

Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020



Carlos Gómez Asensio

*Profesor ayudante doctor.
Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont».
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

El presente trabajo lleva a cabo un estudio del régimen legal de la reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural desde una perspectiva dinámica que, partiendo del recentísimo texto refundido de la Ley concursal, analiza la evolución de la regulación de dichos institutos desde la ya decaída Ley concursal, incorpora la necesaria referencia a la normativa de carácter transitorio emanada del estado de alarma con incidencia en la materia, y termina con un análisis prospectivo del contenido de dicha regulación desde el horizonte de su modificación, en poco más de un año, con ocasión de la transposición de la Directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas.

Palabras clave: reestructuración; concurso; exoneración; deudor persona natural.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Gómez Asensio, C. (2020). Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020. *Revista CEFLegal*, 237, 5-40.



Insolvent natural person's restructuring, bankruptcy and second chance in 2020

Carlos Gómez Asensio

Abstract

The present work carries out a study of insolvent natural person's restructuring, bankruptcy and second chance legal regime from a dynamic perspective. Starting from the very recent consolidated text of the Bankruptcy Law, the present work analyses the evolution of the regulation of the aforementioned institutes from the declined Bankruptcy Law, incorporating the necessary reference to the transitory regulations from the State of Alarm with incidence in the matter, ending with a prospective analysis of that regulation from the horizon of its modification, in little more than a year, with the transposition of European Directive on preventive restructuring frameworks and second chance.

Keywords: restructuring; bankruptcy; second chance; insolvent natural person.

Citation: Gómez Asensio, C. (2020). Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020. *Revista CEFLegal*, 237, 5-40.





Sumario

1. Introducción
2. Responsabilidad limitada imperfecta y conexión entre patrimonio empresarial y personal
 - 2.1. Responsabilidad limitada imperfecta
 - 2.2. La conexión entre el patrimonio empresarial y el patrimonio personal
3. La reestructuración de deuda del deudor persona natural
 - 3.1. Regulación vigente y futura del acuerdo extrajudicial de pagos
4. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: una regulación en transformación
 - 4.1. Sistemas de exoneración, normativa vigente y oportunidades de cambio
 - 4.2. La buena fe del deudor
 - 4.3. Duración del plazo para la exoneración y tratamiento de la vivienda habitual
 - 4.4. La exoneración del crédito público
5. Conclusiones: Reestructuración, concurso y exoneración en el segundo semestre de 2020

Referencias bibliográficas

1. Introducción

El tratamiento de la insolvencia del deudor persona natural en 2020 se encuentra en un momento de transición regulatoria. Por un lado, el pasado 7 de mayo el BOE publicaba el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC), cuya tramitación se aceleró durante la vigencia del Estado de alarma¹ y que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020. Pero, por otro lado y paralelamente, España debe transponer antes del 17 de julio de 2021 la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas² (Directiva 2019/1023), norma comunitaria cuya transposición supondrá una trascendental reforma de la regulación nacional del Derecho preconcursal y paraconcursal, a la vez que importantes modificaciones en el vigente régimen de concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

En este contexto, junto con los problemas de seguridad jurídica y transitoriedad normativa ínsitos a esta de por sí compleja encrucijada normativa, los operadores jurídicos deberán enfrentarse, además, a la dispersa y cambiante normativa emanada del estado de alarma que, de forma directa o indirecta, incide sobre el derecho concursal³. Todo ello tomando

¹ La iniciativa de refundición de la normativa concursal nacional partió de la habilitación otorgada al Gobierno por la disp. final 3.ª de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, para elaborar y aprobar en un plazo de 8 meses un texto refundido sobre la Ley concursal. Los ministerios de Justicia y Economía y Empresa presentaron, el 21 de marzo de 2019, el texto del proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal, cuya tramitación a fecha de declaración del estado de alarma tan solo estaba pendiente del preceptivo informe del Consejo de Estado. Por ello, en el Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020 se adoptó el acuerdo por el que se solicitaba a la Comisión Permanente del Consejo de Estado la emisión de dictamen con carácter urgente, no más tarde del jueves 2 de abril de 2020, en relación con el proyecto de Real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal.

² 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 cual regula en su artículo 34 los distintos plazos para la transposición del contenido de la misma, siendo el plazo general de transposición el 17 de julio de 2021.

³ A título enunciativo por orden cronológico de su publicación: suspensión de términos y suspensión e interrupción de plazos procesales para todos los órganos jurisdiccionales, para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, así como la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de acciones y derechos durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por la disp. adic. 2.ª, 3.ª y 4.ª, respectivamente, del RD 463/2020, de 14 de marzo; suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso por el artículo 43 del RDL 8/2020, de 17 de marzo; normas especiales empresas en concurso que adoptan medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por la disp. trans. 4.ª del RDL 11/2020, de 31 de marzo; y, finalmente,

en consideración que, no obstante su eficacia transitoria, los efectos de dicha normativa están llamados a extenderse más allá de los inciertos límites temporales del propio estado de alarma⁴, solapándose su aplicación con la entrada en vigor de las sucesivas reformas concursales enunciadas, así como también, a mayor abundamiento, con la aplicación de las distintas medidas de agilización procesal de los órganos judiciales⁵.

2. Responsabilidad limitada imperfecta y conexión entre patrimonio empresarial y personal

El tejido empresarial español está compuesto en su mayoría por pymes de menos de 250 trabajadores, las cuales concentran a nivel nacional tanto el mayor porcentaje de creación de empleo (71,9 %), como de valor añadido (61,3 %), con cifras superiores a la media europea. A su vez, el grueso de las pymes está integrado por microempresas de menos de 10 trabajadores que representan casi el 95 % del tejido empresarial español⁶.

El perfil empresarial mayoritario español es por tanto el de la microempresa, jurídicamente articulada en la forma del empresario individual o del empresario social constituido como

modificación del cómputo de plazos procesales y ampliación del plazo para recurrir (art. 2), así como el conjunto de medidas de índole concursal, recogidas en el artículo 8-18, del RDL 16/2020, de 28 de abril.

⁴ Es el caso de la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso establecida inicialmente por el artículo 43 del RD 8/2020, de 17 de marzo, derogado y modificado posteriormente por el artículo 11 del RDL 16/2020, de 28 de abril. También es el caso de las siguientes disposiciones, con eficacia indirecta sobre los procedimientos concursales, en especial, en el caso de deudor persona natural: suspensión de lanzamientos deudor hipotecario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, hasta el 15 de mayo de 2024, por el RDL 6/2020, de 10 de marzo; régimen de la moratoria hipotecaria regulado en los artículos 7-16 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, modificado por el RDL 11/2020 de 31 de marzo; la enervación del régimen de responsabilidad por deudas de los administradores si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma establecido en el artículo 40.11 y 12 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, modificado por el RDL 11/2020, de 31 de marzo; la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional una vez levantado el estado de alarma, así como la prórroga de dichos contratos, previsto en los artículos 1-8 del RDL 11/2020 de 31 de marzo; o el régimen de moratoria de pago de la renta del alquiler de local comercial establecido por los artículos 1-5 del RDL 15/2020, de 21 de abril.

⁵ Estas medidas se encuentran contenidas en el RDL 16/2020, de 28 de abril, sin perjuicio de la aprobación por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia de un Plan de Actuación para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo, así como en el ámbito de los juzgados de lo mercantil, en un plazo máximo de 15 días tras la finalización del estado de alarma, de conformidad con lo dispuesto por la disp. adic. 19.^a del RDL 11/2020, de 31 de marzo.

⁶ En España las microempresas suponen el 94,7 % del total de las empresas frente al 93 % de la UE, generan el 38,7 % de empleo frente al 29,7 % de la UE y el 25,3 % del valor añadido frente al 20,8 % de la media comunitaria, de conformidad con los datos de la Comisión Europea (2019). *2019 SBA Fact Sheet Spain*. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CQA9GZE3sPIJ:https://ec.europa.eu/docs-room/documents/38662/attachments/27/translations/en/renditions/native+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>

sociedad de responsabilidad limitada, muchas veces unipersonal⁷. Sin embargo, estas empresas son las que presentan mayores problemas para superar las situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia, siendo en 2019 el perfil paradigmático de empresa concursada en España el siguiente: microempresa, dedicada al sector del comercio, con una cifra anual de negocios inferior a 250.000 euros y con menos de 4 años de antigüedad⁸.

Los datos estadísticos reflejan por tanto una realidad paradójica: el mayor porcentaje de empleo y valor añadido es creado por microempresas, las cuales a su vez son las que más incurren en situación de insolvencia y concursan en mayor número, escenario llamado a repetirse en la actualidad como consecuencia de la crisis económica derivada de la paralización de la actividad empresarial durante el estado de alarma⁹.

Estos hechos evidencian por tanto la importancia de disponer de un marco regulatorio eficaz, con herramientas de alerta temprana que permitan identificar las situaciones de sobreendeudamiento activo y pasivo de estas empresas advirtiéndoles de la necesidad de tomar medidas para evitar su insolvencia¹⁰, a la vez que proporcione una respuesta adecuada al tratamiento de las singularidades jurídico-patrimoniales propias de las mismas.

En relación con el primer objetivo, nuestro país dispone en la actualidad de dos herramientas de alerta temprana elaboradas por la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (SEGIPIYME): el autocuestionario evaluativo «Salud Empresarial» y el proyecto «*Early Warning*», ambas poco conocidas por los operadores económicos, poco promocionadas por la propia Administración y de utilidad relativa para las empresas¹¹.

Estas herramientas de alerta temprana están llamadas a ser desarrolladas con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, en cuyo artículo 3 se establecen las pautas para el desarrollo por los Estados miembros de un auténtico sistema de alerta temprana, con participación de organismos públicos y privados que asegure la efectividad del mismo,

⁷ El porcentaje de constitución de sociedades unipersonales sobre el total de sociedades constituidas ha ido en incremento constante desde 2013, llegando al 42,86 % en 2019 según datos de Registro Mercantil Central (2020). *Estadística 2019*. <http://www.rmc.es/documentacion/publico/ContenedorDocumentoPublico.aspx?arch=Estadisticas\ESTADISTICAS-2019.pdf>

⁸ Datos extraídos del INE (2020). Nota de prensa. *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2019 y año 2019*. Datos provisionales. <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0419.pdf>

⁹ En este sentido, resultan particularmente interesantes las conclusiones a las que llega el Banco de España (2020), en su Artículo Analítico 2/2020 *Transferibilidad de habilidades de los trabajadores en los sectores potencialmente afectados tras el COVID-19*, el cual señala cómo el sector del comercio en establecimientos físicos se va a ver gravemente afectado después del levantamiento del estado de alarma, afectando a un total de 3,75 millones de trabajadores, lo que supone un 19,6 % del total del empleo. <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/articulos-analit/>

¹⁰ En profundidad sobre las prácticas origen del sobreendeudamiento pasivo, Cuenca Casas (2019a y 2019b).

¹¹ Ambos recursos se encuentran disponibles electrónicamente, en la página de la SEGIPIYME, dentro de la web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, si bien con una compleja ruta de acceso telemático. <http://www.ipyme.org/es-ES/Consolidacion/Paginas/SaludEmpresarial.aspx>.

especialmente para con las microempresas, quienes en muchas ocasiones, debido a su reducido tamaño, no disponen de un asesoramiento adecuado para la prevención de su sobreendeudamiento y evitación de su insolvencia¹².

Por lo que respecta a la adecuación del marco regulatorio de la insolvencia a los caracteres jurídico-patrimoniales propios de las microempresas, son dos los fenómenos cuyo tratamiento resulta determinante para la eficacia del mismo: la responsabilidad limitada imperfecta y la conexión entre patrimonio empresarial y personal, ambos estrechamente ligados entre sí.

2.1. Responsabilidad limitada imperfecta

Con el término responsabilidad limitada imperfecta se alude al fenómeno jurídico-económico por el cual la responsabilidad patrimonial de una sociedad formalmente caracterizada por el principio de limitación de responsabilidad se extiende por vía negocial al patrimonio personal de sus socios o administradores, de forma que la limitación de responsabilidad y la consiguiente separación patrimonial entre el patrimonio social y el de los mismos es imperfecta¹³.

Este fenómeno se produce, entre otros, como consecuencia de la práctica habitual de las entidades financieras de exigir, como requisito para el acceso al crédito, la prestación de garantías personales o reales de un tercero a las sociedades de responsabilidad limita-

¹² Así lo ratifica el considerando 17 de la Directiva 2019/1023: «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».

¹³ En este sentido, Gómez Pomar y Celentani (2012, p. 4): «En efecto, en estas empresas la separación entre los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta. Una de las razones se encuentra en que los acreedores de la empresa pequeña exigen a los propietarios, con una frecuencia muy elevada, garantías personales o reales sobre activos que forman parte de su patrimonio personal. De hecho, tampoco es infrecuente, ni mucho menos, esta separación "imperfecta" en las relaciones con las Administraciones públicas, ya que la Agencia Tributaria suele mirar con total desconfianza y considerar como simuladas, casi indiscriminadamente, la creación de sociedades patrimoniales y las transacciones vinculadas de la persona física y la sociedad patrimonial. Esto quiere decir que un procedimiento concursal para una empresa pequeña precipita también a su propietario, con una probabilidad muy alta, a una situación de insolvencia. Esto comporta que, para una empresa pequeña un concurso será menos atractivo ante una situación de dificultad financiera cuanto más duro y menos generoso sea el concurso individual en el cual, de forma casi segura se verá envuelto el propietario». (La traducción es nuestra).

da, especialmente las de reciente constitución o unipersonales, siendo habitualmente dicho tercero el socio o socios que conforman la sociedad, o incluso también sus familiares¹⁴.

Como consecuencia de lo anterior, si bien formalmente se mantiene el principio de limitación de responsabilidad entre la sociedad y sus socios, en la práctica estos últimos acaban respondiendo con su patrimonio personal de las deudas derivadas de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad, lo que evidencia una conexión entre el patrimonio empresarial y personal, con independencia de la relación jurídico-laboral que ligue al socio con la sociedad¹⁵.

Esta conexión patrimonial es una de las causas que justifica la tardanza de las microempresas, ante situaciones de sobreendeudamiento o insolvencia, en acudir a soluciones concursales, las cuales acaban por extenderse también a sus socios o administradores (arts. 38-43 TRLC, hasta ahora, arts. 25-25 ter LC). Sin embargo, una respuesta temprana a dichas situaciones es determinante para lograr una solución eficiente y coordinada, que permita tanto la reestructuración como, en su caso, el concurso ordenado de la sociedad y de sus socios o administradores, favoreciendo para estos últimos el acceso en mejores condiciones a la exoneración de deudas.

2.2. La conexión entre el patrimonio empresarial y el patrimonio personal

Además del fenómeno de la responsabilidad limitada imperfecta propio del empresario social, la conexión entre patrimonio empresarial y personal se produce también en otras formas de organización empresarial de las microempresas, particularmente en el caso del empresario individual.

En este sentido, por el lado del activo, en muchas ocasiones, parte de los bienes empleados en el ejercicio de la actividad comercial o profesional por el empresario individual provienen de su patrimonio privado en tanto persona natural: local comercial, mobiliario, maquinaria, medios de producción, etc. Por el lado del pasivo, la vigencia del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC) determina que los acreedores financieros y comerciales del empresario individual cuentan con la garantía personal e ilimitada del empresario como perso-

¹⁴ Estas prácticas han suscitado debate doctrinal y jurisprudencial sobre la condición o no de consumidores de los socios y en su caso familiares, constituidos en avalistas o fiadores de los préstamos de la sociedad, estableciéndose las condiciones para su consideración como consumidores en la STS (Sala Primera), núm. 1901/2018 de 28 de mayo de 2018, FD 5.º y, a nivel europeo, en los autos del TJUE, de 19 de noviembre de 2015, asunto CC-74/15, y de 14 de septiembre de 2016, asunto C- 534/2015.

¹⁵ En este sentido, debe tomarse en consideración la obligación que el artículo 305.2 b) del TRLGSS impone de acogerse al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) a quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella.

na natural, lo que implica que, salvo determinadas excepciones legales¹⁶, todo el patrimonio personal del empresario individual quede vinculado a las resultas de su actividad comercial.

A mayor abundamiento, al igual que sucedía en sede de responsabilidad limitada imperfecta, esta conexión entre patrimonio empresarial y personal puede extenderse también a otras personas naturales más allá del propio empresario individual, particularmente su cónyuge, si su régimen económico matrimonial es el de gananciales o cualquier otro de comunidad, ex art. 1.365 del CC. De esta cuestión se ocupó tempranamente nuestro decimonónico Código de Comercio, que extendió la responsabilidad por las resultas del comercio a los bienes comunes del cónyuge comerciante, pero también a los bienes comunes del otro cónyuge que no ejerce ninguna actividad comercial, salvo oposición expresa manifestada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil¹⁷.

Ahora bien, y debido a la propia ausencia de obligación legal de inscripción del empresario individual en el Registro Mercantil (art. 19 CdC), dicho régimen de protección legal *ex ante* de los bienes comunes del cónyuge del comerciante es poco utilizado, lo que conlleva que en una eventual situación de concurso, los bienes comunes o gananciales quedan integrados en la masa activa del concurso (art. 193 TRLC, hasta ahora, art. 77 LC). Ello determina que la protección de dichos bienes comunes, a salvo de una eventual extinción de la sociedad de gananciales anterior al estado de insolvencia, debe articularse a través de mecanismos *ex post* de tutela como, en este caso, la extensión del beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho al cónyuge del concursado, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso, de las que debiera responder el patrimonio común (art. 501 TRLC, hasta ahora, art. 178 bis ap.5 *in fine* LC).

Sea como fuere, los supuestos de conexión entre el patrimonio empresarial y personal expuestos evidencian la necesidad de coordinación entre las instituciones de reestructuración y concurso para abordar de forma global tanto el problema del sobreendeudamiento inicial como, en su caso, el tratamiento de la posterior insolvencia de la persona natural¹⁸.

¹⁶ Sería el caso del emprendedor de responsabilidad limitada regulado en los artículos 7-11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta figura ha tenido muy poca acogida en el tráfico mercantil, siendo los últimos datos actualizados al respecto los de la Estadística del Registro Mercantil Central de 2018, la cual señala que, en dicho año, se inscribieron tan solo 10 emprendedores de responsabilidad limitada. Registro Mercantil Central (2018). *Estadística mercantil*. <http://www.rmc.es/estadisticas/EstadisticaSocietaria.aspx>

¹⁷ Artículos 6-11 del Código de Comercio.

¹⁸ Acerca de las dificultades en el tratamiento separado de ambas deudas y propugnando su tratamiento unitario, Cuenca Casas (2020), con importantes citas al respecto: «Pueden existir dificultades a la hora de determinar qué gastos de la vivienda son imputables a la actividad profesional y cuáles no. Tampoco es infrecuente que el empresario pida un préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual y parte del importe lo dedique a atenciones personales y otra a los profesionales. El considerando 84 ejemplifica la deuda profesional y personal que no puede separarse el caso de que se use un activo tanto durante una actividad profesional del empresario como fuera del marco de dicha actividad. El coche puede ser un bien que cumpla tal doble función. Sus gastos de mantenimiento pueden tener naturaleza dudosa» (p. 44).

Esta necesidad de coordinación es también propugnada a nivel europeo por la Directiva 2019/1023, en cuyo artículo 24 se aboga, como principio general, por un tratamiento unitario, a efectos de la obtención del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, de las deudas procedentes de la actividad empresarial y personales en un solo procedimiento. Ello no obstante, la directiva también permite que, si ambas deudas pueden separarse de modo razonable, los Estados miembros puedan prever su exoneración en procedimientos separados, aunque coordinados¹⁹.

En el ámbito preconcursal, a nivel nacional la regulación de los distintos marcos de reestructuración preventiva no prevé ninguna disposición especial que expresamente autorice, o niegue, la posibilidad de sujetar a un mismo acuerdo de reestructuración las deudas provenientes de la actividad empresarial y privada del deudor, así como también los bienes grabados con garantías provenientes de uno u otro ámbito²⁰.

Esta posibilidad de tratamiento unitario de las deudas es también respaldada por el artículo 8 de la Directiva 2019/1023 regulador del contenido de los planes de reestructuración, el cual no excluye la posibilidad de que, entre las partes afectadas por el acuerdo de reestructuración, se incluyan acreedores o bienes grabados pertenecientes a la esfera privada del deudor²¹, siempre que su presencia sea razonable para alcanzar el objetivo de evitar la insolvencia y garantizar la viabilidad empresarial²².

¹⁹ Al respecto de esta previsión señala Benavides Velasco (2018): «No es deseable que al empresario se le someta a dos procedimientos distintos en función del origen de sus deudas, pues hacerlo así conllevaría a la necesidad de realizar un análisis exhaustivo de las mismas, que no siempre estaría exento de dificultad, dada la confusión habitual entre el patrimonio personal y el proveniente de la actividad profesional o empresarial» (p. 86).

²⁰ En este sentido, el ámbito subjetivo de los acuerdos de reestructuración individuales, colectivos no homologados y colectivos homologados judicialmente, viene establecido en el artículo 597 del TRLC, hasta ahora, artículo 71 bis de la LC, el cual refiere a «el deudor», sin distinguir su carácter como empresario o no. En cuanto al ámbito objetivo de los mismos, si bien la finalidad de estos acuerdos debe ser «permitir la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo», el precepto no restringe las deudas, garantías o contratos que puedan insertarse en su ámbito de aplicación, si bien la afectación de los mismos por el acuerdo de refinanciación deberá justificarse por su idoneidad para coadyuvar a la consecución de su finalidad rectora. Por lo que respecta al acuerdo extrajudicial de pagos, su presupuesto subjetivo ex artículos 631-634 del TRLC, hasta ahora 231 de la LC, es el deudor persona natural y el deudor persona jurídica que cumpla las condiciones establecidas en el artículo 633 del TRLC.

²¹ Acerca de la facultad del propio deudor de delimitar el pasivo objeto del acuerdo de reestructuración, Gómez Asensio (2019): «Mayor interés reviste el apartado c) del precepto, el cual, de conformidad con lo establecido en la Recomendación de 2014, refiere a la facultad del deudor de delimitar el pasivo o «partes afectadas», por el plan de reestructuración, esto es, los acreedores que tendrán derecho de voto sobre la adopción del plan de reestructuración (art. 9.2 Directiva 2019/1023), lo que consecuentemente *a sensu contrario*, implica determinar la identidad de las partes no afectadas por el plan de reestructuración –art. 8.1 e) Directiva 2019/1023–, las cuales no participarán en la adopción del plan y por tanto no se verán afectadas por el mismo ex artículo 15.2 de la Directiva 2019/1023» (pp. 144-145).

²² A mayor abundamiento, el artículo 9.4 de la Directiva 2019/1023 permite la posibilidad de que los Estados miembros puedan prever que los deudores pymes tengan la posibilidad de no tratar a las partes

3. La reestructuración de deuda del deudor persona natural

El empresario en situación de sobreendeudamiento que, con el objetivo de evitar la insolvencia, pretende alcanzar un acuerdo de reestructuración con sus acreedores, dispone en el derecho concursal español de una amplia variedad de institutos concursales a través de los que instrumentar su reestructuración. Esta amplia disponibilidad es conforme con lo dispuesto por la Directiva 2019/1023, la cual no establece una regulación detallada y reglada de un único procedimiento de reestructuración preventiva, sino que posibilita la coexistencia en un mismo ordenamiento nacional, de varios procedimientos de reestructuración preventiva, incluso de carácter extrajudicial, siempre y cuando se garantice que dichos marcos de reestructuración concedan a los deudores y a las partes afectadas los derechos y las garantías reconocidos por la propia directiva²³.

En este contexto, dentro de la variedad de marcos de reestructuración preventiva disponibles, el empresario puede: por un lado, recurrir a los acuerdos de refinanciación colectivos y singulares no homologados judicialmente (arts. 596 a 603 y 604 TRLC, hasta ahora, arts. 71.1 bis y 71.2 bis LC, respectivamente), o a los acuerdos de refinanciación colectivos homologados judicialmente (arts. 605-630 TRLC, hasta ahora, disp. adic. 4.ª LC), institutos todos ellos que, pese su diferente régimen jurídico, presentan notas transversales y efectos comunes, como la moratoria preconcursal; pero también el empresario puede optar por escoger el instituto del acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 631-720 TRLC, hasta ahora, arts. 231-242 bis LC).

Particularmente interesante resulta este último marco de reestructuración, el cual, si bien contiene una regulación diferenciada en su tramitación para el caso del deudor persona natural empresario y no empresario²⁴, aboga por un tratamiento unitario de la insolvencia

afectadas por el acuerdo de reestructuración como categorías separadas, lo que, en el caso de las microempresas, refuerza aún más la posibilidad del tratamiento unitario de sus créditos.

²³ Sobre esta pluralidad de marcos de reestructuración admitidos por el artículo 4.5 de la Directiva 2019/1023, Gómez Asensio (2019) afirma: «El problema radica en que, el Título II de la Directiva 2019/1023, pese a pretender regular de una forma amplia unas instituciones comunes para una pluralidad de marcos de reestructuración preventiva, en la práctica se articula en torno a la regulación de un determinado modelo de marco de reestructuración preventiva: el del plan de reestructuración con mecanismos de arrastre entre clases [...]. En el caso español, el modelo de plan de reestructuración de la Directiva 2019/1023 con arrastre de clases se corresponde en gran medida con el régimen de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la disp. adic. 4.ª de la LC, de forma que la extensión de los derechos y garantías que recoge la Directiva a los sujetos intervinientes en dichos acuerdos homologados no parece *a priori* plantear grandes inconvenientes. Mayores dificultades sin embargo se encontrarán respecto del régimen de los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis de la LC, especialmente con los individuales, por no mencionar el caso de los acuerdos atípicos de refinanciación» (p. 125).

²⁴ Hasta ahora, dicho régimen especial se encontraba concentrado en el artículo 242 bis de la LC. Con el texto refundido de la Ley concursal, dicho régimen especial se encuentra repartido entre cada uno de los preceptos que regulan cada una de las fases del procedimiento (arts. 631-720 TRLC), lo que se considera una mejor opción sistemática que facilita su manejo y comprensión.

del deudor, conteniendo disposiciones específicas que reflejan expresamente la conexión entre el patrimonio empresarial y personal del deudor persona natural, por ejemplo en relación con los requisitos para la presentación de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos en caso que el deudor fuere persona casada (art. 635 TRLC, hasta ahora, art. 232.2 LC)²⁵.

Por último, resulta determinante el hecho de que, a diferencia del resto de marcos de reestructuración, la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos se encuentra materialmente vinculada con el régimen de concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho al deudor persona natural²⁶.

En concreto, la utilización de este instituto como instrumento a través del cual intentar alcanzar un acuerdo de reestructuración con los acreedores supone que, en sede de un eventual concurso de acreedores posterior (concurso consecutivo), el deudor persona natural podrá, tanto acogerse al régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, como, cumplidos ciertos requisitos, alcanzar dicho beneficio mediante la satisfacción de unos requisitos de concesión menos exigentes.

En primer lugar, de conformidad con la interpretación dada al hasta ahora artículo 178 bis ap. 3 p. 3.º de la LC, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 marzo de 2019, para poder acceder a la petición del beneficio de la exoneración es necesario haber intentado, al menos de forma «material», alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos²⁷.

²⁵ Puigcerver Asor y Adán Doménech (2019) analizan con detalle las cuestiones acerca de la legitimación y litisconsorcio para la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos en este caso (pp. 26-32).

²⁶ Por todos, en cuanto al régimen jurídico del Acuerdo Extrajudicial de Pagos y su conexión con la posterior solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho: Fernández Seijo (2015), Sendra Albiñana (2018), Puigcerver Asor y Adán Doménech (2019).

²⁷ STS (Sala Primera), núm. 150/2019, de 13 de marzo de 2019, FD 2.º p. 5: «El requisito del ordinal 3.º se refiere a que se hubiera instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, que, al verse frustrado, dio paso al concurso consecutivo, a cuya conclusión por insuficiencia de activo el deudor interesa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De modo que, a los efectos del ordinal 3.º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos».

Dicha jurisprudencia puede complementarse con los criterios del Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016, de conformidad con los cuales: «3. Se considerará que se ha intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos a los efectos del art. 178 bis 3. 3.º, en los supuestos en que, elevada una propuesta de acuerdo, esta no sea aceptada por los acreedores. También se podrá considerar que se ha intentado un AEP en los casos en que el mediador concursal decida, a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar concurso. Asimismo, se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178 bis 3. 3.º en los supuestos en que la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor. También se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178 bis 3. 3.º cuando se acrediten otros supuestos en que se ponga fin, por causa no imputable al deudor, al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos».

También desarrollando esta casuística, Puigcerver Asor y Adán Doménech (2019, pp. 132-138).

En la actualidad debe destacarse que, habida cuenta de la redacción del artículo 488 del TRLC regulador del presupuesto objetivo de la exoneración de deudas, la exigencia de haber intentado alcanzar un previo acuerdo extrajudicial de pagos es matizada. En este sentido, dicho precepto regula expresamente dos presupuestos alternativos de acceso al beneficio de la exoneración: uno para el deudor que hubiera intentado el acuerdo y otro para el deudor que no lo hubiera hecho. Por consiguiente, a partir del 1 de septiembre de 2020, la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho no queda condicionada al cumplimiento de la previa obligación de intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos por el deudor persona natural²⁸.

En segundo lugar, el intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores determina una rebaja de las exigencias necesarias para alcanzar la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho ex art. 488 y 491 del TRLC, hasta ahora, artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º de la LC. En este sentido, por lo que respecta al requisito de satisfacción de un umbral mínimo de pasivo, se elimina la obligatoriedad de satisfacer un 25 % de los créditos ordinarios reconocidos en concurso para el deudor que, previamente a la declaración de concurso, hubiera intentado reestructurar su deuda mediante un «efectivo» acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores²⁹.

²⁸ Esta supresión del carácter obligatorio del previo intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos para poder acogerse al beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho resulta positiva, habida cuenta de las críticas que el régimen anterior había despertado en la doctrina, por todas Esteban Ramos (2019): «En todo caso, insistimos en que esta solución no es la más adecuada por los perjuicios que de ella derivan tales como el que el intento de acuerdo extrajudicial de pagos se convierta en una especie de obligación a cargo del deudor que pretenda la exoneración que tiene que cumplirse mucho antes de saber si realmente la va o no a necesitar o el añadir costes al intento de solucionar los problemas de solvencia en que pueda encontrarse un deudor. Además, supondría alargar el momento de la obtención del beneficio y, además, se estaría beneficiando a los deudores más informados en perjuicio de aquellos que desconocen las distintas posibilidades a su alcance ante una situación de alarma patrimonial. Por tanto, debería eliminarse esta exigencia» (p. 336).

En el mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), núm. 60/2019, de 11 de febrero de 2019, FD 2.º.

²⁹ De conformidad con el criterio sentado por la STS (Sala Primera), núm. 150/2019, de 13 de marzo de 2019, FD 2.º p. 5: «Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4.º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25 % del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos».

Todo ello con independencia de las modificaciones que, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023, será necesario llevar a cabo también en la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, tal y como se analizará posteriormente.

En todo caso, la conexión material entre el acuerdo extrajudicial de pagos y el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho evidencia la constitución del primero como el marco preferente para la reestructuración de deuda del deudor persona natural. Por consiguiente, procede analizar los aspectos del acuerdo extrajudicial de pagos que presentan mayor interés desde la perspectiva de la situación de transición regulatoria que atraviesa el mismo, tomando en consideración su vinculación con el régimen de exoneración de deudas.

3.1. Regulación vigente y futura del acuerdo extrajudicial de pagos

Desde su introducción en el título X de la Ley concursal por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos ha sido objeto de diversas reformas legislativas, todas ellas con ocasión, precisamente, de la reforma, a su vez, de la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, lo que evidencia de nuevo la conexión material entre ambas instituciones³⁰.

A pesar de todas estas reformas, la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos no ha dejado de adolecer de múltiples deficiencias³¹, empezando por sus propios presupuestos subjetivo

³⁰ Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo y Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

³¹ Recopilando estas deficiencias, Sendra Albiñana (2019) señala: «Las limitaciones cuantitativas en relación al pasivo máximo susceptible de sometimiento al instituto preconcursal que nos ocupa (cinco millones de euros), unidas a otras que hacen referencia al contenido material del acuerdo –esperas no superiores a 10 años–, junto con la exclusión de los acreedores de derecho público y aquellos otros que contasen con garantías reales sobre su crédito, provocaban una excesiva limitación sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo que evitase el concurso de acreedores. Además, la imposición de los mismos límites, en fase preconcursal, que aquellos establecidos para el convenio durante la vigencia del concurso (excepción hecha de las quitas) hacen inoperativa la normativa promulgada e inviabilizan, de facto, cualquier suerte de verdadera mediación que permita el consenso entre las partes. Por si ello fuera poco, el escaso lapso de duración del plazo concedido para la obtención del acuerdo (sin posibilidad de prórroga a su término), y la necesaria acreditación de medios económicos para la asunción de los gastos del procedimiento extrajudicial inciden en la escasa efectividad del remedio preconcursal que nos ocupa. Por último, la aceptación del cargo por parte del mediador concursal determina que haya de hacerse constar, en los registros públicos, la anotación preventiva del inicio de la mediación concursal, tanto en el registro civil –si afecta a personas naturales– como en el registro mercantil –si afecta a personas jurídicas o empresarios personas naturales–, lo cual quiebra el fundamental principio de confidencialidad que rige en toda actividad mediadora, y perjudica mucho la obtención de cualquier acuerdo, dada la estigmatización social y financiera que las situaciones de crisis económica producen tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas en nuestro país» (pp. 346-347).

y objetivo (arts. 631-634 TRLC, hasta ahora, art. 231 LC), los cuales en la práctica acaban acotando su ámbito de aplicación a las microempresas, constituidas como empresario individual o social, cuyo pasivo es previsible que no supere el límite cuantitativo del presupuesto objetivo.

Además, el instituto presenta otras dos deficiencias a destacar: el limitado alcance de la moratoria preconcursal en lo que respecta a los efectos suspensivos de las ejecuciones, en especial en relación con los acreedores titulares de créditos con garantías reales (art. 591 TRLC, hasta ahora, art. 235. 2 a) LC); y la exclusión del crédito de derecho público tanto de los efectos suspensivos de la moratoria preconcursal en general (art. 592 TRLC) como del propio instituto del acuerdo extrajudicial de pagos en su conjunto (arts. 655-658 TRLC, hasta ahora, art. 231.5 p. LC).

En cuanto a la exclusión de los acreedores titulares de garantía real respecto la prohibición general de iniciar ejecuciones y la suspensión de las ya iniciadas, debe no obstante valorarse positivamente que, a pesar de dicha exclusión, el artículo 591 del TRLC (como hasta ahora el art. 235. 2 a) LC) prevé expresamente la extensión de los efectos suspensivos de la moratoria preconcursal tanto a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor como a su vivienda habitual. Este hecho permite preservar la viabilidad empresarial del deudor mientras negocia el acuerdo de reestructuración, pero también permite preservar su viabilidad personal, en lo que constituye una manifestación más de la conexión entre ambos patrimonios del deudor persona natural³².

Por su parte, la rotunda exclusión del crédito público del ámbito de la moratoria preconcursal en general solo puede merecer una consideración negativa, puesto que el acreedor de derecho público es uno de los que con mayor frecuencia integran el pasivo del deudor persona natural, especialmente en el caso del empresario individual³³.

La relevancia de esta exclusión se acentúa más aún si se toman en consideración las consecuencias que implica el privilegio de autotutela ejecutiva del acreedor público. En este sentido, el deudor persona natural debe soportar los continuos embargos sobre sus cuentas corrientes y requerimientos a terceros pagadores del acreedor público, lo que le priva de la liquidez coyuntural necesaria tanto para poder preservar su solvencia con carácter general como, muy especialmente, mientras negocia un acuerdo de reestructuración con sus acreedores³⁴.

³² En detalle, acerca del régimen de los acreedores con garantía real en sede del acuerdo extrajudicial de pagos, Fernández Seijo (2015, pp. 78-81).

³³ A este respecto señala Senent Martínez (2020): «Nuestro sistema perjudica claramente al empresario frente al consumidor, ya que aquel, por lo general, suele asumir un mayor pasivo privilegiado, tanto general como especial, derivado fundamentalmente de obligaciones tributarias, laborales y de Seguridad Social, por lo que al tener que pagar un elevado porcentaje del pasivo para obtener la exoneración, es muy difícil que pueda conseguirlo» (p. 165).

³⁴ Haciendo referencia a lo que ha sido calificado como una «relación alérgica» del privilegio de autotutela de la Administración con el resto de normativa e instituciones concursales, y reflejando las principales críticas doctrinales sobre este tratamiento privilegiado del crédito público, Sendra Albiñana (2020, p. 182).

El mantenimiento de esta exclusión en el artículo 592 del TRLC resulta especialmente desconcertante, dados los relevantes pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en sede de concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho sobre el tratamiento y exoneración del crédito de derecho público, tal y como se analizará posteriormente.

No es de extrañar por tanto que estas deficiencias expuestas, al igual que la modificación estructural y de carácter transversal que deberá sufrir el acuerdo extrajudicial de pagos y toda la variedad de acuerdos de refinanciación existentes en nuestro derecho³⁵, sean objeto de modificación con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023 a nuestro ordenamiento³⁶.

Así, en primer lugar, el límite cuantitativo del presupuesto objetivo del acuerdo extrajudicial de pagos está llamado a desaparecer, por cuanto la Directiva 2019/1023 no establece límites cuantitativos de pasivo, ni para el acceso por el deudor a los marcos de reestructuración preventiva, ni tampoco para el acceso al régimen de exoneración de deudas³⁷.

Por lo que respecta a la exclusión de los acreedores con garantía real y del crédito de derecho público del régimen de suspensión de ejecuciones de la moratoria preconcursal, la Directiva 2019/1023, en su artículo 6.2, regulador de la suspensión de las ejecuciones singulares como efecto derivado de la negociación de un acuerdo de reestructuración, establece como principio general que la suspensión de ejecuciones singulares debe abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes. No obstante, este principio general puede ser objeto de excepción para determinados créditos, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y, además, alternativamente, concurra una de estas dos circunstancias: que no resulte probable que la ejecución ponga

³⁵ Acerca de la conveniencia de una modificación transversal de todas las instituciones de refinanciación en nuestro Derecho como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023, Rojo Fernández del Río (2017): «El Gobierno español no debería limitarse a modificar en puntos concretos el régimen en vigor de los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pagos, sino que, una vez determinado si opta por un único procedimiento o por mantener la actual dualidad, debería proceder a una nueva regulación. En particular, la disciplina vigente de los acuerdos de refinanciación (arts. 71 bis y disposición adicional 4.ª LC y arts. 595 a 629 del Texto refundido) es tan defectuosa e incompleta, además de excesivamente favorable a los deudores, que la introducción de reformas parciales sería insuficiente» (p. 110).

³⁶ Un estudio exhaustivo sobre el régimen de los acuerdos de reestructuración en la Directiva 2019/1023 puede encontrarse en Gómez Asensio (2019).

³⁷ Así lo pone de manifiesto Senent Martínez (2020): «Sin embargo, parece que no tienen cabida en la Directiva excepciones que tengan su fundamento en requisitos meramente formales o se basen en aspectos meramente cuantitativos del pasivo. Por tanto, debería excluirse de nuestra legislación, al menos como requisito ineludible, el haber intentado la vía del Acuerdo extrajudicial de pagos, zanjando así la polémica existente al respecto. Tampoco podrá excluirse al deudor por razón del importe de su pasivo, por elevado que sea, ya que esa exclusión, sino se acompaña de otra causa debidamente justificada, infringiría el principio fundamental de la Directiva, en virtud del cual los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas» (p. 172).

en peligro la reestructuración de la empresa, o bien, que la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos³⁸.

Como consecuencia de lo anterior, la transposición de la Directiva 2019/1023 obligará al legislador español a replantearse el actual régimen de tratamiento de los acreedores con garantía real y de los acreedores de derecho público, no ya solo en sede del acuerdo extrajudicial de pagos, sino, en general, en sede de todos los marcos de reestructuración preventiva. En este sentido, de conformidad con la norma europea, solo será posible mantener la exclusión de estos dos acreedores respecto los efectos suspensivos de la moratoria pre-concursal si se logra justificar, por un lado, que la ejecución de dichos créditos no pone en peligro la reestructuración de la empresa (condición de especial incidencia con respecto la autotutela del crédito público), y por otro lado, que la suspensión de su ejecución no daña a dichos créditos, extremo que *a priori* no parece cumplirse, dada la calificación privilegiada del crédito de ambos acreedores en sede concursal.

Ello no obstante, debido a la conexión material del acuerdo extrajudicial de pagos con la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, las deficiencias observadas no implican necesariamente un desincentivo para la utilización de este marco de reestructuración, pero sí una pérdida de su finalidad y eficacia, lo que puede redundar en una instrumentalización del mismo. En este sentido, el deudor puede acabar recurriendo a este instituto, aun a sabiendas que nunca va a alcanzar un acuerdo debido a su escasez patrimonial, simplemente a los efectos de acceder a la exoneración de deudas en condiciones más ventajosas, lo que plantea el debate acerca de la utilidad de seguir vinculando dicha rebaja de los requisitos de acceso a la exoneración al intento de tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos³⁹.

4. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: una regulación en transformación

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, al igual que el del acuerdo extrajudicial de pagos, se encuentra también en un momento de transición regulatoria desde su

³⁸ Así, establece el considerando 34 de la Directiva 2019/1023 que: «En circunstancias bien definidas, los Estados miembros deben poder excluir del ámbito de aplicación de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, como los que estén garantizados por activos cuya supresión no pondría en peligro la reestructuración de la empresa o los créditos de acreedores a quienes una suspensión provocaría un perjuicio injusto, por ejemplo a causa de una pérdida no compensada o de una depreciación de las garantías».

³⁹ Acerca de este riesgo de instrumentalización, Latorre Chiner (2018) expone que: «El AEP carece de sentido cuando no cabe reestructurar la empresa o reorganizar la actividad y el único propósito del deudor es liquidar su patrimonio para poder pagar. Tampoco es un remedio oportuno cuando el deudor carece de bienes suficientes, no solo para atender a un mínimo de pasivo sino, incluso, para poder pagar los gastos del expediente preconcursal. En situaciones como esta, resulta difícil imaginar que el deudor llegue a algún tipo de acuerdo con los acreedores; lo único que se consigue con un AEAP es retrasar el inicio del procedimiento concursal con un incremento innecesario de los gastos» (p. 68).

normativa recogida en los artículos 486-502 del TRLC, sucesores del hasta ahora artículo 178 bis de la LC, hacia su reforma de carácter transversal como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023⁴⁰.

Respecto a la norma comunitaria, debe realizarse una consideración previa: el artículo 1.2 h) de la Directiva 2019/1023 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las personas físicas que no tengan la condición de empresario. Sin embargo, inmediatamente a continuación, el artículo 1.4 de la directiva declara expresamente la posibilidad de los Estados miembros de extender el ámbito de aplicación de la directiva a las personas físicas insolventes que no sean empresarios. Por consiguiente, el tratamiento de la reestructuración y exoneración de deudas del empresario individual queda directamente comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1023, mientras que dicha norma solo será de aplicación a la persona natural no empresario por vía indirecta, esto es, a través de un expreso aunque potestativo pronunciamiento legislativo por parte de cada Estado miembro⁴¹.

En el caso de España, el ámbito subjetivo de la regulación de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se identifica con el deudor persona natural (art. 487 TRLC), con independencia de su condición o no de empresario, al igual que, como se ha expuesto anteriormente, los distintos marcos de reestructuración preventiva no restringen su ámbito de aplicación a la persona natural no empresario. Por lo tanto, parece lógico aventurar que, en la transposición de la Directiva 2019/1023, el legislador español hará uso de la facultad prevista en el artículo 1.4 de la misma y extenderá el ámbito de aplicación de la directiva también a la persona natural no empresario, manteniendo así el tratamiento jurídico ya existente en el derecho nacional vigente.

En todo caso, el momento de transición regulatoria que atraviesa la regulación de la exoneración de deudas justifica la necesidad de un análisis dinámico del régimen jurídico de la institución que refleje su evolución hasta la situación actual y que identifique los aspectos que será necesario modificar con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023.

⁴⁰ La Directiva 2019/1023, después de regular los marcos de reestructuración preventiva en sus títulos I y II, dedica su título III, artículos 20 a 24, a la regulación de la exoneración de deudas, previendo un título IV, artículos 25-28, un régimen de medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Ello no obstante, debe destacarse la incidencia en esta materia que tiene la regulación en el artículo 3 de la directiva de los mecanismos de alerta temprana y acceso a la información, encaminados a favorecer una detección y tratamiento temprano de circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente por el empresario individual, con el objetivo de evitar su insolvencia.

⁴¹ Una postura crítica y muy bien fundada con esta exclusión inicial del consumidor del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2019/1023, y abogando por su inclusión dado el carácter conexo del patrimonio profesional y personal del empresario persona natural, es la mantenida por Cuenca Casas (2020, pp. 42-45).

4.1. Sistemas de exoneración, normativa vigente y oportunidades de cambio

Hasta ahora, el artículo 178 bis de la LC establecía dos vías o formas alternativas de exoneración⁴²: en primer lugar, la prevista en el artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º de la LC, consistente en la satisfacción por el deudor, mediante la liquidación de su patrimonio, de un umbral mínimo de pasivo compuesto por los créditos contra la masa, créditos privilegiados (especiales y generales) y, si no se ha intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, además, el 25 % de los créditos ordinarios. En segundo lugar, y para el caso de que no se hubiera logrado satisfacer dicho umbral mínimo de pasivo, el deudor que cumplía los requisitos establecidos para ello debía pagar los créditos restantes hasta alcanzar dicho umbral, de conformidad con un plan de pagos diseñado al efecto (art. 178 bis ap. 3 p. 5.º LC), en el plazo de 5 años, pudiendo igualmente alcanzar la exoneración pasado este plazo, pese a no haber logrado cumplir con el plan de pagos, si concurrían los requisitos del artículo 178.8 bis de la LC⁴³.

Dicho régimen legal basado en la previa liquidación del patrimonio del deudor, más, en su caso, el posterior cumplimiento por el mismo de un plan de pagos, era objeto de abundantes críticas, especialmente por lo gravoso, ineficiente y contradictorio que supone la imposición de un plan de pagos a quien, tras la previa liquidación de su patrimonio, carece de medios con los que cumplirlo⁴⁴.

⁴² Así lo establece la STS del Pleno de la Sala Primera, núm. 381/2019, de 2 de julio de 2019 (NCJ064148), FD 2.º, p. 2.

⁴³ Esta interpretación del artículo 178.8 bis de la LC no es pacífica en la doctrina. Se pronuncian a favor de la misma, por todos, Fernández Seijo (2015) al señalar que: «Al regularse la exoneración definitiva no se establece limitación alguna, la ley habla de pasivo insatisfecho en el concurso, por lo tanto, aunque el deudor no pudiera en principio verse exonerado del crédito público y del crédito por alimentos, transcurridos cinco años, constatado el esfuerzo realizado y constatada la insuficiencia del patrimonio del deudor, la única consecuencia posible es que se exonere de la totalidad de créditos pendientes» (p. 310). En contra de esta opinión, Cuenca Casas (2020, p. 48).

A favor de la misma también los criterios del Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016, apartado IV.

⁴⁴ En este sentido es muy ilustrativa la crítica de Senent Martínez (2020) exponiendo que: «En cualquier caso, la realidad práctica ha evidenciado los problemas de compatibilidad de plan de pagos con la existencia de una liquidación previa. Dado que el deudor ha perdido todo su patrimonio y en ocasiones ya no obtiene ingresos, o los que obtiene se encuentran por debajo del umbral embargable, poco puede ofrecer a sus acreedores, por lo que se aprueban planes meramente formales o de imposible cumplimiento, a la espera de que el juez del concurso haga uso de la facultad del art. 178 bis.8 LC y transcurrido el plazo previsto para el plan de pagos atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declare la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurren en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del RDL 6/2012, de 9 de marzo» (p. 174).

En todo caso, independientemente de cuál sea la vía o forma alternativa de exoneración por la que se hubiera optado, la regulación española exigía también, en ambos casos, la calificación del deudor como «deudor de buena fe»⁴⁵, lo que llevaba a calificar al modelo español como un sistema de «exoneración mixto». En este sentido, la doble exigencia expuesta supone una combinación del «modelo de mercado» propio de los países del *common law*, basado en la satisfacción de un umbral mínimo de pasivo, con el «modelo de responsabilidad» de algunos países europeos como Alemania, Austria y Portugal, basado en el sometimiento a un plan de pagos y la calificación del deudor como «deudor de buena fe»⁴⁶.

Dicho modelo, lejos de ser objeto de rectificación, se mantiene en la actualidad de conformidad con la redacción de los artículos 487, 488, 491 y 493 del TRLC, los cuales mantienen el sistema mixto de liquidación con satisfacción de un umbral mínimo de pasivo y, en su caso, sometimiento a un plan de pagos, con la calificación del deudor como deudor de buena fe, como presupuesto subjetivo común en ambos casos.

Ahora bien, esta situación está llamada a dar un importante giro con el artículo 20 de la Directiva 2019/1023, el cual, si bien no prevé la regulación de un procedimiento unitario de exoneración de deudas para todos los países, dejando por tanto margen a los Estados miembros para diseñar su propio procedimiento de exoneración⁴⁷, contiene, en cambio, dos delimitaciones importantes:

La primera, que los procedimientos de exoneración se articularán sobre la base de los modelos de satisfacción de cuota mínimo de pasivo o sometimiento al plan de pagos; y la segunda, y más importante, contenida en el artículo 20.2 de la directiva, que en el caso de optar por un modelo que incluya la satisfacción de una cuota mínima de pasivo, «la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular,

⁴⁵ En este sentido la STS del Pleno de la Sala Primera, núm. 381/2019 (NCJ064148), de 2 de julio de 2019, FD 2.º, p. 2: «De este modo, para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario en primer lugar que, con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1.º, 2.º y 3.º del apartado 3 del art. 178 bis LC: el concurso no haya sido calificado culpable; el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; y se haya acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso. Además, en función de la alternativa que se tome, la exoneración inmediata del ordinal 4.º o la exoneración en cinco años del ordinal 5.º, se han de cumplir otras exigencias propias de esa alternativa. Por lo tanto, la denuncia de la inexistencia de buena fe exigida por el art. 178 bis 3 LC se debe ceñir al cumplimiento de estos requisitos».

⁴⁶ Una exposición detallada de los modelos de exoneración en el derecho comparado, abordando el «modelo de mercado», «modelo de responsabilidad» y «modelo de merecimiento», con ocasión del modelo establecido por la Directiva 2019/1023 puede encontrarse en Cuenca Casas (2020), pp. 45-48).

⁴⁷ Analizando el precepto señala Cuenca Casas (2020) que son conformes con la directiva los siguientes sistemas de exoneración: «a) Sistema de exoneración inmediata y automática tras liquidación del patrimonio del deudor. b) Sistema de exoneración tras el cumplimiento del plan de pagos (con o sin umbral de pasivo mínimo), tras la liquidación del patrimonio del deudor. c) Sistema de exoneración tras cumplimiento de plan de pagos (con o sin umbral de pasivo mínimo), sin liquidación del patrimonio» (p. 48).

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».

Es decir, la Directiva 2019/1023 obligará con su transposición a modificar nuestro régimen de exoneración en lo que respecta al actual umbral objetivo de satisfacción de pasivo (como mínimo, crédito contra la masa y privilegiado), debiendo establecer unas reglas que, atendiendo a los parámetros dados por la directiva, permitan ajustar dicho umbral de pasivo a las concretas circunstancias del deudor en cada caso. Este hecho parece aventurar un papel relevante de la administración concursal y de la autoridad judicial para la fijación del mismo; así, el umbral mínimo de pasivo a satisfacer podría ser formulado inicialmente por el deudor, informado posteriormente por la administración concursal y fijado finalmente por el juez.

En todo caso, la adecuación del umbral mínimo de pasivo exigido a las circunstancias patrimoniales del deudor merece una valoración positiva. En este sentido, la medida redundaría en la eficacia del procedimiento, permitiendo acceder directamente a la exoneración por la vía de la liquidación del patrimonio a deudores con pocos recursos que, de otra forma, al no poder alcanzar la cuota mínima objetiva exigida, quedan sistemáticamente obligados a someterse a un plan de pagos abocado al fracaso, dada la ausencia de bienes tras la liquidación de su patrimonio con los que cumplir las previsiones de dicho plan.

Precisamente, esta ineficiencia es la que ha propiciado que importantes voces doctrinales se pronuncien a favor de establecer, con ocasión de la reforma del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho por la transposición de la Directiva 2019/1023, un nuevo modelo dual o de doble itinerario para la exoneración, basado en dos alternativas⁴⁸:

La primera, una exoneración automática tras la liquidación del patrimonio del deudor, especialmente pensada para los supuestos de concursos sin masa activa, en la cual se suma además la exigencia de intentar un previo acuerdo extrajudicial de pagos. La segunda, una exoneración tras cumplimiento del plan de pagos, sin liquidación previa del patrimonio del deudor, pensada para los deudores con masa, en la cual sí se prevé la tramitación de un previo acuerdo extrajudicial de pagos al efecto de incentivar una temprana salida convencional a la situación patrimonial que evite la insolvencia y, en caso de producirse esta, el sometimiento a un plan de pagos cuyo cumplimiento sí resulte posible para un deudor que previamente no ha liquidado su patrimonio.

En conclusión, el modelo español de «exoneración mixto» tiene una vigencia temporal reducida como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023, la cual obligará

⁴⁸ Estas dos alternativas son propuestas por Cuenca Casas (2020), quien, tras exponerlas en detalle, concluye: «El sistema que propongo se inspira en el establecido en el art. 742 Código de consumo francés y en el Capítulo 13 del USCO. No tiene sentido liquidar el patrimonio del deudor y exigir el cumplimiento del plan de pagos. La regulación debe incentivar la declaración temprana del concurso, con masa activa suficiente que permita además remunerar a los profesionales que atienden este tipo de concursos» (p. 50).

También apoyando este modelo dual de exoneración, Senent Martínez (2020).

a la reforma del mismo, al menos en lo que respecta al carácter objetivo del umbral mínimo de pasivo exigible para la concesión del beneficio de la exoneración, sin perjuicio de poder prever la implantación del modelo dual de exoneración aquí expuesto, medidas ambas que permiten, al menos *a priori*, una adaptación del procedimiento de exoneración al perfil patrimonial del deudor, mejorando así la eficiencia y eficacia del mismo.

4.2. La buena fe del deudor

Como se ha expuesto, el modelo español de «exoneración mixto» combina la doble exigencia, por un lado, de liquidación del patrimonio con satisfacción de un umbral mínimo de pasivo y en su caso sometimiento a un plan de pagos y, por otro lado, la exigencia, en todo caso, de la calificación del deudor como «deudor de buena fe».

Lo peculiar del modelo español es que la noción de «deudor de buena fe» es una noción normativa, cuyos criterios legales de definición en ocasiones se asientan sobre parámetros que nada tienen que ver con la conducta del deudor y que, además, presentan una doble graduación en función de si el deudor logra satisfacer el umbral mínimo de cuota de pasivo exigible o, por el contrario, queda sometido al cumplimiento de un plan de pagos, en cuyo caso los requisitos para la calificación como «deudor de buena fe» son aún más elevados⁴⁹.

Por lo que respecta a los parámetros que integran la noción normativa de «deudor de buena fe», se aprecia una confusión entre alguno de ellos y los que en realidad constituyen los presupuestos del propio sistema de exoneración. En este sentido, tanto el intento de celebración previo de un acuerdo extrajudicial de pagos como la satisfacción de un umbral mínimo de pasivo exigible aparecían hasta ahora recogidos en el artículo 178 bis. ap. 3 p. 3.º y 4.º de la LC como requisitos para la concurrencia de la buena fe del deudor, cuando, en realidad, son hechos objetivos que nada tienen que ver con la conducta del deudor y por tanto su actuación de buena o mala fe, sino con los propios requerimientos del sistema de exoneración⁵⁰.

Afortunadamente, esta confusión entre parámetros de enjuiciamiento para la concurrencia de una noción normativa de buena fe del deudor y presupuestos del propio sistema de exoneración ha sido resuelta por el texto refundido de la Ley concursal, el cual distingue

⁴⁹ En profundidad sobre la noción normativa de «deudor de buena fe» en sede del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, Bastante Granell (2016).

⁵⁰ Este carácter normativo de la buena fe alejado de la conducta del deudor es destacado por Benavides Velasco (2018), quien señala que: «La buena fe del deudor se aprecia conforme a una técnica legislativa de exclusión que hace depender de una serie de hechos que, de producirse, imposibilitaría el acceso al beneficio, por lo que el juez carece de margen de interpretación al haberse objetivizado el concepto de buena fe. Por tanto, no se aprecia en cada caso concreto la actitud del deudor, ya que esa valoración no se realiza desde un prisma subjetivo, sino objetivo, debiendo el deudor cumplir los requisitos que se prevén legalmente, con independencia de la posible existencia de otros comportamientos que podrían también tenerse en cuenta» (p. 93).

entre presupuestos subjetivos y objetivos de la exoneración. De esta forma, el artículo 487 del TRLC establece como presupuesto subjetivo único la consideración del deudor como «deudor de buena fe». Por su parte, el artículo 488 del TRLC establece la satisfacción de un umbral mínimo de pasivo exigible como presupuesto objetivo de la exoneración, a la vez que el artículo 493 del TRLC recoge los requisitos adicionales que complementan el presupuesto objetivo en sede de plan de pagos.

A pesar de esta mayor claridad, el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, también en lo concerniente a la verificación de la buena fe del deudor, está llamado a verse modificado con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023.

En este sentido, frente al modelo nacional en el cual el deudor debe probar su condición de «deudor de buena fe» para obtener la concesión del beneficio de la exoneración, la directiva parte de un modelo opuesto, establecido sobre la consideración del deudor como «deudor de buena fe». Por consiguiente, deberán ser los acreedores o la administración concursal quienes prueben la concurrencia de la mala fe del deudor, según la normativa nacional, como causa de exclusión del beneficio de la exoneración (art. 23.1 Directiva 2019/1023), lo que supone una inversión en la carga de la prueba respecto a nuestro modelo nacional, lo que determina la caracterización de la exoneración de deudas más como un derecho del deudor que como un beneficio para el mismo⁵¹.

A los efectos de facilitar la prueba de la mala fe del deudor, el considerando 79 de la Directiva 2019/1023 ofrece una serie de parámetros a tomar en consideración por el legislador nacional para apreciar la concurrencia de la mala fe, que orbitan en torno al sobreendeudamiento activo del deudor, así como la ausencia de recurso a los mecanismos de alerta temprana o de evitación de la insolvencia, todo ello sin perjuicio del listado enunciativo de causas que permiten excluir la exoneración o someterla a unos plazos más largos, previsto en el artículo 23.2 de la directiva, todas ellas de asunción potestativa por los Estados miembros⁵².

⁵¹ La calificación de la exoneración más como derecho que como beneficio es apuntada por Senent Martínez (2020, p. 172).

Un excepcional análisis del cambio de paradigma que supone la Directiva 2019/1023 en cuanto al análisis de la concurrencia de la buena fe del deudor puede encontrarse en Cuenca Casas (2020), quien señala que: «Si bien la exoneración se ha considerado como una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal, parece que la DRI parte del principio opuesto. Todo empresario tiene derecho a obtener una segunda oportunidad y su denegación debe ser excepcional. A tales excepciones se refiere el art. 23 DRI que engloba todas las restricciones que pueden establecerse a la obtención de la exoneración. Artículo extenso que mezcla el pasivo no exonerable con la conducta del deudor que puede ser objeto de censura en un proceso concursal. La primera consecuencia de este planteamiento general es que se pretende una inversión de la carga de la prueba. Tal y como está estructurado el precepto, la inversión de la carga de la prueba, de facto, se impone. El deudor no tendría que probar su buena fe como, por el contrario, sí exige el art. 178 bis LC» (p. 59).

⁵² Un análisis detallado de cada una de estas causas puede encontrarse en Cuenca Casas (2020, pp. 60-61) y en Senent Martínez (2020, p. 173).

A su vez, estos criterios subjetivos para la valoración de la concurrencia de la mala fe del deudor recogidos en la directiva suponen la apertura de otro debate acerca de si los mismos quedan subsumidos en los criterios ya presentes en nuestra legislación concursal para declarar la culpabilidad del deudor en sede de calificación del concurso⁵³ o, por el contrario, complementan a los anteriores en sede de un posterior examen en el marco de la exoneración de deudas⁵⁴, opción esta última que compartimos.

A la vista de lo expuesto, es claro que la transposición de la Directiva 2019/1023 obligará a una profunda remodelación del régimen nacional del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, también en lo que respecta al presupuesto subjetivo del mismo, la buena fe del deudor. En este sentido, la transposición supondrá pasar del vigente sistema, en el cual el deudor debe acreditar su buena fe, a un modelo en el que esta se presume, siendo los acreedores o la administración concursal los que deben probar la mala fe del deudor sobre la base de una serie de parámetros a valorar en función de la conducta individual del deudor en cada caso. Entre los mismos, tendrá particular importancia el sobreendeudamiento activo del deudor, así como la ausencia de recurso a mecanismos de alerta temprana.

⁵³ Esta es la tesis sostenida por Senent Martínez (2020) quien afirma que: «En ningún caso podrá considerarse merecedor de la exoneración del pasivo a quien ha generado o agravado su propia insolvencia. En este ámbito se deberán valorar, no solo las presunciones de culpabilidad de los arts. 164.2 y 165 LC, sino la conducta del deudor con arreglo a la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 en orden a apreciar la concurrencia de hechos reveladores de un sobreendeudamiento activo, como puede ser la existencia de gastos desproporcionados en relación con los ingresos previsibles del deudor, que de concurrir, al menos culpa grave, permitan calificar culpable el concurso. De este modo, se establece un único sistema de enjuiciamiento de la conducta económica del deudor. La insolvencia o es culpable, por lo que no merece la liberación, o no lo es, en cuyo caso se podrán valorar otras circunstancias, pero en ese caso, por razones de seguridad jurídica y para evitar que la exoneración legal se convierta en discrecionalidad judicial, las mismas deben ser objetivas, como puede ser la condena por la comisión de determinados delitos. Por consiguiente, comportamientos de sobreendeudamiento activo del deudor que de modo irresponsable, asumiendo gastos inasumibles para su concreta situación económica, agravan o generan su insolvencia, deberán ser examinados a la luz de la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1, en la que deberán subsumirse otros hechos no tipificados expresamente, pero igualmente dignos de reproche, como el haber sido declarado persona afectada por la calificación culpable de otro concurso o cómplice del mismo, que cobra especial relevancia en el caso de administradores sociales, evitando que por esta vía pretendan eludir su responsabilidad» (p. 172).

⁵⁴ Es la opinión mantenida por Cuenca Casas (2020) quien argumenta que: «Si analizamos los supuestos en que el concurso puede ser declarado culpable, se puede comprobar que las hipótesis pueden subsumirse dentro de los criterios que la DRI tiene en cuenta para valorar la conducta del deudor merecedor de la exoneración. Por lo tanto, es claro que la declaración de culpabilidad de concurso es buena prueba de la mala fe del deudor. El tema es si debe quedarse ahí el legislador español. El baremo de conducta que se enjuicia en la fase de calificación es una conducta «grave», merecedora de las sanciones reguladas en el art. 172 LC. En este terreno, hay cierto margen para valorar la conducta del deudor, pero siempre en el marco del dolo o culpa grave (intencionalidad o negligencia grave) y fuera de este marco no cabe ningún juicio valorativo adicional. Parece desconocerse que el hecho de que el deudor no deba ser sancionado, no implica que merezca que sus deudas sean perdonadas» (p. 60).

na previstos, los cuales, tal y como se ha expuesto anteriormente, en el ámbito nacional se encuentran aún en una fase primigenia, si bien su desarrollo se torna ahora más necesario, habida cuenta del especial protagonismo que están llamados a desempeñar.

4.3. Duración del plazo para la exoneración y tratamiento de la vivienda habitual

Otro de los aspectos que está llamado a modificarse con la transposición de la Directiva 2019/1023 es el referente al plazo de obtención de la exoneración de deudas. Así, frente al plazo de 5 años en sede de cumplimiento del plan de pagos posterior a la liquidación del patrimonio del deudor (art. 495.2 PTRL, hasta ahora, art. 178 bis ap. 6 LC), cuyo *dies a quo* se sitúa en la fecha de concesión provisional de la exoneración del pasivo insatisfecho y conclusión del concurso, el artículo 21.1 de la Directiva 2019/1023 establece, con carácter general, un plazo para la exoneración de 3 años, cuyo *dies a quo* dependerá de la modalidad o itinerario para la exoneración establecido: en el caso de procedimientos que incluyan un plan de pagos, el cómputo del plazo comenzará desde la fecha de inicio de la aplicación del plan; en todos los demás procedimientos, desde la fecha de la decisión de la autoridad judicial de abrir el procedimiento, o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor.

Dicho plazo debe ponerse en relación con lo dispuesto por el artículo 21.2 de la Directiva 2019/1023, en virtud del cual, la exoneración deberá concederse de forma automática una vez expirado el plazo de exoneración –o antes si se cumplen los requisitos para ello⁵⁵, sin necesidad de iniciar ningún procedimiento específico al efecto ante la autoridad judicial, lo que no obsta para un control por el juez del efectivo cumplimiento de los requisitos para obtener la exoneración⁵⁶. En todo caso, la directiva no prevé la existencia de un trámite para la revocación de la exoneración concedida, lo que plantea la cuestión acerca de si nuestra regulación nacional de la revocación (art. 492 TRLC, hasta ahora, art. 178 bis ap. 7

⁵⁵ Esta posibilidad es contemplada tempranamente por Latorre Chiner (2018), quien analizando el texto de la propuesta de directiva apunta dos posibilidades para el legislador nacional: «Una consistiría en conceder el beneficio de la exoneración en el mismo momento en que se satisface el pasivo necesario, aunque no hubiesen transcurrido los 3 años desde el auto de declaración del concurso. La solución contraria pasaría por agotar el plazo de 3 años, de manera que el concursado que satisficiera el pasivo exigible antes de dicho plazo quedaría en una especie de período de observación, no muy largo, que podría resultar conveniente para corroborar su condición de deudor honesto» (p. 75).

⁵⁶ A este respecto señala Senent Martínez (2020): «Ahora bien, el que no sea posible exigir un procedimiento adicional, no implica que no se contemple algún tipo de trámite, a fin de que pueda ser efectivo el control judicial que prevé el propio párrafo segundo del art. 21.2 de la Directiva, para lo que seguramente bastará una comunicación del deudor dirigida al juez, alegando el cumplimiento del plan de pagos y adjuntando los documentos justificativos de dicho cumplimiento y un trámite de audiencia a los acreedores de modo similar a lo previsto actualmente en el art. 178 bis. 8 LC» (p. 175).

LC)⁵⁷, es compatible con el régimen de concesión automática de la exoneración del artículo 21.2 de la Directiva 2019/1023.

Por otro lado, debe destacarse igualmente la posibilidad establecida por el artículo 21.3 de la Directiva 2019/1023 de conceder la exoneración al deudor, sin perjuicio de la continuación de algunos procedimientos singulares de ejecución y liquidación de sus activos más allá del *dies ad quem* del plazo de exoneración. Esta posibilidad, que en nuestra jurisprudencia ya ha sido aplicada por algunos órganos judiciales⁵⁸, no parece plantear especiales inconvenientes para su incorporación a la regulación nacional del régimen de exoneración de deudas.

Ahora bien, en todo caso no debe perderse de vista que el plazo de 3 años para la exoneración es un plazo general y que, tal y como se ha señalado anteriormente en sede de análisis de la condición de «deudor de buena fe», el artículo 23 de la Directiva 2019/1023 contiene un listado de supuestos en los que, entre otros efectos, es posible prolongar el plazo máximo de 3 años para alcanzar la exoneración.

Así, se ha analizado como, en primer lugar, el artículo 23.1 de la directiva establecía la inversión en la carga de la prueba de la mala fe del deudor, calificación que permitía denegar al mismo el acceso a la exoneración, o establecer plazos más largos para su obtención. En segundo lugar, se ha expuesto como el artículo 23.2 recogía un listado enunciativo de supuestos de asunción potestativa, que permitían de nuevo excluir la exoneración o so-

⁵⁷ En la regulación nacional del régimen de la revocación, el deudor que alcanza la exoneración, bien a través de haber satisfecho el umbral de cuota mínimo de pasivo exigible en sede de liquidación, bien por la vía del plan de pagos, queda sometido a un período de vigilancia de 5 años por los acreedores, los cuales podrán solicitar la revocación de dicho beneficio por la concurrencia de alguna de las causas recogidas en el artículo 492 del TRLC, hasta ahora, 178 bis ap. 7 de la LC. Este régimen ha sido muy criticado; por todos, incorporando abundante referencia doctrinal, Molina Hernández (2019): «Parece que resulta excesivamente amplio el plazo para la solicitud de la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho para un deudor persona natural, más si cabe, y siendo una cuestión no tratada por el legislador, si cumple el plan de pagos antes del transcurso de los cinco años [...] la segunda materia controvertida se centra en los efectos que genera, derivando en la pérdida del efecto de la extinción de todas las deudas, por lo que todos los acreedores del deudor podrán dirigirse frente a él para ver satisfechos sus créditos, tantos los exonerados como los reducidos o aplazados por el plan de pagos. En este sentido, la causa más polémica, como apunta parte de nuestra doctrina, relativa a la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, radica en la mejor fortuna del deudor [...]. Parece evidente que no es una solución aceptable, no solo porque las nuevas oportunidades se necesitan con recursos, sino porque se corre el riesgo de fomentar la economía sumergida, que es, precisamente, uno de los efectos que la *discharge* trata de evitar» (pp. 121-122).

⁵⁸ Se trata en este caso de la SJM núm. 3 de Valencia, de 27 de junio de 2019, que en la línea vanguardista que caracteriza a su titular, el magistrado Eduardo Pastor Martínez, declara la exoneración por la vía del artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º de la LC sin necesidad de esperar a la conclusión de la ejecución de activos. Igualmente, en la doctrina a favor de dicha posibilidad, Cuenca Casas (2020): «Parece razonable que el juez pueda decretar la exoneración sin necesidad de esperar a que concluyan todas las operaciones de liquidación y, particularmente, las ejecuciones separadas. Así, por ejemplo, en el caso de esté en marcha el proceso de ejecución hipotecaria y se estime que quedará pasivo pendiente, el juez puede decretar la exoneración del pasivo ordinario que quede tras la ejecución, sin necesidad de que esta finalice» (p. 50).

meterla a unos plazos más largos. En tercer lugar, en el artículo 23.3 se prevén plazos de exoneración más largos en relación con el tratamiento de la vivienda habitual del deudor, supuesto que será analizado a continuación. Y, por último, el artículo 23.4 recoge una serie de categorías de deudas que podrán ser excluidas de la exoneración o sometidas a plazos de exoneración más largos, precepto que se analizará en el siguiente epígrafe.

Por lo que respecta al tratamiento de la vivienda habitual del deudor, la misma queda incluida dentro de la masa activa del concurso de conformidad con el artículo 192 del TRLC, ya que no es posible su inclusión dentro del listado de bienes inembargables de los artículos 605 y 606 de la LEC. La inclusión en la masa activa determina por tanto la necesidad de su liquidación, sin que la vigente regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho permita otorgar ningún tipo de tratamiento especial a la liquidación de la vivienda habitual⁵⁹.

A mayor abundamiento, esta posibilidad se encuentra vedada porque, en la mayoría de las ocasiones, la vivienda habitual suele estar gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo, de forma que el prestamista reviste la condición de acreedor privilegiado en sede de concurso del prestatario/deudor hipotecario. En consecuencia, la vivienda habitual gravada con hipoteca debe ser liquidada para pagar el crédito privilegiado, integrado en el umbral mínimo de pasivo exigible, como requisito para el acceso al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho⁶⁰.

No obstante dicha situación, la jurisprudencia ha realizado esfuerzos interpretativos para permitir al deudor el acceso al beneficio de la exoneración, dando por concluida la liquidación, a pesar de no haber liquidado su vivienda habitual gravada con hipoteca: por ejemplo, en el caso en que dicho crédito privilegiado esté al día con cargo a la masa y el valor de la garantía sea superior al del bien⁶¹; o si el valor de tasación es superior al importe adeudado y no hay garantías de que la realización de la vivienda alcance el precio de tasación⁶².

⁵⁹ Un estudio interdisciplinar del tratamiento de la vivienda habitual del deudor en sede concursal desde la perspectiva de la exoneración de deudas puede encontrarse en Gómez Asensio (2015).

⁶⁰ Sobre la imposibilidad de subsistencia de créditos con privilegio especial después de la liquidación del patrimonio en sede de exoneración del pasivo insatisfecho, Moya Ballester (2020, p. 293).

⁶¹ Criterio mantenido por el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016, apartado III, p. 12: «Se podrá valorar que no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía».

⁶² Criterio mantenido por el AAP de Barcelona (Sección 15.ª), núm. 153/2018, de 15 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva reza: «a) El precio mínimo de realización del inmueble, cualquier que sea la forma seguida, será de 192.434,09 euros, si ese precio no llegara a obtenerse, el bien seguirá en el patrimonio de los concursados, siempre y cuando sigan al corriente del pago de las deudas que gravan el inmueble. b) Si antes de concluir el concurso, los deudores dejan de atender más de tres cuotas del préstamo, a instancias del acreedor, el bien hipotecado será realizado en su totalidad, sea en venta directa o en subasta judicial».

Ello no obstante, debe traerse a colación en este ámbito el contenido que presentaba el actual artículo 499 del TRLC en su versión prelegislativa, esto es, el proyectado artículo 498 ap. 2 p. 2.º del proyecto de texto refundido de la Ley concursal (PTRLC). Dicho precepto establecía una regla especial para la concesión de la exoneración de deudas al deudor titular de un crédito o un préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual, que permitía al mismo mantenerse en su vivienda habitual durante el plazo de 5 años de duración del plan de pagos⁶³.

En este sentido, si bien no lo recogía expresamente, el proyectado artículo 498 ap. 2 p. 2.º del PTRLC establecía un diferimiento en la liquidación de la vivienda habitual del deudor gravada con préstamo hipotecario en sede de exoneración del pasivo insatisfecho. De esta forma, la vivienda habitual no era objeto de realización en la fase previa de liquidación del patrimonio del deudor para intentar satisfacer el umbral mínimo de pasivo exigible, sino que su eventual liquidación se postergaba hasta el *dies ad quem* del plazo para el cumplimiento del plan de pagos, momento en el que se declararía, bien la exoneración del crédito privilegiado si se han cumplido las condiciones establecidas en el artículo 498 ap. 2 p. 2.º PTRLC, bien la liquidación de la vivienda por incumplimiento de dichas condiciones.

A mayor abundamiento, dicha regulación parecía poder mantenerse en el tiempo dada su conformidad con el artículo 23.3 de la Directiva 2019/1023, el cual permite excepcionar el plazo general de 3 años para la exoneración, estableciendo plazos más largos (por ejemplo 5 años de conformidad con el artículo 498 ap. 2 p. 2.º PTRLC), en el supuesto concreto de que «no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia»⁶⁴.

En todo caso, la actual dicción del artículo 499.2 del TRLC obvia cualquier mención al régimen de la vivienda habitual del deudor presente en la versión prelegislativa del precepto, limitándose a reproducir el contenido del, hasta ahora, artículo 178 bis ap. 8 de la LC, lo que cierra la puerta, al menos *de lege lata*, a un tratamiento diferenciado de la vivienda habitual del deudor en sede de exoneración de deudas.

⁶³ Artículo 498, ap. 2 p. 2.º del PTRLC: «Aunque el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, el juez, previa audiencia de los acreedores, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho en los siguientes casos: 2.º Si el deudor que tuviere un crédito o un préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual hubiese destinado a cumplimiento del plan de pagos, al menos, la cuarta parte de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables, cuando, además, concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda. b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al sesenta por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar».

⁶⁴ De conformidad con Cuenca Casas (2020): «La alusión a la vivienda de la familia del deudor entiendo se refiere a aquellos casos de crisis matrimoniales en los que el uso de la vivienda lo tiene adjudicado el cónyuge no propietario» (p. 49).

En definitiva, la transposición de la Directiva 2019/1023 obligará a reformar el vigente y proyectado régimen jurídico del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho para establecer, con carácter general, un plazo para la exoneración de 3 años, cualquiera que sea la modalidad para la exoneración por la que se opte⁶⁵, sin perjuicio de las excepciones a dicho plazo que, ex artículo 23.2 de la directiva, pueda potestativamente introducir el legislador nacional, entre otros, en los casos de liquidación de la vivienda habitual del deudor gravada con hipoteca. Además, será también necesario reformar el régimen de concesión de la exoneración definitiva, la cual deberá concederse de forma automática al vencimiento del plazo de exoneración, debiendo finalmente cuestionarse la compatibilidad del régimen de revocación nacional del beneficio de la exoneración con una directiva que no prescribe el establecimiento de ningún control *ex post* de la exoneración de deudas concedida.

4.4. La exoneración del crédito público

El tratamiento del crédito de derecho público en el vigente régimen de exoneración del pasivo insatisfecho ha sido objeto de múltiples discusiones doctrinales y jurisprudenciales, dada la confusa redacción de su regulación en el hasta ahora artículo 178 bis de la LC y, por consiguiente, las dudas interpretativas que planteaba.

En síntesis, las dos cuestiones más controvertidas se sucedían en sede de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos, en cuyo caso se discutía si, en primer lugar, el crédito público calificado como ordinario o subordinado – y por tanto excluido del contenido del plan de pagos–, quedaba o no exonerado al igual que el resto de créditos ordinarios o subordinados; y, en segundo lugar, si el crédito público no exonerado, es decir, el crédito público contra la masa o privilegiado, debía incluirse en el plan de pagos o recibía un tratamiento autónomo diferenciado de conformidad con su normativa, dada la dicción del hasta ahora artículo 178 bis ap. 6 *in fine* de la LC⁶⁶.

⁶⁵ Valorando de forma positiva el plazo de exoneración de 3 años de la Directiva 2019/1023 y los cambios que supondrá en nuestra legislación nacional, Latorre Chiner (2018), quien para el caso de que se alcance la exoneración por la vía de la liquidación del patrimonio y satisfacción del umbral mínimo de pasivo apunta: «La anticipación del inicio del cómputo al auto declarativo del concurso tiene un efecto positivo considerable para el concursado, porque su liberación coincidirá prácticamente con la conclusión del concurso. De este modo, el deudo que, con el resultante de la liquidación, logre satisfacer el mínimo exigible no tendrá que esperar, como hasta ahora, a que transcurra el entero plazo de condonación, sin otro objeto que sentirse observado para ganarse la concesión definitiva del beneficio» (p. 75).

⁶⁶ Una corriente judicial importante había optado por incluir el aplazamiento o fraccionamiento del crédito público dentro del plan de pagos. Así puede verse la SAP de Baleares (Sección 5.^a), núm. 260/2016, de 21 de septiembre, FD 4.º; o las SAP de Barcelona (Sección 15.^a), núm. 475/2018, de 29 de junio y de 2 de noviembre (rec. núm. 528/2018), respectivamente.

Para una profusa exposición, tanto de las dudas interpretativas que planteaba el artículo 178 bis ap. 6 *in fine*, así como de los argumentos en contra de la corriente interpretativa de mantener la tramitación del aplazamiento y fraccionamiento del crédito público de acuerdo a su normativa especial, puede encontrarse en Sendra Albiñana (2020, pp. 186-188).

Ambas dos dudas interpretativas quedaron sin embargo zanjadas con la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019⁶⁷, la cual estableció que, en primer lugar, en el caso de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos, el crédito público calificado como ordinario o subordinado quedaba exonerado; y, en segundo lugar, que el crédito público no exonerado quedaba integrado en el plan de pagos, sometiéndose su aplazamiento o fraccionamiento a aprobación judicial⁶⁸.

Esta jurisprudencia regirá también la interpretación que debe darse al tratamiento del crédito público en la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho contenida en el artículo 497 del TRLC, el cual conserva la deficiente redacción del hasta ahora artículo 178 bis ap. 5 de la LC, manteniendo la no-exoneración del crédito de derecho público durante la vigencia del plan de pagos, así como también la remisión del aplazamiento y fraccionamiento de dicho crédito a su normativa específica.

Ahora bien, el TRLC no solo desaprovecha la oportunidad para clarificar el tratamiento del crédito público en sede de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que, incluso, introduce un retroceso en el tratamiento del crédito público en sede de acceso a la exoneración por la vía de satisfac-

⁶⁷ En este sentido declara la STS del Pleno de la Sala Primera, núm. 381/2019 (NCJ064148), de 2 de julio de 2019, FD 4.º, p. 3 y p. 5, respectivamente, que: «La ley, al articular la vía alternativa del ordinal 5.º, bajo la ratio de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y privilegiados, y para ello le concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento. Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilitar al máximo la "plena exoneración de deudas", debemos entender que también en la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados [...]. 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».

⁶⁸ Una posición contraria a la inclusión del fraccionamiento y aplazamiento del crédito público en el plan de pagos, en la que se exponen con profusión argumentos en contra basados tanto en la regulación del régimen de segunda oportunidad, como de la normativa administrativa específica, si bien anterior a la Sentencia del Pleno del Supremo de 2 de julio de 2019, puede encontrarse en Lado Castro-Rial (2019).

Igualmente mantiene una posición crítica con dicha sentencia del Pleno del Supremo Moya Ballester (2020), quien con crítica al argumento teleológico del espíritu de la norma en el que se basa el Tribunal Supremo concluye que: «La argumentación del Tribunal Supremo resulta cuestionable pues no parece desprenderse del artículo de la Ley Concursal, ni de la exposición de motivos de las distintas leyes que la han modificado, ni de la Recomendación de la Comisión Europea que en el caso que nos ocupa haya un único interés, pues siempre existen otros intereses dignos de tutela, que el legislador toma o debe tomar en cuenta en la elaboración de una norma justa y ponderada. Por el contrario, en la exposición de motivos analizada se observa con facilidad la preocupación del legislador por proteger otros intereses, como el de la hacienda pública, que considera dignos de protección».

ción del umbral mínimo de cuota de pasivo. En este sentido, el artículo 491 del TRLC señala expresamente que, en el caso de haberse alcanzando el umbral mínimo de cuota de pasivo exigida, «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».

Dicha previsión supone un giro de 180 grados respecto al régimen hasta ahora vigente en el artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º LC, y también con respecto al proyectado artículo 490 del PTRLC, en los cuales la exoneración calificada como «inmediata»⁶⁹ se extendía a la totalidad de créditos insatisfechos sin distinciones, es más, incluso el artículo 490 del PTRLC establecía expresamente en su apartado 3, para mayor claridad, que la exoneración incluía al crédito de derecho público.

En definitiva, el TRLC establece un tratamiento totalmente privilegiado del crédito público a los efectos de la exoneración de deudas. Ello no obstante, esta opción de política legislativa puede sin embargo modificarse a propósito de la transposición de la Directiva 2019/1023. En este sentido, la norma europea no prevé un tratamiento diferenciado para este tipo de crédito en el ámbito de la exoneración de deudas. Más aún, el crédito público no aparece expresamente incluido dentro de las categorías de deudas previstas en el artículo 23.4 de la directiva que puedan ser excluidas del ámbito de la exoneración o sometidas a plazos de exoneración más largos.

Por lo tanto, dada la no exclusión expresa del crédito de derecho público del alcance de la exoneración de deudas establecido por la Directiva 2019/1023, y dada su compatibilidad con la normativa de ayudas de Estado⁷⁰, sería posible establecer legislativamente la plena exoneración del crédito de derecho público con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, tal y como ha manifestado al respecto algún Estado miembro⁷¹.

⁶⁹ A este respecto, sobre las dos alternativas de exoneración del artículo 178 bis, ap. 3 p. 4.º y p. 5.º respectivamente, estableciendo la facultad del deudor de optar por cualquiera de dichas dos alternativas, *vid.* STS del Pleno de la Sala Primera, núm. 381/2019 (NCJ064148), de 2 de julio de 2019, FD 2.º y 3.º.

⁷⁰ STJUE de 16 de marzo de 2017, asunto C-439/15, Agenzia delle Entrate / Marco Identi, la cual declara que: «El Derecho de la Unión, en particular el artículo 4 TUE, apartado 3, y los artículos 2 y 22 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, así como las normas en materia de ayudas de Estado, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que unas deudas del impuesto sobre el valor añadido sean declaradas inexigibles con arreglo a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece un procedimiento de liberación de las deudas en virtud del cual un órgano jurisdiccional puede, bajo determinadas condiciones, declarar inexigibles las deudas de una persona física que no se han satisfecho al término del procedimiento concursal del que ha sido objeto dicha persona».

⁷¹ Es la postura sostenida por Portugal, tal y como expone Lado Castro-Rial (2019): «Así, Portugal entiende que los Estados miembros pueden mantener o establecer normas que excluyan o restrinjan la exoneración del pasivo insatisfecho en relación con las deudas tributarias, no solo porque dichas medidas hayan de considerarse debidamente justificadas dada la naturaleza especial de los créditos fiscales, sino también porque la adopción de legislación de la UE con efectos en el pago de impuestos sobre el volumen de ne-

5. Conclusiones: Reestructuración, concurso y exoneración en el segundo semestre de 2020

El tejido empresarial español, constituido en un 95 % por microempresas, sufre con especial virulencia los efectos de las crisis económicas, con unas cifras de insolvencia particularmente altas en este tipo de empresas. A su vez, tanto el carácter imperfecto de la responsabilidad limitada de las microempresas constituidas como empresario social como el carácter ilimitado de la responsabilidad del empresario individual determinan que, en muchas ocasiones, la insolvencia de las microempresas implique también la insolvencia de la persona natural que las gestiona.

En la actualidad, la regulación de la reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural se encuentra en un momento de tránsito regulatorio entre la hasta ahora vigente Ley concursal, el nuevo texto refundido de la Ley concursal, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020, y la Directiva 2019/1023, que deberá ser traspuesta antes del 17 de julio de 2021. A todo ello debe unirse, además, la normativa derivada del estado de alarma, que si bien tiene una eficacia temporal transitoria, no por ello deja de producir efectos directos e indirectos sobre el tratamiento de la insolvencia de microempresas y deudores personas naturales.

En este sentido, dentro de dicha normativa destaca la moratoria para el deudor en estado de insolvencia del deber de solicitar la declaración de concurso hasta el 31 de diciembre de 2020, establecida por el artículo 11 del Real Decreto-ley 16/2020. Esta moratoria del deber de solicitar la declaración de concurso no conlleva sin embargo los efectos suspensivos de las ejecuciones (*automatic stay*) propios de la moratoria preconcursal.

Ello no obstante, de conformidad con lo establecido tanto por el hasta ahora artículo 5 bis de la LC como por el artículo 584 del TRLC desde el 1 de septiembre de 2020, sería posible para el deudor llevar a cabo la comunicación de apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración hasta el último día antes del vencimiento de la moratoria del deber de solicitar la declaración de concurso, lo que permitiría al deudor disponer como mínimo hasta marzo de 2021 para intentar alcanzar un acuerdo de reestructuración con sus acreedores, beneficiándose de los efectos de la moratoria preconcursal desde la fecha en que hubiera llevado a cabo dicha comunicación.

En el caso del deudor persona natural, la eventualidad de la percepción de la prestación extraordinaria por cese de actividad establecida por el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, así como su eventual acogimiento a la moratoria hipotecaria (arts.

gocios, de impuestos especiales al consumo y de otros impuestos exigirá una base jurídica específica diferente, sujeta a procesos legislativos especiales, tal como prevé el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por lo tanto, Portugal se reserva esta posición sobre la regulación del acceso a la exoneración del pasivo no satisfecho respecto de las deudas tributarias a la hora de transponer la Directiva» (p. 142).

7-16 RDL 8/2020, de 17 de marzo), a la moratoria no hipotecaria (arts. 21-27 RDL 11/2020, de 31 de marzo), a la moratoria de pago del alquiler de su vivienda habitual (arts. 1-15 RDL 11/2020, de 31 de marzo) o a la moratoria del pago del alquiler de su local comercial (arts. 1-5 RDL 15/2020, de 21 de abril) determinará tanto un retraso en la eventual incursión en situación de insolvencia como, en su caso, la no iniciación de ejecuciones sobre los créditos afectados por dichas medidas.

Por consiguiente, todo este conjunto de medidas que promueven un diferimiento en el tiempo, tanto de la insolvencia como del concurso del deudor, establecen un entorno propicio para la negociación de acuerdos de reestructuración, siendo en el caso del deudor persona natural el acuerdo extrajudicial de pagos la opción preferente para negociar la reestructuración de su deuda, dada su conexión material con el régimen de exoneración de deudas.

Precisamente consciente de esta realidad, el artículo 17 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, establece una regla especial para considerar que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado celebrar por el deudor sin éxito, a los efectos de favorecer el acceso del mismo al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en condiciones más ventajosas, ex artículo 488 del TRLC.

Por otro lado, con independencia del marco de reestructuración por el que se opte, los efectos de la moratoria preconcursal no alcanzarán a los créditos de derecho público, lo cual, habida cuenta de la efectividad de la Administración pública en el ejercicio de su autotutela ejecutiva, puede tanto frustrar la consecución del acuerdo como tornar en definitiva o actual lo que hasta entonces era una insolvencia inminente del deudor. Esta situación, mantenida por el artículo 592 del TRLC, puede no obstante revertirse con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, la cual no prevé la exclusión del crédito de derecho público de los efectos suspensivos de la moratoria preconcursal.

Ahora bien, debe tomarse en consideración que la vigencia temporal de hasta 6 meses de la moratoria y medidas de aplazamiento de pago del crédito público correspondiente a AEAT y Seguridad Social, previstas en el artículo 14 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo y artículos 34 y 35 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, respectivamente, podría implicar *de facto*, unos efectos semejantes a los derivados de la efectiva extensión de la suspensión de ejecuciones al acreedor de derecho público durante la negociación de un acuerdo de reestructuración. Esta circunstancia, sin solucionar el problema regulatorio de fondo, permitiría al menos salvar transitoriamente la viabilidad de las reestructuraciones iniciadas durante la vigencia de dichas medidas.

En el caso de que finalmente proceda la declaración de concurso, la determinación de la masa pasiva del deudor persona natural se verá afectada de forma indirecta como consecuencia de los efectos derivados de las moratorias hipotecaria, no hipotecaria o de pago de alquileres (vivienda y local comercial) a las que hubiera podido acogerse durante la vigencia del estado de alarma. Todo ello sin perjuicio de los efectos derivados de la declaración de

concurso para con estos contratos ex artículos 156-191 del TRLC (hasta ahora arts. 61-70 LC), así como los efectos de vencimiento anticipado de los créditos aplazados asociados a la apertura de la fase de liquidación ex art. 414 del TRLC, hasta ahora artículo 146 de la LC.

En cuanto al régimen de exoneración de deudas, el modelo español de exoneración sigue sujetando al deudor persona natural al cumplimiento de un doble requisito para alcanzar el beneficio de la exoneración de pasivo: la liquidación de su patrimonio para satisfacer un umbral mínimo de pasivo genérico, con sometimiento a un posterior plan de pagos en caso de no alcanzarlo; más la calificación del deudor como «deudor de buena fe», circunstancia que tendrá que acreditar el propio deudor, de conformidad con los criterios establecidos al efecto.

Este modelo de doble exigencia no se adecua en cuanto a su contenido a lo dispuesto por la Directiva 2019/1023. En este sentido, respecto a la liquidación del patrimonio, la directiva aboga por establecer un umbral mínimo de pasivo a satisfacer adaptado –que no genérico como establece el art. 488 TRLC, hasta ahora, 178 bis ap. 3 LC– a la situación patrimonial del deudor en cada caso concreto. Por otro lado, respecto a la calificación del deudor como «deudor de buena fe», la directiva parte de la presunción *iuris tantum* de dicha calificación del deudor, lo que implica que deban ser los acreedores o la administración concursal quienes prueben la mala fe del deudor sobre la base de los parámetros indicativos establecidos por la propia directiva, lo que supone en todo caso una inversión de la carga de la prueba respecto el vigente modelo español.

La Directiva 2019/1023 establece por tanto una valoración mucho más individualizada de los requisitos para la concesión de la exoneración de deudas, facilitando el acceso a dicho beneficio de quien realmente reúne la condición de «deudor de buena fe». Habida cuenta de que la transposición de dicha norma deberá hacerse prácticamente en el plazo de un año, debería valorarse la conveniencia de llevar a cabo, cuanto antes, al menos la reforma del régimen nacional de exoneración de deudas para adaptarlo al contenido de la directiva. Esta reforma es particularmente conveniente, sobre todo si se toma en consideración que muchas de las próximas insolvencias traerán su causa de la paralización de la actividad económica por el estado de alarma, lo cual resultará determinante en la valoración de la buena fe del deudor, así como en la necesidad de proporcionarle un acceso rápido y efectivo a una auténtica segunda oportunidad que le permita desarrollar de nuevo una actividad económica.

A la consecución de este objetivo ayudará también la necesidad de sustituir la actual duración de 5 años del plan de pagos para alcanzar la exoneración de deudas por el plazo general de 3 años establecido por la Directiva 2019/1023 para la concesión, automática, de la exoneración, sin que la norma europea prevea tampoco un régimen de revocación de la exoneración como el previsto en nuestra norma nacional.

Este plazo general de 3 años para alcanzar la exoneración permite no obstante excepciones, alguna particularmente reseñable, como la que refiere al caso de no ejecución de la vivienda habitual del deudor. A este respecto, si bien el artículo 499.2 del TRLC, reproduciendo

el contenido del hasta ahora el artículo 178 bis ap. 8 de la LC, cierra la puerta, al menos *de lege lata*, a un tratamiento diferenciado de la vivienda habitual del deudor en sede de exoneración de deudas, debería valorarse la posibilidad de optar, con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, por introducir alguna previsión en línea con lo establecido por el proyectado artículo 498 ap. 2 p. 2.º del PTRLC. Esta medida resultaría especialmente adecuada en el horizonte de una crisis económica, pues el mantenimiento del deudor en su vivienda habitual durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos determina una mayor estabilidad personal y financiera del mismo, habilitándole para conseguir una mayor disponibilidad de ingresos con la que intentar cumplir con el contenido del plan de pagos.

Finalmente, y siguiendo con el tratamiento privilegiado del crédito de derecho público en el ámbito concursal, también en sede de exoneración del pasivo insatisfecho se refuerza dicha diferencia de trato. En primer lugar, porque el artículo 491 del TRLC, modificando lo hasta ahora dispuesto en el artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º LC, recoge la exclusión del crédito público del alcance de la exoneración «inmediata» derivada de la satisfacción del umbral mínimo de cuota de pasivo exigido, lo que supone introducir la no-exoneración por dicha vía del crédito público ordinario y subordinado. En segundo lugar, porque el artículo 497 del TRLC en sede de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos conserva la deficiente redacción del hasta ahora artículo 178 bis ap. 5 de la LC, manteniendo la no-exoneración del crédito de derecho público durante la vigencia del plan de pagos, así como la remisión de su aplazamiento y fraccionamiento a su normativa específica, extremos ambos que no obstante será posible corregir en aplicación de la jurisprudencia emanada de la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019.

Referencias bibliográficas

- Bastante Granell, V. (2016). *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad: origen, fundamento y significado*. Comares.
- Benavides Velasco, P. (2018). Nuevas «oportunidades» para una regulación sobre exoneración del pasivo insatisfecho. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 28, 73-104.
- Cuena Casas, M. (2019a). La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario. *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 84, 50-55.
- Cuena Casas, M. (2019b). Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Actualidad Civil*, 9.
- Cuena Casas, M. (2020). La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 39-69.

- Esteban Ramos, L. M. (2019). ¿Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad? *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 333-344.
- 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 Sejo, J. M. (2015). *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. (2.ª ed.). Bosch.
- Gómez Asensio, C. (2015). Concurso de la pyme y concurso de la persona natural: régimen concursal de la vivienda habitual del deudor. *Anuario de Derecho Concursal*, 36, 237-268.
- Gómez Asensio, C. (2019). *Los acuerdos de reestructuración en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*. Aranzadi.
- Gómez Pomar, F. y Celentani, M. (2012). Tarea urgente: el concurso personal. *InDret*, 1/2012.
- Lado Castro-Rial, C. (2019). Exoneración de pasivo insatisfecho y el crédito público. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 131-142.
- Latorre Chiner, N. (2018). El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 29, 65-82.
- Hurtado Iglesias, S. (2019). La necesaria conexión entre la perconcursalidad y la tramitación del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 109-122.
- Molina Hernández, C. (2019). Las propuestas de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. *Anuario de Derecho Concursal*, 46, 105-128.
- Moya Ballester, J. (2020). El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. *Anuario de Derecho Concursal*, 49, 285-304.
- Muñoz Paredes, A. (2020). Permutaciones del deber de concursar. *Diario La Ley*, 9609.
- Puigcerver Asor, C. y Adán Doménech, F. (2019). *La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y Propuestas*. Bosch.
- Rojo Fernández del Río, A. (2017). La propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva. *Anuario de Derecho Concursal*, 42, 99-111.
- Sendra Albiñana, A. (2018). *El Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho*. Aranzadi.
- Sendra Albiñana, A. (2019). El concurso consecutivo necesario. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 345-354.
- Sendra Albiñana, A. (2020). La exoneración del pasivo insatisfecho y el crédito público. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 181-193.
- Senent Martínez, S. (2020). Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 167-177.