <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2020/5/20/JUSC2011603R/joyte>. Al respecto, *vid.* Macorig-Venier (2020). Para España: González Vázquez (2020) y Alonso Hernández y Martínez Ruiz (2021, pp. 283 y ss.).

⁴⁰ Entre otras normas, *cfr.* para el derecho italiano: Ley n.º 40, de 5 de junio de 2020, *conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*. (20G00060) (GU Serie Generale n.143 del 06-06-2020) <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/06/06/20G00060/sg>. Véase, además, *Italian Supreme Court Draws On CERIL COVID-19 Statement*, <https://www.ceril.eu/news/italian-supreme-court-draws-on-ceril-covid-19-statement>. Y, para el resto de legislaciones, Madaus, Wessels y Boon (2020).

⁴¹ BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

⁴² BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020. Al respecto, Rojo (2020, pp. 17 y ss.).

de Justicia. Agregado a lo precedente, se emiten la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁴³. Igualmente, el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria⁴⁴. Se expresa en el preámbulo de esta norma los beneficios (finalidad a alcanzar) en su considerando primero, al decir:

Las medidas adoptadas en el ámbito concursal y societario han conseguido evitar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación). Ello ha evitado un posible efecto en cadena, con la consiguiente parálisis económica, restricción de liquidez, destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo, permitiendo, en definitiva, a las empresas que puedan refinanciar o reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar la disminución de su patrimonio neto, protegiendo así una base para la restauración del equilibrio patrimonial una vez termine la situación excepcional derivada de la pandemia, reforzándose así la continuidad y solvencia del conjunto del sistema económico y la estabilidad financiera (la cursiva-énfasis es de nuestra autoría).

En esta misma línea de prolongar la suspensión de solicitudes de concursos nos encontramos con el Real Decreto-ley 5/2021⁴⁵, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, que estipula en su preámbulo (I):

Se extienden hasta finales de año las moratorias para el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la pandemia puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso. Además, se mantienen las mejoras de agilidad en el proceso concursal, mientras se completa la modernización del régimen concursal español en el marco de la transposición de 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) [...]. La moratoria concursal proporcionará el marco adecuado para abordar el proceso de análisis

⁴³ BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020. Al respecto, Díaz Moreno (2020).

⁴⁴ BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020.

⁴⁵ BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2021. Reténgase aquí también con carácter general lo decretado en el considerando IV de esta disposición legal y lo previsto en la disposición final séptima.

y refuerzo de los balances y de reestructuración financiera, en el curso de 2021, en paralelo con la modernización del marco concursal con ocasión de la transposición de la correspondiente Directiva. De esta manera, el conjunto de medidas contempladas en el Real Decreto-ley permitirá apoyar a las empresas con problemas de solvencia desde las situaciones más leves hasta las más severas, siempre con el objetivo de apoyar el mantenimiento de la actividad y el empleo.

Enlazado a lo anterior, téngase en cuenta lo decretado en el considerando IV de esta reglamentación, al decir:

La disposición final séptima lleva a cabo una modificación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, para ampliar la vigencia de algunas de las medidas de esta Ley en el ámbito concursal.

Sumado a lo precedente, y dentro de este deambular, entre las últimas disposiciones en torno al derecho de emergencia podemos encontrarnos el Real Decreto-ley 27/2021⁴⁶,

⁴⁶ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 2021. Viene a decir que las medidas se prorrogan hasta junio del 2022. Declara la exposición de motivos: «Con ocasión de las sucesivas ampliaciones del Marco Temporal, como consecuencia de la extensión en el tiempo del impacto económico derivado de la crisis sanitaria, se ha extendido tal posibilidad en dos ocasiones: el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria, lo hizo hasta 30 de junio de 2021, y el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de COVID-19, hasta 31 de diciembre de 2021. El 18 de noviembre de 2021 se aprobó la sexta enmienda del Marco Temporal de la Comisión Europea, que extiende su vigencia, con carácter general, hasta el 30 de junio de 2022. En este contexto, resulta oportuno alinear la regulación española a este nuevo plazo. [...] Por ello, se establece la prórroga exclusivamente durante el ejercicio 2021 de la medida excepcional prevista en el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. En consecuencia, a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas, no se computarán las de los ejercicios 2020 y 2021, sin que surtan efecto las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto hasta la mitad del capital social hasta el resultado del ejercicio 2022. Asimismo, se extienden, hasta el 30 de junio de 2022, las moratorias previstas en el artículo 6 de la citada Ley, para evitar el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la situación económica generada por la crisis de la COVID-19, puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso. Esta prórroga se corresponde con la ampliación del marco temporal de ayudas concedido por la Comisión Europea en su Decisión de 18 de noviembre de 2021 y proporciona seguridad jurídica durante el periodo transitorio hasta que se complete la tramitación legislativa en curso para la modernización del régimen concursal español en el marco de la transposición de 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Dicha reforma, que constituye uno de los hitos previstos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, modernizará el sistema concursal español, dotándolo de nuevos instrumentos

de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación, destinado, especialmente, a dilatar en el tiempo las medidas dictadas en el ámbito concursal y la mitigación de los efectos derivados de la pandemia sanitaria.

Centrando nuestra atención, a modo de ejemplo, en el mecanismo de «segunda oportunidad»⁴⁷, se declara en la disposición final séptima. Modificación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que modifica el artículo 9, relativo a la tramitación preferente.

Hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se tramitarán con carácter preferente: [...] g) El concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa y de la posibilidad de plantear un plan de pagos, instado por mediador, en el que conste lista de acreedores provisional, calificación fortuita y solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, junto con declaración responsable por parte del deudor en la que manifieste que no dispone de ningún activo. h) El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Unido al mandato relatado, hay que retener también lo previsto en el artículo 12. *Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, que reza:

Hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado.

Se descuelga de estos dos preceptos dentro del derecho de emergencia, que se procura primar y amparar a aquellos sujetos deudores que acuden al mecanismo de la exoneración del pasivo insatisfecho (segunda oportunidad).

Puede apreciarse de lo hasta aquí descrito, de un lado, que son variadas las normas emitidas con ocasión de la crisis pandémica, cuestión que provoca no claridad y hasta veces inseguridad jurídica y, de otro, baste leer el preámbulo del último real decreto enunciado

para la reestructuración temprana de empresas viables, avanzando en la segunda oportunidad para empresarios personas físicas y agilizando y haciendo más eficientes los procesos concursales».

⁴⁷ Nótese la modificación del artículo 12. *Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*. «Hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado».

ut supra, para darse cuenta de que el legislador es muy ambicioso en sus intenciones; sea como fuere, sí queda claro que las normas de emergencia y excepcionalidad relatadas cohabitarán durante el tiempo que esté vigente la situación pandémica con el derecho concursal propiamente dicho.

Como puede inferirse de lo relatado, nos encontrábamos ante un compendio de normas de «acarreo» constante (*cfr.* nota núm. 30), si bien ha clarificado y estructurado⁴⁸ un poco el panorama el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal⁴⁹, cuya disposición final segunda, dedicada a la entrada en vigor, prescribe: «El presente Real Decreto Legislativo y el texto refundido de la Ley Concursal que aprueba entrarán en vigor el 1 de septiembre del año 2020». Este texto legal deroga la anterior ley de referencia 22/2003, formalmente, puesto que el espíritu y el contenido-fondo⁵⁰ de esta

⁴⁸ El texto refundido se divide en tres libros: el primero, el más extenso, está dedicado al concurso de acreedores. En la distribución de la materia entre los distintos títulos de que se compone este primer libro, existen diferencias importantes con la sistemática de la Ley 22/2003, de 9 de julio. Así, por ejemplo, hay un título específico sobre los órganos del concurso, dividido en dos capítulos, uno dedicado al juez del concurso y otro a la administración concursal. El libro II está dedicado al derecho preconcursal. En el libro III se incluyen las normas de derecho internacional privado que hasta ahora contenía el título IX de la Ley concursal.

⁴⁹ BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020. Los antecedentes de la promulgación del texto refundido de la Ley concursal pueden resumirse del siguiente modo: véase la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2015. Se estipulaba la habilitación para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal y se declara: «Al efecto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor, a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los ministros de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos». El ejecutivo envió al Consejo de Estado el acuerdo alcanzado en materia concursal junto con la petición de aprobar el proyecto de texto refundido de Ley concursal, que estaba redactado desde el año 2016 por la Comisión General de Codificación (sección 2.^a). En efecto, *cfr.* el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Número de expediente: 1127/2019, 26 de marzo de 2020, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-1127>. Previamente se habían pronunciado también tanto la Fiscalía General del Estado (2019) y la ponencia especial de la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, nombrada por Orden el 20 de enero de 2016, ampliada por Orden de 7 de abril de 2017, en torno a la «Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal», Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Comisión General de Codificación. Nótese que desde 2018 estaba constituida una Comisión General de Codificación en una sección especial, debido a la futura aprobación de la Directiva (UE) 2019/1023. Esta comisión tenía por encargo la elaboración de un informe, así como de una propuesta legislativa para transponer el texto al ordenamiento jurídico español en tiempo y forma. El legislador tenía como misión la redacción, aprobación y entrada en vigor del TRLC, puesto que este serviría de primer paso totalmente necesario para poder llevar a buen puerto el mandato europeo.

⁵⁰ La exposición de motivos declara en su considerando primero: «De aquel derecho que aspiraba a ser estable se pasó así a un derecho en perpetua refacción». En su considerando segundo se relata: «El texto refundido de la Ley Concursal debe ser el resultado de la *regularización, la aclaración y la armonización* de unas normas

última sigue vigente a través de este texto refundido⁵¹. Sobre esta disposición legal se podrían pronunciar varias críticas y controversias interpretativas que se han suscitado a su alrededor. La primera de ellas se ve reflejada en el momento y la oportunidad⁵² de adoptar una legislación del calibre de lo concursal, sin tener en cuenta la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, así como la reglamentación del estatuto de la administración concursal, que viene desde el año 2011 «dando tumbos». Sumado a lo precedente, hemos de agregar la situación de pandemia sanitaria y que aún subsiste, y cuyos paliativos consisten, como se ha relatado, esencialmente en ampliar los plazos en orden a la exención del deber del deudor (ex art. 5 TRLC) que se encuentra en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso, y la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario, que presentan los acreedores. Ni que decir

legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes. Regularizar significa ajustar, reglar o poner en orden. Aclarar es verbo de múltiples significados: a veces, alude a quitar lo que impide apreciar la realidad de alguna cosa; otras, implica la idea de explicar. Y armonizar equivale a hacer que no discuerden dos o más partes de un todo. La autorización no se circunscribe a la mera formulación de un texto consolidado, sino que incluye esa triple facultad. [...] La elaboración del texto refundido permiten así *solucionar un buen número de problemas sin alterar el sistema legal vigente*. [...] La Ley Concursal apenas supera los 250 artículos; el texto refundido casi ha *multiplicado por tres este número*. Pero no solo esto: al redactar el texto refundido, el Gobierno no solo aspira a ofrecer un conjunto normativo que fuera sistemático y que fuera claro e inteligible. Por supuesto, *el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes*. [...] *La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado*. España tiene *pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad». La cursiva es de nuestra autoría y se sigue expresando en el Preámbulo de la norma: «En el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal. El ámbito temporal de aplicación de estas medidas es limitado, pues tratan de atender de manera extraordinaria y urgente la situación de los procesos concursales tras la finalización del estado de alarma y la situación de las empresas afectadas por la disminución o el cese de actividad motivada precisamente por las consecuencias económicas generadas por la mencionada crisis sanitaria, de modo que *durante un cierto período de tiempo ambas normas, texto refundido y normas excepcionales, coincidirán en su aplicación, si bien cada una en su respectivo ámbito*».

⁵¹ Recuérdense lo que establece el artículo 82.5 de la Constitución española: «La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos».

⁵² Hablábamos de oportunidad en cuanto a la aparición del texto refundido de la Ley concursal; el legislador no ha tenido en cuenta, por tanto, aquella frase que se le ha atribuido a san Ignacio de Loyola que «en tiempo de tribulación, no hacer mudanza». Y se hace evidente con los datos de lo que está acaeciendo.

tiene que la dilatación en el tiempo de la no solicitud del concurso supone desconocer la vida y funcionamiento de cualquier empresa, ya que su situación deteriorada se va a ver «inflada» aún con más deudas. Con el paso del tiempo y la observancia de las restricciones sanitarias, supone que las empresas que ya tuvieran inconvenientes financieros tengan que seguir sobreviviendo a base de créditos para reforzar su liquidez y otras ayudas, como los ERTE. Todo ello supondrá a la larga graves dificultades y tropiezos para su continuidad y que se vean abocadas a su desaparición. Bajo este contexto, poco o nada podrá realizar la legislación concursal.

También hemos de reseñar la circunstancia de la técnica «vestidura» legislativa adoptada de texto refundido, considerando que materias, no solo el concursal, sino piénsese en la legislación sobre sociedades mercantiles, derecho de consumo, están recolectadas en disposiciones de este tenor; quizá hubiera sido deseable otra herramienta legal. La cuestión controvertida aquí es si el legislador solo se ha limitado a compilar y refundir normas mediante *la regularización, la aclaración y la armonización*, tal y como explicita en su exposición de motivos, ya anotada, o por el contrario ha ido mucho más allá en sus funciones y, por tanto, pudiera aplicársele la doctrina *ultra vires, v. gr.*, el régimen de venta de unidades productivas o el alcance de la exoneración de deudas respecto a los créditos de derecho público (ex art. 491 TRLC). Sobre este último tópico, cabe apuntar que ha provocado diferentes críticas por los operadores económicos, así como por la doctrina⁵³ en cuanto que propugnan que los créditos de derecho público deberían socializarse con la situación de dificultades económicas que atraviesan estos sujetos (personas físicas), extremo que no ha tenido en consideración el legislador en el texto refundido definitivo⁵⁴, y resulta ser una cuestión que puede inducir a error, tal y como se hace patente en lo siguiente:

⁵³ Cfr., sobre el particular, Arjona Guajardo-Fajardo (2017), Diéguez Oliva (2019), Moya Ballester (2020), Sendra Albiñana (2020), Rivas Ruiz (2020) y Brenes Cortés (2020, p. 66).

Opina Cuenca Casas (2020a): «Sin exoneración del crédito público no habrá una real segunda oportunidad para los empresarios insolventes y esto se traduce en más paro y más gasto público: los empresarios seguirán acudiendo a la economía sumergida si no encuentran una solución eficiente a su insolvencia en sede concursal».

⁵⁴ Manifiesta Areoso Casal (2020, p. 694): «Procede efectuar una profunda crítica de la regulación sobre la extensión de la exoneración. [...] Y lo hacemos a la luz del contenido de un tercer apartado que la norma antes transcrita tenía en el Proyecto de Texto Refundido en el que, acogiendo la línea jurisprudencial marcada por el TS, se incluía de forma expresa en la exoneración a los créditos de Derecho público. Tal apartado no llegó a ver la luz de la promulgación a raíz del informe del CGPJ en el que se consideraba que su inclusión excedía del mandato contenido en la delegación legislativa, lo que, sin embargo, no había resultado impedimento para que, en otros extremos en los que el Proyecto legislativo sí había recogido la doctrina jurisprudencial, no solo se informase positivamente por el CGPJ sino que, incluso, expresamente se señalaba que el recoger la línea marcada por el TS entrada dentro del mandato contenido en la delegación legislativa. Creemos, así pues, que se ha perdido una buena oportunidad para hacer una inclusión expresa de los créditos públicos en el ámbito de la exoneración del pasivo insatisfecho, a la que deseamos que sea el TS el que profundice en esa vía ya por él iniciada». En cambio, a favor de la exclusión de los créditos de derecho público: Verdú Cañete (2020, p. 5) aboga: «Siguiendo la lógica del sistema, es perfectamente defendible la exclusión del crédito público del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho».

Ciertamente el texto de la Ley es confuso en cuanto al tratamiento del crédito público, y aunque el TS resolvió la cuestión en marzo del año 2019 por Sentencia del Pleno, la entrada en vigor del nuevo TRLC puede haber generado dudas al organismo público sobre la aplicabilidad o no de la misma interpretación⁵⁵.

Nótese que la Sentencia núm. 381/2019, de 2 de julio, del Tribunal Supremo⁵⁶, ha determinado que la exoneración del pasivo insatisfecho también incluye a los créditos de derecho

⁵⁵ Vid. el fundamento jurídico sexto de la Sentencia núm. 120 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, ponente doña María Teresa Trinidad Santos, de 22 de octubre de 2020 (TOL8.262.531).

⁵⁶ Cfr. la interpretación de esta relevante resolución jurisprudencial en Super Contable (2019). También confirma la línea marcada por el Tribunal Supremo la Sentencia núm. 73 de lo Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, de 5 de marzo de 2020, ponente don Miguel Ángel Álvarez-Linera Prado (TOL7.905.941), al apuntar que «como cuestión previa a resolver sobre la exoneración planteada, se ha de dejar constancia de ciertas consideraciones en relación con los créditos de derecho público, y en este caso se ha de traer a colación la sentencia de la AP de Asturias de 13 de diciembre de 2018 en la que se hace constar que "El laberíntico esquema del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor persona natural es [...] construido sobre el concepto normativo del 'deudor de buena fe' previsto en el apartado 3 del art. 178 bis LC al requerir la concurrencia de varios requisitos indispensables, primeramente unos de carácter cumulativo, como son los recogidos en los ordinales 1.º a 3.º, y seguidamente otros de carácter alternativo, como son los ordinales 4.º y 5.º Por lo que se refiere a estos últimos la norma permite al deudor optar bien por satisfacer los créditos que se relacionan en el ordinal 4.º (posibilidad abierta en principio a los deudores de mayor capacidad económica), o bien por someterse a un plan de pagos así como cumplir el resto de exigencias del ordinal 5.º (posibilidad prevista únicamente para los supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa del art. 176 bis). A partir de aquí el art. 178 bis apartado 5 LC se encarga de regular los efectos que se derivan cuanto el deudor haya optado por acogerse al ordinal 5.º, como son la exoneración provisional del pasivo insatisfecho así como la parte de los créditos a los que se extenderá tal beneficio, olvidándose en cambio de regular de manera expresa las consecuencias que lleva aparejada la facultad del ordinal 4.º. Esta laguna podemos entenderla colmada si acudimos a la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2015, y en idénticos términos la de la Ley 25/2015, donde se aclara que en el supuesto del ordinal 4.º la exoneración será automática, mientras que en el caso de que el deudor haya acudido al ordinal 5.º "podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquellos que gocen de privilegio general. Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello". De lo anterior se deriva por tanto que si el deudor se encuentra en condiciones de poder dar cumplimiento al ordinal 4.º, el resultado será la obtención de una exoneración que abarcará la totalidad del pasivo insatisfecho, incluido los créditos de Derecho público, y ello en una interpretación *a contrario sensu* de la regulación prevista para el ordinal 5.º en la que el legislador ha dispuesto expresamente una serie de límites en cuanto a su alcance. Y por lo que respecta a su carácter provisional o definitivo cabe observar que el art. 178 bis apartado 5 LC (aplicable tanto al ordinal 4.º como al 5.º) solo contempla la exoneración con carácter provisional, lo que encuentra correspondencia con la amplitud con que se regula la posibilidad de revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el plazo de los cinco años siguientes a su concesión (apartado 7)". Visto el criterio que viene sosteniendo nuestra AP, no puede sino concluirse por considerar la vinculación de la resolución que acuerda la exoneración del pasivo a los créditos de derecho público, como lo son los propios de la TGSS; y por tanto, la sujeción de dicha administración a la decisión de exoneración y al plan de pagos que la complementa». Fernández Seijo (2019), Moya Ballester (2020) y Valencia García (2020).

público; realizando una interpretación del artículo 178 bis de la Ley concursal más acorde con la finalidad de la norma declarada en su exposición de motivos por la Ley 25/2015⁵⁷. A

⁵⁷ Cfr. La STS núm. 381, de 2 de julio de 2019, ponente don Ignacio Sancho Gargallo (TOL7.387.401), explica en el fundamento jurídico cuarto de forma esclarecedora la ratio de la norma: «El preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de febrero, que introdujo el art. 178 bis en la Ley Concursal, es muy significativo respecto de la finalidad de este mecanismo de la segunda oportunidad: "Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico-empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer". Obviamente, como en cualquier sistema de nuestro entorno, este mecanismo no debe amparar abusos ni fraudes, lo que justifica los límites a la exoneración: "Por ello, el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por esta Ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquel que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación (...)".

Aunque el preámbulo no haga referencia al contexto internacional, sino a nuestro derecho histórico, no puede obviarse que la norma se dicta meses después de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial.

Como se afirma en su primer considerando, la "recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión". Y apostilla en el último considerando que "se deben adoptar medidas para reducir los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios, mediante disposiciones que prevean la plena condonación de deudas después de cierto plazo máximo". Y en el cuerpo de la recomendación, en sus apartados 30 y 31, se articula la recomendación referida a la plena condonación de deudas, en el siguiente sentido: "30. Los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios deberían limitarse a fin de darles una segunda oportunidad. A los empresarios se les deberían condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en un plazo máximo de tres años a partir de:

- a) en el caso de un procedimiento que concluya con la liquidación de los activos del deudor, la fecha en que el órgano jurisdiccional decidió, previa petición, iniciar el procedimiento de insolvencia;
- b) en el caso de un procedimiento que incluya un plan de reembolso, la fecha en que se inició la aplicación del plan de reembolso;

31. Al expirar el periodo de condonación, a los empresarios se les deberían condonar sus deudas sin necesidad, en principio, de volver a recurrir a un órgano jurisdiccional".

Aunque es cierto que la recomendación admitía que la regulación nacional permitiera negar este beneficio al deudor de mala fe, así como excluir algunas categorías de deuda: "33. Los Estados miembros pueden excluir algunas categorías específicas de deuda, como las derivadas de la responsabilidad delictual, de la regla de la condonación total".

Esta recomendación constituyó el germen de la armonización de esta materia, que ha desembocado en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acuerdos marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas. Esta Directiva prevé en su art. 20 el acceso a la exoneración. En el primer apartado dispone que "los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva", con lo que remarca el objetivo de la plena exoneración del deudor. Y en el apartado 2, prevé la posibilidad de que en algún Estado la plena exoneración de deudas se supedite a un reembolso parcial de la deuda, y que en esos casos deba garantizarse "que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario, y, en particular,

nuestro parecer, en este pronunciamiento jurisprudencial se acentúan diferentes planteamientos interpretativos, que son dignos de tener en cuenta dentro de la labor nomofiláctica y de creación de la doctrina jurisprudencial, que se les encomienda a las diferentes salas del Tribunal Supremo, en este caso, la Sala Primera de lo Civil.

En resumidas cuentas, la sentencia habilita al juez mercantil con la facultad de aprobar el plan de pagos, sin que dicha aprobación pueda quedar a expensas de lo que el acreedor público decida sobre su aplazamiento o fraccionamiento⁵⁸, toda vez que la tramitación legal de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento, cuando involucra a los créditos de derecho público⁵⁹, se atenderá a lo dispuesto en su normativa especial. Pensamos que este tema será otra «piedra de toque» con la futura modificación de este instituto vía Directiva 2019/1023, más si cabe porque en la directiva nada se dice respecto a que los crédi-

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".

No hacemos esta referencia al preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de febrero, a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 y a la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, para extraer de ellas una norma jurídica, sino para constatar cuál es la finalidad perseguida por la institución y los principios que deberían tomarse en consideración para realizar una interpretación teleológica del art. 178 bis LC. La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad, mediante la condonación plena de las deudas. Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda. Este reembolso parcial debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores y, en la medida de lo posible, debería ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del deudor concursado, pues de otro modo en la mayoría de los casos la exoneración del pasivo se tornaría imposible, y la previsión normativa devendría prácticamente inaplicable».

⁵⁸ Sigue declarando el fundamento jurídico cuarto de la STS núm. 381, de 2 de julio de 2019, cuyo ponente es don Ignacio Sancho Gargallo (TOL7.387.401), y donde se hace énfasis en la idea de no exclusión del crédito de derecho público, señalando que «la norma contiene una contradicción que es la que propicia la formulación del motivo tercero de casación. Por una parte, se prevé un plan para asegurar el pago de aquellos créditos (contra la masa y privilegiados) en cinco años, que ha de ser aprobado por la autoridad judicial, y de otra se remite a los mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. 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. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el art. 178 bis LC (que pueda alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. 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».

⁵⁹ Resulta de interés, por mantener la coherencia de las resoluciones jurisprudenciales dictadas precedentemente en torno a la inclusión del crédito público dentro de la exoneración, a pesar de que tampoco en el TRLC sea admitido, atender al fundamento jurídico cuarto de la Sentencia núm. 120 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, ponente doña María Teresa Trinidad Santos, de 22 de octubre de 2020 (TOL8.262.531), donde proclama y sintetiza la opinión jurisprudencial.

tos públicos queden fuera de la exoneración. Así lo pone de manifiesto el artículo 23 de la directiva relativo a *las excepciones a la exoneración*.

Para entender de manera acabada cómo ha ido evolucionando la jurisprudencia, teniendo como punto de partida la STS 389/2019, y observando lo estipulado en el TRLC, se ha de ir cronológicamente para recalcar las reflexiones vertidas en la sentencia núm. 460 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Gerona de 18 de diciembre de 2020, cuando interpreta el artículo 491 del TRLC, que debiera ser la traslación del artículo 178 bis, apartados 4 y 5 de la LC:

Pese a la modificación legislativa introducida por el Texto refundido de la Ley concursal en su artículo 491.1, que exceptúa de la exoneración los créditos de naturaleza pública, se comparten los argumentos contenidos en el auto del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020, en el sentido de que se advierte un exceso *ultra vires* en la delegación otorgada para proceder a la refundición: «en materia de extensión de la exoneración al crédito público se ha de estar al criterio mantenido por el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 en la que, básicamente se considera que se debe incluir al crédito público en el sistema de exoneración, tanto general como especial (en la terminología del vigente TR)»⁶⁰.

⁶⁰ Sigue argumentándose en la resolución jurisprudencial, Sentencia núm. 460 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Gerona, ponente don Santiago Aragonés Seijo, de 18 de diciembre de 2020 (TOL8.253.120): «La entrada en vigor del Texto Refundido de la LC, con la modificación del régimen de extensión de los efectos de la exoneración en el art. 491 de la LC, no debe suponer una modificación de la anterior doctrina jurisprudencial, al apreciarse que el citado art. 491 debe ser inaplicado por vulnerar el art. 82.5 de la Constitución Española.

Esta vulneración se deriva del hecho de que el Texto Refundido introduce en el art. 491 una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición, en concreto el art. 178 bis 3, 4.º, lo que supone un exceso *ultra vires* en la delegación otorgada para proceder a la refundición, pudiendo los tribunales ordinarios, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad (por todas STC de 28/7/2016 o STS de 29/11/18), inaplicar el precepto que se considere que excede de la materia que es objeto de refundición.

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

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

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

La única discusión doctrinal y práctica se centraba en el alcance de la exoneración, en el sistema de exoneración provisional mediante plan de pagos (hoy llamada régimen especial), pues el art. 178 bis 5, apartado primero, aplicable únicamente a este sistema, exceptuaba al crédito público y por alimentos del alcance de la exoneración provisional. Mientras que el párrafo primero del art. 178 bis 6 comenzaba diciendo que los créditos no exonerados según el apartado anterior (entre los que se debían incluir los

créditos públicos) podían ser exonerados a través del plan de pagos. Si bien a continuación parecía remitir al sistema administrativo de aplazamiento y fraccionamiento para los créditos públicos. Esta deficiente y contradictoria regulación fue objeto de interpretación por la citada STS de 2 de julio de 2019, en el sentido de entender que el crédito público podía ser objeto de exoneración provisional y objeto de satisfacción a través del sistema de plan de pagos mediante la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa no satisfecho en el mismo.

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

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

Ello supone, por tanto, que el art. 497, que regula la extensión de la exoneración en el régimen especial, continúe siendo interpretado de la manera que recoge la STS de 2 de julio de 2019. Por su parte, el Magistrado ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, Excmo. Sr Sancho Gargallo, ha razonado en el número 51 del Anuario de derecho concursal ("Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia") mantener la exoneración del crédito ordinario y subordinado público de la siguiente manera: "En el desarrollo de esta labor integradora, el Gobierno debe andar con cuidado, pues fácilmente puede traspasar la frontera de la habilitación e incurrir, según la doctrina del Tribunal Constitucional, en una extralimitación de la delegación, con el consiguiente efecto".

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

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

Dejando al margen la interpretación que del artículo 178.bis.5-1.º de la Ley Concursal hace la jurisprudencia (sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769)), lo que estaba claro es que bajo la regulación de la Ley Concursal la opción por la exoneración inmediata del ordinal 4.º del artículo 178 bis.3, cumplidos los requisitos mencionados, daba lugar a la exoneración de todos los restantes créditos ordinarios y subordinados, incluidos los créditos de derecho público y por alimentos.

La introducción de estas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la ley para la concesión de este beneficio, mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores

Retengamos la idea de que la legislación vigente –el TRLC– ha excluido nuevamente de la exoneración los créditos de derecho público, contradiciendo así la propia doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia núm. 381/2019, de 2 de julio)⁶¹ por la cual se determinó que la exoneración del pasivo insatisfecho también incluye a los créditos derecho público⁶². Como vemos, el alto tribunal realiza una interpretación del antiguo artículo 178 bis de la LC (ahora recogido en los arts. 486 y ss. TRLC), acorde con la finalidad de la norma declarada en su exposición de motivos: Ley 25/2015.

También con anterioridad, en el Auto 507/2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020⁶³ se realizaba la misma crítica, al establecer que el

del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la *par condicio creditorum* al acudir a la exoneración inmediata.

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

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

⁶¹ Véase en apoyo de esta resolución, entre otras, la sentencia núm. 460 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Gerona, ponente don Santiago Aragonese Seijo, de 18 de diciembre de 2020 (TOL8.253.120), que concluye: «Por esta razón, la refundición del régimen legal de la segunda oportunidad, que hasta ahora se regulaba en el artículo 178 bis de la Ley Concursal, no puede dejar sin efecto la interpretación jurisprudencial de este precepto contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo 150/2019, de 13 de marzo (RJ 2019, 1137), y 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769), que sigue vigente. Dicho de otro modo, la refundición no puede obviar el sentido dado por la jurisprudencia a la norma legal objeto de refundición, por lo que el texto refundido debe ser interpretado de conformidad con esa jurisprudencia. En el presente asunto debe exonerarse todo el crédito ordinario y subordinado y también el de la Agencia Tributaria. No se exonera el privilegiado general».

⁶² Cfr. Gómez Asensio (2020, pp. 5 y ss.).

⁶³ Cuenca Casas (2020b), respecto a esta resolución jurisprudencial, dice: «Yo entiendo que tiene que prevalecer el TRLC y lo que ha hecho este juez es generar una inseguridad jurídica injustificada en un momento muy complicado. Los excesos interpretativos solo generan problemas y este es un buen ejemplo de ello». Sánchez Pachón (2021, pp. 209-226) y Sendra Albiñana (2021).

TRLR, «con la modificación del régimen de extensión de los efectos de la exoneración en el art. 491, no debe suponer una modificación de la anterior doctrina jurisprudencial».

Se desprende de la variada interpretación jurisprudencial (Campuzano y Sanjuán, 2021)⁶⁴ puesta de manifiesto que el texto refundido no ha tenido en estima lo señalado por las diferentes resoluciones y tribunales en cuanto a la extensión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho sobre el crédito público.

En nuestra opinión, a futuro se ha de mejorar el tratamiento de la exoneración de los créditos públicos⁶⁵, puesto que suponen un gran obstáculo, sobre todo para el acceso de los trabajadores autónomos u otro tipo de profesionales bajo el amparo de la persona natural respecto a la «segunda oportunidad», puesto que este tipo de créditos suelen representar una cuantía relevante respecto a su pasivo. Además, no parece lógico que sean los acreedores privados quienes se responsabilicen y el Estado, beneficiario de la recuperación para el emprendimiento y la economía general, no esté dispuesto a sacrificar su crédito. Agregado a esta cuestión, se ha de adaptar la redacción y contenido a la técnica legislativa empleada para compilar la materia concursal en mor de la seguridad jurídica.

Huelga decir que los pronunciamientos jurisprudenciales anotados puestos en conexión con el TRLR pueden plantear secuelas de aplicación e interpretación contradictorias y confusas, y todo ello redundaría en perjuicio de la seguridad jurídica, y aunque se esté pendiente de la transposición de la directiva y modificación a futuro de esta temática, no puede mantenerse la inseguridad jurídica⁶⁶ que se traslada de ello a los operadores económicos, y más en los tiempos de dificultad que nos está tocando vivir tras las consecuencias pospandemia. Lo recomendable es fijar de forma certera e idónea un tratamiento de la «segunda oportunidad» más eficiente y acorde a la realidad.

Continuando con el planteamiento de saber la finalidad del derecho concursal, y con independencia de las aspiraciones pretendidas por el texto refundido aludidas –como no podía ser de otro modo–, la finalidad atribuida al derecho concursal sigue siendo la misma que se articulaba y contemplaba en la Ley 22/2003: *la mejor tutela del crédito*. Esta misma se mantiene y potencia en la futura y proyectada reforma legal relativa al concurso.

A nuestro juicio, el reconocer y promover institutos como la «segunda oportunidad» dentro del derecho concursal nos revela un cambio de pensamiento, tal y como hemos an-

⁶⁴ También, *vid.* la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, ponente doña Isabel Giménez García, de 9 de diciembre de 2020, RES:450/2020 REC:32/2020 (TOL8.278.081).

⁶⁵ *Cfr.* Niño Estébanez (2018). Compartimos las propuestas emitidas por la FIDE (Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa) (2020, pp. 11-15).

⁶⁶ Compartimos las palabras de Cuenca Casas (2021): «Este tema requiere una potente seguridad jurídica. No en vano, estamos sacrificando los legítimos derechos de los acreedores. Este dato no debe ser olvidado» (Campuzano y Sanjuán, 2021, p. 969).

ticipado y comentado; si acudimos al desarrollo del derecho concursal, observamos la evolución desde sus orígenes del principio *pro creditoris* hasta nuestros días, donde se estima y reconoce el principio de *favor debitoris* y, en particular, al deudor honrado (*de buena fe*).

4. Reflexiones finales

Una vez descrito a grandes rasgos algunas cuestiones en torno a la legislación concursal española, nos queda por plantear también ciertas reflexiones que nos ayuden a comprender por dónde debe ir el derecho concursal español. Siendo muy conscientes de que se está pendiente aún de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, sobre insolvencia europea, tal y como hemos comentado, y que va a suponer el diseñar en nuestro sistema medidas preventivas de la insolvencia donde hay que conectar el derecho concursal con el derecho de sociedades y la economía de la empresa.

Además, se ha de demandar al legislador concursal español que a futuro no muy lejano establezca un tratamiento diferenciado de la situación de insolvencia del deudor persona física y, dentro de esta, con respecto a la figura del consumidor, puesto que la arquitectura concursal hasta ahora existente no resiste tal carga y «se derrumba», planteamiento que, en definitiva, aboca al fracaso y a la inutilidad de la legislación concursal. Agregado a ello, se ha de plantear la introducción o matiz que supone el «sobreendeudamiento» del deudor, que suele tener causas y naturaleza diferencial, en muchos casos, respecto a la insolvencia asociada a la persona jurídica.

Otro de los temas a calibrar –y constantemente discutido– es resolver el *timing problem*, es decir, llegar a tiempo a la apertura del procedimiento concursal, y no cuando ya no queda, ni hay nada, que hacer o repartir, convirtiendo en inoperativa la legislación concursal.

Somos de la creencia de que hay que mejorar, progresar y robustecer el sistema del acuerdo extrajudicial de pagos o el impulso de soluciones extrajudiciales.

Se ha de seguir incrementando la seguridad jurídica y celeridad procedimental, en particular cuando se plantean controversias entre lo legislado y la interpretación que de la misma realiza la jurisprudencia (el poder jurisdiccional).

Se ha de mejorar la técnica y reglamentación hacia una auténtica segunda oportunidad. Digamos que mediante el mecanismo de la «segunda oportunidad» se refleja un cambio de óptica, dentro de la identidad del derecho concursal; si acudimos a la evolución desde el principio *pro creditoris*, que ha derivado con el tiempo en relevantes deficiencias desde su instauración, derivadas, especialmente, por la relevante crisis económica acaecida en los últimos tiempos a nivel global y local. Ahora hemos de ponderar el principio de *favor debitoris* y, en particular, al deudor honrado. No puede seguir colocándose un estigma social, hablando figuradamente, una «letra escarlata» a los deudores.

Por último, y no menos importante, se ha de procurar a través de las herramientas o medidas que sean oportunas el incremento hacia el conocimiento y aplicación de una mejor cultura⁶⁷ empresarial que acoja a la legislación concursal.

Referencias bibliográficas

- Alonso Hernández, A. y Martínez Ruiz, L. (2021). La gestión del riesgo concursal en tiempos de pandemia. En A. Cohen Benchetrit (Dir.), *Derecho de sociedades y crisis de la empresa en tiempos de pandemia*. Comares.
- Andriulo, A. (2021). Debitore incapiente. Come orientarsi nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. <https://www.affaritaliani.it/blog/il-cruscotto/debitore-incapiente-717158.html>
- Areoso Casal, A. (2020). *El nuevo marco regulatorio del Derecho Concursal. Adaptado al RD-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*. Wolters Kluwer.
- Arjona Guajardo-Fajardo, J. L. (2017). *La Ley de segunda oportunidad y los acreedores del deudor exonerado: un supuesto de posible responsabilidad patrimonial del estado legislador*. Marcial Pons.
- Bastante Granell, V. (2020). *Sobreendeudamiento y protección de los consumidores: análisis comparado de los modelos francés y español (Insolvenca y mercado de crédito)*. Reus.
- Bézert, A. (2021). *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*. LGDJ.
- Brenes Cortés, J. (2020). 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. *Revista Lex Mercatoria*, 14.
- Campuzano, A. B. y Sanjuán, E. (2021). *GPS Concursal*. (4.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Cuena Casas, M. (2020a). Crédito público y segunda oportunidad en el Texto Refundido Ley Concursal (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020). *Hay Derecho*. <https://hayderecho.expansion.com/2020/09/28/credito-publico-y-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-ley-concursal-a-proposito-del-auto-del-juzgado-mercantil-no-7-de-barcelona-de-8-de-septiembre-de-2020/>
- Cuena Casas, M. (2020b). El régimen de la segunda oportunidad en el Texto Refun-

⁶⁷ Este planteamiento es compartido con lo que se está construyendo en otras legislaciones de derecho comparado, y ejemplo de ello es lo que sucede en el derecho concursal francés; *vid.* los comentarios de la profesora Nabet (2020): «Le droit au rebond n'est pas seulement le droit d'être libéré de ses dettes passées. C'est aussi le droit pour un entrepreneur de pouvoir se lancer dans une nouvelle activité sans être stigmatisé. Si ce droit à une seconde chance fait depuis toujours de la culture américaine, en France la route est encore longue. Il ne s'agit, en effet, pas uniquement de faire évoluer la loi, mais de faire changer les mentalités».

- dido de la Ley Concursal: Algunas «novedades» importantes. *Hay Derecho*. <https://www.hayderecho.com/2020/05/11/el-regimen-de-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal-algunas-novedades-importantes/>
- Cuena Casas, M. (2021). La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español. https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDE2MTM7Wy1KLizPw827D-M9NS8kIS15JzUxCKXxJUU58Sc1LyUxCLbkKLSVABu00M7NwAAAA==WKE#nDT0000304346_NOTA1.
- Cuesta Rute, J. M.^a de la y Núñez Rodríguez, E. (2014). Finalidad de las instituciones concursales dentro del sistema jurídico. En J. M.^a de la Cuesta Rute (Dir.), E. M.^a Valpuesta Gastaminza, B. Torrubia Chalmeta y C. Llorente Gómez Segura (Coords.), *Derecho Mercantil II*. Huygens.
- Díaz Moreno, A. (2020). Normas concursales en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre: novedades con respecto al régimen recogido en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril. Gómez-Acebo & Pombo. https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/09/Normas_concursales_Ley_32020.pdf
- Díaz Tarragó, A. (2019). Ley de Segunda Oportunidad. Concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI). *Economist & Jurist*, 27(236), 64-70.
- Diéguez Oliva, R. (2019). El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia a los créditos públicos. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50.
- Dio, A. di. (2020). L'esdebitazione nel Codice della crisi d'impresa: procedura e novità 2020. *Giuricivile*, 5. <https://giuricivile.it/esdebitazione-2020-sovraindebitamento/>
- Esteban Ramos, L. M.^a. (2020). Segunda oportunidad: ahora más necesario que nunca. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 297-310.
- Fernández Ecker, A. y Sallent Sánchez, M. (2019). Prevención de la insolvencia, pymes y segunda oportunidad. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 123-130.
- Fernández Seijo, J. M.^a. (2019). Para qué sirven las leyes (A propósito de la STS de 2 de julio de 2019 sobre el alcance de la exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley Concursal). *Diario La Ley*, 9469.
- FIDE (Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa). (2020). Propuestas sobre el mecanismo de segunda oportunidad.
- Garcimartín Alférez, F. J. (2018). La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada «regla de prioridad absoluta». *Anuario de Derecho Concursal*, 43, 11-38.
- Garzón Ximénez, A. (2020). Artículo 1911 Código Civil: responsabilidad patrimonial universal. <https://legal-2000.com/articulo-1911-codigo-civil-responsabilidad-patrimonial-universal/>
- Giorgio, O. di. (2019). Crisi d'impresa: dall'esdebitazione un aiuto al debitore meritevole. <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/03/15/crisi-impresa-esdebitazione-aiuto-debitore-meritevole>
- Gómez Asensio, C. (2020). Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020. *Revista CEFLegal*, 237.
- Gómez, C. G. (2018). Bienes inembargables y procedimiento concursal. *Ars Iuris Salmanticensis*, 6(2).
- González Vázquez, J. C. (2020). COVID-19: Insolvency Reform Package adopted

- by the Spanish Government: Duty to File for Bankruptcy and Duty to Promote the Winding-up or Recapitalization of the Company. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/05/covid-19-insolvency-reform-package-adopted-spanish-government-duty>
- Leitão, L. M. (2019). *A Recuperação Económica dos Devedores: RERE, PER, PEAP, plano de insolvência, plano de pagamentos e exoneração do passivo restante*. Almedina.
- Lledó Yagüe, F. (2015). La Ley de Segunda Oportunidad en Europa y algunas consideraciones notables en la legislación norteamericana. En I. Sánchez Ruiz de Valdivia y M. Olmedo Cardenete (Dirs.), *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as* (pp. 652-661). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Macorig-Venier, F. (2020). La neutralisation de la cessation des paiements au cœur des mesures d'adaptation temporaire du droit des entreprises en difficulté à l'état d'urgence sanitaire. *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 3, 64-70.
- Madaus, S., Wessels, B. y Boon, G. J. (2020). CERIL Executive Statement 2020-1 on COVID-19 and insolvency legislation. <https://www.ceril.eu/news/ceril-statement-2020-1>
- Marcos González, M.^a. (2010). La reforma concursal española ante la crisis económica. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, 3, 213-240.
- Martínez Muñoz, M. (2019). La modificación del chapter 11 en el derecho concursal norteamericano. La ley de reestructuración de pequeñas empresas. *Anuario de Derecho Concursal*, 47, 215-223.
- Montilla Arjona, L. (2018). Perspectivas de la Ley de Segunda Oportunidad de la Persona Física. *Revista de Derecho UNED*, 23, 457-491.
- Moya Ballester, J. (2020). El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. *Anuario de Derecho Concursal*, 49, 285-304.
- Nabet, P. (2020). Les entreprises en difficulté dans la loi PACTE. <https://www.actu-juridique.fr/affaires/les-entreprises-en-difficulte-dans-la-loi-pacte/>
- Niño Estébanez, R. (2018). La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, 2, 20-34. VLEX-731299929. <https://www.icaivor.cat/biblio/articulos/segunda-oportunidad-economica-para-las-personas-fisica.pdf>
- Orrico Sánchez, I. (2019). El sobreendeudamiento familiar y mecanismos de segunda oportunidad [Tesis doctoral]. (pp. 71 a 98). Universidad Católica de Valencia.
- Ortiz González, M.^a A. (2016). Los procesos para obtener la segunda oportunidad. http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/016_t017/_359.dir/Bajlib_2016_t017_359.pdf
- Pacchi, S. (2019). La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023. *Rivista Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 6.
- Panzani, L. (2021). Crisi d'impresa, un anno in più per adeguare il Codice alle norme UE. *Il Sole 24 Ore*.
- Rivas Ruiz, A. (2020). El Tribunal Supremo y la exoneración del pasivo insatisfecho comentando la STS de 2 de julio de 2019. *Revista Jurídica del Notariado*, 110, 455-464.
- Rodríguez Celada, E. (2017). La criminalización del fracaso empresarial. *InDret*, 1.

<https://indret.com/la-criminalizacion-del-fracaso-empresarial/>

Rojo Fernández-Río, A. (2017). La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva. *Anuario de Derecho Concursal*, 42, 3-16.

Rojo Fernández-Río, A. (2020). El Texto Refundido de la Ley Concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, 51, 9-26.

Rojo, A. (2020). Las opciones de política legislativa en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.

Romani, A. M.^a (2020). Droit français de la prévention et la Directive «restructuration et insolvabilité» 2019/1023/UE, ou l'enrichissement des droits dans un but commun. *Revue del L'Union Européenne*, 634.

Sánchez Pachón, L. A. (2021). El problema de la exclusión de los créditos de derecho público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Concursal (Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 34, 209-226.

Santos, M. I. dos (2020). Exoneração do passivo restante. <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/5151/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final.pdf>

Sendra Albiñana, A. (2020). La exoneración del pasivo insatisfecho y el crédito público. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 181-193.

Souto Araújo, P. A. do. (2019). A exoneração do Passivo Restante. A cessão do

rendimento disponível e o Prazo. <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/90362/1/A-exonera%C3%A7%C3%A3o-do-passivo-restante-Vers%C3%A3o-Final.pdf>

Stones, K. (2019). EU Directive harmonising restructuring and insolvency finalised. <https://www.lexisnexis.co.uk/blog/restructuring-and-insolvency/eu-directive-harmonising-restructuring-and-insolvency-finalised>

Super Contable. (2019). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Sentencia del TS de 2 de julio de 2019. *Boletín*, 35. http://www.supercontable.com/boletin/A/articulos/exoneracion_pasivo_sentencia_TS_2_julio_2019.html

Valencia García, F. (2020). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 julio de 2019 (381/2019): el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: interpretación del artículo 178 bis de la Ley Concursal. En M. Yzquierdo Tolsada, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina, civil y mercantil* (pp. 45-60). Dykinson.

Vedova, P. della. (2019). Il sovraindebitamento alla luce della riforma del Codice della crisi. https://www.studiolegaledvm.it/fileadmin/website/Pdf/La_crisi_da_sovraindebitamento_Maggio_2019.pdf

Verdú Cañete, M.^a J. (2020). Exclusión del crédito público del beneficio de exoneración de pasivo en el Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista Lex Mercatoria*, 16, 1-6.

Walters, A. (2005). Personal Insolvency Law after the Enterprise Act: An Appraisal. *Journal of Corporate Law Studies*, 5, 65-104.