



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Transposición de la Directiva (UE) 2019/1023:
la buena fe del deudor en el beneficio de
exoneración del pasivo insatisfecho

Autor

Lara Hurtado Sieso

Director

María Mercedes Zubiri de Salinas

Universidad de Zaragoza

2021

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN CONCURSAL	8
1. REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL	8
1.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.	8
1.2. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.	9
1.3. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.	10
1.4. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.	11
2. REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA	12
2.1. Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre nuevo enfoque frente la insolvencia y el fracaso empresarial.	13
2.2. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE.	14
2.3. Directiva (UE) 2019/1023, 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	15
III. ¿QUIÉN PUEDE SOLICITAR EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DE DEUDAS?.....	16
1. PRESUPUESTO SUBJETIVO	16
1.1 Menores e incapaces.....	18
1.2. La extensión del beneficio al cónyuge como excepción al principio general.....	18
2. PRESUPUESTO OBJETIVO.....	19
3. PRESUPUESTO FORMAL	20
4. PRESUPUESTO TEMPORAL	21
5. LOS PRESUPUESTOS DEL BEPI EN LA DIRECTIVA 2019/1023.....	22

5.1. Consumidor y empresario	23
5.2. Pasivo doméstico y pasivo empresarial.....	24
5.3. Competencia judicial objetiva del concurso.....	25
IV. EL REQUISITO DE BUENA FE	25
1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ‘BUENA FE’?	25
1.1. La buena fe como elemento valorativo	25
1.2. La buena fe como elemento normativo	26
2. EL CARÁCTER FORTUITO O CULPABLE DEL CONCURSO DE ACREEDORES	27
2.1. La sección de calificación del concurso.....	27
2.2. Momentos de apreciación de la culpabilidad del deudor	29
2.3. Criterios y conductas para apreciar la culpabilidad	29
2.4. La sentencia de calificación	32
3. LA CONDENA EN SENTENCIA FIRME DEL DEUDOR POR DETERMINADOS DELITOS.....	32
4. LA BUENA FE DEL DEUDOR EN LA DRI.....	34
V. ESTADO ACTUAL DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DRI.....	37
VI. CONCLUSIÓN.....	39
VII.BIBLIOGRAFÍA.....	43

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEP	Acuerdo extrajudicial de pagos
AC	Administración concursal
Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BCE	Banco Central Europeo
BEPI	Beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
CE	Comisión Europea
Cit.	Citado
CP	Código penal
CESE	Comité Económico y Social Europeo
COVID-19	Coronavirus <i>disease</i>
DRI	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
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia
Ed/ Edic.	Edición
Etc.	Etcétera
EM	Exposición de Motivos
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
nº.	Número
p.ej.	Por ejemplo
pfo	Párrafo
pág/pp.	Página/s
Pymes	Pequeñas y medianas empresas

RDL	Real Decreto Legislativo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
t.	Tomo
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal, ha supuesto una reordenación, clarificación y armonización del Derecho concursal vigente. Así aparece recogido en su Exposición de motivos al señalar que *“la acumulación de las sucesivas reformas que se hicieron sobre la Ley Concursal del año 2003 han justificado la necesidad de un texto refundido”*.

No obstante, no significa que el legislador español no tenga que seguir acometiendo reformas en materia de insolvencia. Todo lo contrario, porque de una parte es necesaria la inminente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/1023. Y de otra, sigue pendiente el desarrollo reglamentario del estatuto del mediador y de la administración concursal, en particular en lo referente a sus honorarios.

El objetivo general de este trabajo es determinar las cuestiones principales que van a ser objeto de transposición respecto de la figura del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho. En particular, el requisito de la buena fe del deudor.

Las razones que han motivado la elección del tema han sido fundamentalmente dos:

En primer lugar, el indudable agotamiento del plazo para la adopción de las disposiciones contenidas en la DRI. Concretamente, su artículo 34 fija como fecha máxima para acometer dicha tarea el 17 de julio de 2021.

En segundo lugar, el escenario económico y social «post COVID-19» al que nos vamos a enfrentar en los próximos meses. Muchos empresarios y consumidores están viendo como sus negocios experimentan una regresión sin precedentes desde marzo de 2020.

Por todo ello, la DRI adquiere especial relevancia al establecer mecanismos que aseguren la segunda oportunidad y al elaborar medidas preventivas de reestructuración y eficiencia ante una situación de insolvencia.

En cuanto a la elaboración de este trabajo, se ha utilizado principalmente el citado TRLC y la DRI. Además, me he apoyado en manuales generalistas y revistas relevantes dentro del ámbito concursal.

Finalmente, una vez que tenía la idea general, decidí centrar mi trabajo en el requisito subjetivo de la buena fe del deudor. Ahora bien, haciendo especial hincapié en analizar cuál es la

perspectiva actual del legislador nacional y como éste se va a tener que adaptar a las pretensiones que en materia concursal exige la Unión Europea.

Es decir, determinar a través de qué procedimiento se valora la buena o mala fe del deudor dentro del concurso, en qué momentos, y, además, aquellos comportamientos que, según el legislador, son capaces de denotar la culpabilidad del deudor.

II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN CONCURSAL

1. REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Derecho concursal debe conformarse a las distintas situaciones económicas y sociales. Por eso, la Ley concursal tuvo que ser objeto de diversas reformas para adecuar la normativa a la realidad de crisis económica; incluso cambiando los objetivos del sistema.

Hasta el año 2003, el panorama legal en materia concursal era inadecuado y anacrónico, resultando muy disperso. Esto era así porque en la mayoría de las ocasiones había que acudir a números textos legales; Código civil, Código de comercio de 1829, Código de comercio de 1885, Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 o Ley de Suspensión de Pagos de 1992.

1.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La entrada en vigor de la Ley 22/2003 supuso una indudable actualización de nuestra regulación concursal y, claramente apostó por el principio de unidad, tal y como se ocupa de recalcar en su Exposición de Motivos.

Dos de los aspectos más significativos en los que se centró fueron: el convenio como forma de terminación del concurso, considerándolo como la solución normal y fomentándolo con una serie de medidas; y la reforma de los órganos del concurso.

En lo referente a la competencia para resolver cuantas cuestiones se suscitaban en materia concursal, ésta se atribuyó exclusivamente a los Juzgados de lo Mercantil, creados al hilo de esta Ley, en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

No obstante, en lo que se refería al beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, el artículo 178.2 de la LC no otorgaba la posibilidad de que se produjera un nuevo comienzo para los deudores personas físicas de buena fe.

Esta situación resultaba muy injusta puesto que estas personas arrastraban una deuda que acababa condicionado de forma perpetua su vida social y laboral. En contraposición de los empresarios que habían decidido constituir una sociedad mediante la cual ejercer su actividad profesional¹.

A modo ejemplificativo, cabe hacer referencia al controvertido auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Núm.3), de 26 de octubre de 2010. En concreto, el fundamento jurídico vigésimo tercero señala que la aplicación literal del art. 178.2 LC conduce al deudor persona física a un “concurso permanente”, cumpliendo así con el principio de responsabilidad universal recogido en el artículo 1911 del Código civil.²

En definitiva, esta Ley estableció un sistema concursal novedoso y adaptado a la realidad del momento. Sin embargo, pensada y diseñada en tiempos de bonanza, fue incapaz de digerir el aluvión de concursos derivados de la crisis económica, por lo que a partir de 2009 entró en un proceso de constante evolución.

1.2. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

A través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el legislador vino a introducir algunas modificaciones sustanciales en la LC con la finalidad de incentivar el crecimiento de la economía española.

En concreto, la reforma se centró en la búsqueda de una solución para los deudores personas físicas que habían obrado de buena fe. Por ello, se le dio otra redacción al artículo 178.2 LC y se introdujo lo que conocemos como “beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”, aunque con algunas matizaciones importantes.

“Artículo 178.2 LC:

La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el

¹ CUENA CASAS, M., «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, n.º 125, 2012, pp. 291 y ss.

² Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Núm. 3), de 26 de octubre de 2010. Roj: AJM B 20/2010 – ECLI:ES:JMB:2010:20A. Accesible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/> [Consultado el 09/06/2021]

concurso y que hayan satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfecho los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”.

Es decir, por primera vez, se permitía que algunos deudores emprendieran un nuevo comienzo o “*fresh start*”, sin ver lastrado su futuro por una deuda a la que, posiblemente, no podrían hacer frente en mucho tiempo.

Sin embargo, no solo quedaban excluidos de la exoneración los créditos de Derecho público, sino que para acogerse a este beneficio también habrían de haberse satisfecho todos los créditos privilegiados y contra la masa, así como, por regla general un 25 por ciento del pasivo ordinario (salvo que previamente se hubiera intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos). Así mismo, tampoco se reconocía la concesión del BEPI al consumidor.

1.3. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Desde el año 2014 y en adelante fueron muchas las reformas que experimentó la Ley concursal³. La manera de introducirlas fue la misma en todas las ocasiones: aprobado por el Gobierno un Real Decreto-ley, éste era convalidado por el Congreso de los Diputados y, posteriormente, tramitado como proyecto de Ley de idéntico título en las Cortes (conforme a lo previsto en los artículos 86.3 CE y 151.4 del Reglamento del Congreso), donde se introducían algunas modificaciones de mayor o menor alcance.

En particular, la Ley 25/2015, que proviene del conocido como “Decreto de segunda oportunidad”, trató de subsanar las deficiencias detectadas respecto del funcionamiento de este mecanismo (introducido, como se acaba de ver, en la Ley de Apoyo a los Emprendedores), consistente en una remisión del pasivo insatisfecho tras la liquidación concursal del patrimonio de una persona física.

³ A modo ejemplificativo algunas de ellas fueron: Real Decreto-Ley 14/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE de 8 de marzo); Ley 27/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructura de la deuda empresarial (BOE 1 de octubre); Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (...).

La reforma, que estuvo motivada por la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 (que más tarde se estudiará), aprovechó para introducir modificaciones en los preceptos dedicados al acuerdo extrajudicial de pagos. Y ello no solo al objeto de recortar los derechos de los acreedores especialmente privilegiados, sino también y sobre todo para facultar a las personas naturales que no tuvieran la condición de empresarios para acudir a este expediente preconcursal.

En concreto, y a efectos del presente trabajo, el beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho se encontraba en el artículo 178 bis LC, y se erigía como excepción a la regla general de responsabilidad universal, anteriormente comentada (artículo 1911 del Código civil).

Este nuevo artículo establecía, en primer lugar, las condiciones imprescindibles sin las cuales no se podía obtener la concesión de la exoneración de manera provisional. En segundo lugar, delimitaba las consecuencias de tal remisión, la posibilidad de su revocación y sus efectos. Y, por último, el precepto disponía los requisitos necesarios para que la exoneración fuera definitiva⁴.

No obstante, la extinción de las deudas insatisfechas se supeditó al cumplimiento de un plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio sin que éste se hubiera revocado. Es decir, se establece un periodo durante el cual aquellos deudores que no hubieran satisfecho el importe íntegro de los créditos privilegiados y contra la masa resultarán obligados a seguir pagándolos de acuerdo con un plan de pagos.

Como luego veremos, este último punto referido al plazo es objeto de gran controversia entre la Unión Europea y los distintos Estados miembros que la conforman.

1.4. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

Tal y como se recoge en la Exposición de motivos (I) del Real Decreto Legislativo 1/2020, las numerosas reformas a las que se ha visto abocada la LC han provocado la urgente necesidad de aprobar un texto refundido.

⁴ NAVAJO CAMPOS, A., «La insolvencia personal en el Real Decreto-Ley 1/2015: Segunda oportunidad y acuerdo extrajudicial de pagos» en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº. 6, 2015, pág.97.

Explícitamente el legislador señala que *“las dificultades que, tras tantas reformas, suscita la lectura y la interpretación de las normas legales (...) exigían no posponer por más tiempo esa tarea que, aunque delicada, resulta insoslayable afrontar”*.

En cuanto a la estructura concreta que se establece por medio de este nuevo texto, se ha procurado llevar a cabo una reorganización de las distintas cuestiones y se ha procedido a una nueva redacción de los preceptos. El cambio más notorio se ha producido en lo que respecta a su extensión: de los aproximadamente 250 artículos que contenía la LC (teniendo en cuenta los artículos bis y ter) se pasa en el TRLC a 752 artículos. Se trata, eso sí, de artículos mucho más comedidos, que se refieren, cada uno de ellos, a una sola materia o cuestión.

En lo que a este trabajo respecta, el mecanismo de segunda oportunidad está regulado en los artículos 486 y siguientes. En ellos se establece una dualidad de vías para acceder al beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho: el régimen general y el régimen especial.

Ahora bien, en uno u otro caso es imprescindible cumplir con el presupuesto subjetivo recogido en el artículo 487 TRLC: *“sólo podrá solicitar el beneficio de exoneración de responsabilidad el deudor persona natural que sea de buena fe”*.

Sin embargo, que se haya procedido a ordenar, clarificar y armonizar el Derecho concursal vigente por medio de este Real Decreto Legislativo, no significa que el legislador español no tenga que seguir acometiendo reformas en materia de insolvencia. De una parte, es necesaria la incorporación inminente de la Directiva (UE) 2019/1023; y de otra, sigue pendiente el desarrollo reglamentario del estatuto del mediador y de la administración concursal, en particular en lo referente a sus honorarios.

2. REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

La mayoría de los países europeos se encuentran sumergidos en una recesión económica que afecta de manera uniforme a los distintos sectores productivos. Además, la situación ha empeorado con la llegada de la crisis sanitaria a causa del COVID-19.

Por ello, la Unión Europea está trabajando de manera incansable en la búsqueda de soluciones que permitan promover el empleo, el bienestar y la riqueza. Es más, una de las principales cuestiones en las que se está centrando la Comisión Europea es en el apoyo a las pequeñas y medidas empresas.

Este tipo de empresas conforman la “columna vertebral” de nuestra economía, representando el 99 por ciento del total del tejido empresarial y el 85 por ciento de los puestos de trabajo creados en los últimos cinco años⁵.

Sin embargo, cada vez son más las pymes que acaban declarándose en quiebra, y casi una cuarta parte de estas quiebras tienen un componente transfronterizo. Todo ello conlleva a una pérdida de 1,7 millones de empleos anuales⁶.

A consecuencia de estos escalofriantes datos, la Comisión Europea ha venido dando respuesta a esta problemática a través de recomendaciones y comunicaciones a los Estados miembros. Finalmente, y con el objetivo de proporcionar una solución uniforme y eficaz en materia de insolvencia, se elaboró la Directiva 2019/1023.

2.1. Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre nuevo enfoque frente la insolvencia y el fracaso empresarial.

En el DOUE de 14 de marzo de 2014 se publicó la Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE).

Como su propio nombre indica, se trataba de una recomendación, que no obligaba a los Estados miembros. El objetivo era fomentar la inversión transfronteriza a través de una mayor armonización de las normas nacionales de insolvencia y segunda oportunidad.

En tal Recomendación se proponía la inclusión de un régimen de segunda oportunidad para empresarios en un plazo no superior a tres años⁷ y se adoptaba el modelo de *fresh start*, ganado, tras un periodo de buena conducta.

Sin embargo, y como viene siendo habitual cuando la CE emplea el instrumento de las «recomendaciones», los Estados miembros de la Unión Europea no han hecho suficiente caso a sus sugerencias.

⁵ Estos datos aparecen recogidos en “Las orientaciones políticas para la próxima Comisión europea 2019-2024”. Accesible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines> [Consultado el 10/06/2021]

⁶ COM (2020) 103 final, “Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital”, pp. 1 -3.

⁷ Así viene recogido en el artículo 30, referido a los plazos de condonación.

En concreto, el informe de evaluación de la implementación de la Recomendación de 2014 por los Estados miembros⁸, recalca que siguen existiendo diferencias importantes entre los Estados miembros, al haber asumido parcialmente algunas de las directrices contenidas en ella.

Por ejemplo, en lo que respecta a España se critica arduamente el extenso plazo de exoneración definitiva de las deudas, que es de CINCO años y no de TRES como sugería la Recomendación.

El informe concluye señalando que la Recomendación no ha tenido la acogida deseada en orden a facilitar la reestructuración empresarial y conceder una segunda oportunidad real a los empresarios.

2.2. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE.

La Propuesta es la continuación natural de la Recomendación con un nuevo enfoque respecto a la anteriormente tratada y puesto que ésta última no tuvo el efecto esperado, la Unión Europea ha tenido que recurrir a un instrumento normativo más rígido que obligue a los Estados miembros a adoptar las directrices europeas.

Por ello, tal y como señala el legislador en el Considerando (1): *“El objetivo es que los empresarios sobreendeudados honestos cuenten con una segunda oportunidad tras la plena condonación de sus deudas después de un período de tiempo razonable”*.

De todos modos, y como viene siendo habitual, el contenido de la Propuesta con el texto finalmente aprobado contiene abundantes diferencias. Muchos cambios se han efectuado durante la tramitación del texto finalmente publicado y como siempre, nada tiene que ver lo que el legislador europeo pretende con lo que los *lobbys*⁹ quieren. De hecho, se ha cambiado hasta el título de la Directiva: no se alude a «segunda oportunidad» sino a «exoneración de deudas».

⁸ “Study on a new approach to business failure and insolvency” Accesible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3eb2f832> [Consultado el 15/03/2021] Pág. 360 y ss.

⁹ Un lobby es un grupo de personas influyentes que está organizado para ejercer presión en favor de determinados intereses. Esta definición es la que establece en el diccionario de la Real Academia Española. Accesible en: <https://www.rae.es/dpd/lobby> [Consultado el 10/06/2021]

2.3. Directiva (UE) 2019/1023, 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

El día 26 de junio de 2019, se publicó finalmente en el DOUE la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas – en adelante Directiva sobre reestructuración e insolvencia DRI -.

La propia Directiva, en su Considerando (1) fija tres objetivos fundamentales:

En primer lugar, quiere promover que las empresas y/o empresarios que estén atravesando situaciones críticas de solvencia puedan acceder a planes efectivos de reestructuración preventiva. Así, se contribuiría a salvaguardar un gran número de empresas y reduciría considerablemente el aumento de concursos de acreedores.

En segundo lugar, pretende garantizar que todo aquel deudor de buena fe que se ha visto abocado a la quiebra pueda acceder al menos a un mecanismo que asegure la plena exoneración de sus deudas, otorgándole una nueva oportunidad en el mercado laboral.

Y, finalmente, atenuar la excesiva prolongación en el tiempo de este tipo de procedimientos que tienen la mayoría de los Estados miembros.

Como norma general, y como así viene recogido en el artículo 34 DRI, se establece un plazo de dos años para llevar a cabo la transposición de la Directiva a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Así mismo, también se prevé una prórroga de carácter excepcional de dicho plazo siempre y cuando sea por causas justificadas.

No obstante, aunque el legislador europeo subraya la importancia que tiene el establecimiento de un marco normativo común para el Derecho concursal y preconcursal, se deja un amplio margen a cada Estado para que de entre todas las alternativas, elijan la que consideren más adecuada en su territorio.

III.¿QUIÉN PUEDE SOLICITAR EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DE DEUDAS?

El deudor sólo puede acceder a este beneficio si ha sido declarado en concurso y éste ha concluido bien por liquidación, o bien por insuficiencia de masa activa. Es decir, se puede afirmar que no es posible la exoneración del pasivo insatisfecho sin previo concurso del deudor.

Por todo ello, además de los requisitos para acceder al BEPI nos encontramos también con la exigencia de los presupuestos generales de todo concurso de acreedores.

1. PRESUPUESTO SUBJETIVO

El presupuesto subjetivo para la declaración del concurso de acreedores es la condición de persona (artículo 1 TRLC). Es irrelevante que sea empresario o no, o que se trate de una persona física o jurídica.

Por tanto, cumplen este presupuesto tanto un pequeño autónomo como un trabajador por cuenta ajena. Asimismo, también se incluyen algunos supuestos especiales que han sido objeto de tradicionales discusiones doctrinales como empresarios agrícolas, ganaderos y forestales, profesionales liberales, cooperativas o los conocidos como empresarios «ocultos»¹⁰.

Así pues, la regla general consiste en que cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, tiene capacidad concursal.

Pues bien, lo primero que hay que manifestar en relación con la capacidad concursal es que en ella no influye la nacionalidad de la persona que lo presente. El dato básico es que tenga en territorio español su centro de intereses principales o el domicilio, presumiéndose para la persona jurídica que el centro de sus intereses principales está en el domicilio social (artículo 45 TRLC).

Puede ocurrir que la persona no tenga en España dicho centro principal, pero que tenga sin embargo un establecimiento, en cuyo caso, dicho sujeto puede proceder a lo que se denomina «concurso territorial limitado» a los bienes que estén situados en España (artículo 49 TRLC).

¹⁰ “El empresario «oculto» es aquella persona física o jurídica que se dedica habitualmente al ejercicio del comercio por medio de persona interpuesta. Este último es el llamado comerciante «aparente», pero quien dirige las actividades mercantiles e imparte instrucciones es el comerciante oculto que plantea esta relación jurídica”. Definición extraída del diccionario de la Real Academia Española. Accesible en: <https://dpej.rae.es/lema/comerciante-oculto> [Consultado el 10/06/2021]

Ahora bien, una vez estudiado el presupuesto subjetivo de todo concurso, es necesario analizar el ámbito subjetivo para poder acceder al BEPI.

El número 1 del artículo 487 del TRLC establece como beneficiario de la exoneración de pasivo insatisfecho al «deudor persona natural». El BEPI, por tanto, se predica respecto de la persona natural (sea o no empresaria), y no respecto de la persona jurídica.

Para cumplimentar con carácter general el alcance real y efectivo de este elemento subjetivo, cabe acudir a dos conceptos.

El primero de ellos, de naturaleza estrictamente civil, hace referencia a la cualidad de persona natural (regulada por el Derecho común) y, el segundo, de naturaleza concursal, recoge la cualidad de deudor-concursado.

Así, el concepto de persona natural se delimita en cuanto a su origen y extinción por dos hechos objetivos y físicos, el nacimiento y la muerte de la persona¹¹.

En la medida en que toda persona natural es idónea para ser titular de derechos y obligaciones, se encuentra habilitada, previa declaración de concurso, para la obtención del beneficio que nos ocupa.

La dicción literal del precepto exige una segunda cualidad que es la que determina a la persona como deudor. La regulación sectorial en materia concursal prescinde de la concepción civil que sobre el término “deudor” se pudiera establecer, para concluir que lo que se requiere para optar al beneficio es la preexistencia de un procedimiento concursal.

Tal cuestión se produce, a partir del auto de la declaración de concurso dictado de conformidad con el artículo 28 TRLC. Por tanto, a estos efectos, deudor y concursado son términos similares, puesto que no existe la posibilidad de acogerse al BEPI para quien no haya iniciado la tramitación de un concurso de acreedores.

En conclusión, como señala el autor ALBENTOSA PRATS, L., *“reunidas ambas condiciones (deudor y persona natural), ninguna exclusión respecto del ámbito subjetivo del beneficio (art. 487 TRLC) cabe realizar a la persona por su condición de empresario o mero deudor civil, y sin limitación alguna en cuanto al origen de sus deudas”*¹².

¹¹ A los cuales se hace referencia en los artículos 29, 30 y 32 del Código civil.

¹² ALBENTOSA PRATS, L., *«Comentarios a la ley de mecanismo de segunda oportunidad»*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 81.

1.1 Menores e incapaces

Los menores e incapaces son susceptibles de ser titulares tanto de bienes y derechos como de obligaciones y deudas. Por ello, en caso de insolvencia, tanto unos como otros podrán ser declarados en concurso de acreedores¹³.

Esta afirmación implica que, desde el momento en que ostentan la cualidad de persona natural y han sido declarados en concurso, resultan posibilitados para instar y obtener, a través de sus representantes legales, la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho.

A tal fin, será necesaria la observancia del complemento de capacidad necesario que venga determinado por la sentencia de incapacitación o por la graduación que, respecto de la minoría de edad concurra¹⁴.

Puesto que, la legitimación para instar la solicitud del BEPI corresponde al deudor, el problema puede suscitarse cuando el representante del menor o incapaz, sea también titular de algún derecho de crédito que pudiera ser exonerable.

Esta contradicción de intereses se resuelve cuando, configurada la masa pasiva del concurso, la administración concursal pueda poner en conocimiento del Juez tal circunstancia con el fin de que se dé traslado al Ministerio Fiscal para defender los intereses del menor, y si se considera necesario, designar un defensor en relación a la solicitud de acceso al BEPI¹⁵.

1.2. La extensión del beneficio al cónyuge como excepción al principio general

La extensión al cónyuge no concursado¹⁶ del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho se establece en el artículo 501 TRLC, que refiere que:

“Si el régimen económico del matrimonio el deudor fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la exoneración beneficiará a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, L., “Artículo 1”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, nº.3, 2010, pág. 28.

¹⁴ PARRA LUCÁN, M.A., “*Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*”, 1ª edic., Civitas, Madrid, 2009, pág. 15.

¹⁵ SENDRA ALBIÑANA, A., «*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*» 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 106.

¹⁶ GARCÍA MARZ, N., «*Concurso de acreedores en personas físicas*» Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2015, pág. 237.

que deberían responder esos bienes, aunque el otro cónyuge no hubiera sido declarado en concurso”.

Con esta previsión legal, el legislador ha querido hacer extensible el BEPI a situaciones que afectan a los bienes gananciales del concursado como parte de una sociedad conyugal.

Ahora bien, también podría interpretarse este artículo de forma que los bienes gananciales que pudieran adquirirse en el futuro, sí que podrían responder del pago de las deudas exoneradas, en ausencia de bienes privativos del deudor concursado.

Para beneficiar al deudor persona física, el artículo 125 TRLC permite al cónyuge del concursado *“solicitar al juez del concurso la disolución de la sociedad conyugal cuando se hubieran incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del cónyuge concursado”.*

Esta solicitud de disolución de la sociedad de gananciales o consorciales en Aragón, debe ser acordada por el órgano judicial. Y, con carácter previo al pago a los acreedores se deberá realizar la división de ese patrimonio común entre los conyugues; ya sea en la fase de convenio o en la fase de liquidación de la masa activa.

Existe una especial protección de la vivienda habitual del matrimonio que tenga el carácter de ganancial, y que con preferencia se adjudicará al cónyuge del concursado; siempre que la división del haber de la sociedad conyugal alcance al importe de la vivienda para que pueda serle adjudicada.

Si el importe de la vivienda habitual excediera a la cuantía de la adjudicación establecida para el cónyuge del concursado, dicho exceso se abonaría mediante dinero efectivo que pasaría a formar parte de la masa activa del concurso.

2. PRESUPUESTO OBJETIVO

Para que el concurso de acreedores pueda ser declarado, el deudor debe encontrarse en estado de insolvencia (art. 2.1 TRLC). El propio TRLC la define como: *“aquel estado en el que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.*

Es más, parte de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha acabado estimando la concurrencia de una situación de insolvencia incluso cuando, a pesar de que existía cumplimiento, éste no se llevaba a cabo con la “regularidad” exigida¹⁷.

De otra parte, y a efectos de incentivar las declaraciones tempranas de concurso, la Ley en su artículo 2.3 *in fine*, permite que el deudor solicite la declaración de concurso cuando estime que se encuentra en un estado de insolvencia “inminente”. Por “inminente” se entiende a la situación en la que el futuro concursado prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus deberes.

Un ejemplo de ello sería un empresario que, hallándose al corriente en el pago de sus obligaciones, prevea que, por los malos resultados de la empresa en los últimos semestres, no va a poder pagar los salarios de sus trabajadores o las facturas de sus proveedores y, por ello, decide solicitar el concurso.

Al margen de ello, se sigue contemplando una serie de hechos externos o indiciarios de la insolvencia, especialmente importantes cuando sea algún acreedor quien solicite la declaración de concurso («concurso necesario»).

No obstante, solicitada la declaración de concurso a instancia de algún acreedor, y admitido a trámite por el juez el concurso necesario, el deudor puede oponerse con base a diversas razones.

Entre ellas, por entender que, aún habiéndose producido un hecho de los recogidos en el artículo 2.4 TRLC, no se encontraba en estado de insolvencia o que ya no se encuentra en él.

3. PRESUPUESTO FORMAL

En este punto lo que se tiene en cuenta para que poder afirmar que nos encontramos ante un procedimiento concursal es la resolución judicial que decide sobre la solicitud de declaración de concurso¹⁸.

Además, es necesario que el deudor no se encuentre inmerso en alguna de las causas de conclusión de concurso que se recogen en el art. 465 TRLC. De entre todas ellas se puede

¹⁷ SAP Madrid de 18 de noviembre de 2008 (AC 2009, 67).

¹⁸ El art. 32 TRLC señala que la resolución judicial adoptará la forma de auto y que tendrá carácter constitutivo con eficacia *erga omnes*.

destacar, la exigencia como presupuesto implícito de una pluralidad de acreedores y la comprobación de la subsistencia de pasivo insatisfecho una vez declarado el concurso.

Por tanto, sin dicha declaración de concurso, éste no existe para el mundo del Derecho y no se produce ninguno de sus efectos (artículos 105 y siguientes TRLC).

Ahora bien, en nuestro sistema vigente, el juez no es competente para declarar de oficio el concurso, sino que lo hará cuando – concurriendo los presupuestos necesarios – lo solicite la parte legitimada para ello.

Como señala el artículo 3 TRLC, están legitimados para hacerlo el propio deudor o administradores si se trata de persona jurídica («concurso voluntario»: art. 29.1 TRLC) y cualquiera de sus acreedores («concurso necesario»: art. 29.2 TRLC). También están legitimados excepcionalmente para solicitar la declaración de concurso, el mediador concursal cuando el deudor hubiera acudido a un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 695.a) TRLC).

Cabe señalar que tal y como se recoge en el art. 5.1 TRLC, *“el deudor está obligado a solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”*.

No obstante, dicha obligación queda temporalmente en suspenso en el caso de que el deudor estuviera negociando con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un AEP o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y lo pusiera de manifiesto ante el juzgado (artículos. 584 y 595 TRLC).

En cuanto al procedimiento concursal, éste se sigue para la persona física no empresaria ante el Juzgado de Primera Instancia (artículo 85.6 LOPJ). Por el contrario, para la persona física empresaria y para las personas jurídicas tiene competencia el Juzgado de lo Mercantil.

Por último, para poder conceder el BEPI, el concurso tiene que haber concluido por alguna de las dos vías que recoge el TRLC: conclusión por liquidación (artículos 468 y ss. TRLC) o conclusión por insuficiencia de la masa activa (arts. 470 y ss. TRLC).

4. PRESUPUESTO TEMPORAL

El presupuesto temporal para poder solicitar el BEPI varía en función del régimen, general o especial, por el cual ha concluido el concurso.

En el caso de la finalización del concurso por liquidación (régimen general), el art. 489 TRLC señala que *“el deudor deberá presentar ante el juez del concurso la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso”*.

En el segundo caso, conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (régimen especial), el BEPI debe solicitarse una vez que el deudor haya aceptado de forma expresa someterse a *“un plan de pagos que resulte aprobado por el juez”* (artículo 494 TRLC).

5. LOS PRESUPUESTOS DEL BEPI EN LA DIRECTIVA 2019/1023

El artículo 1 de la DRI dedicado a delimitar el ámbito de aplicación de la norma, dispone en su apartado b) que se establecen normas sobre *“los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes”*. Los mismos son definidos en el artículo 2.1.9 DRI como *“toda persona física que ejerza una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”*. Así mismo en lo que respecta al BEPI, éste tiene su punto de partida en el art. 2.10 DRI.

No obstante, la DRI no entra en el concepto de insolvencia y de insolvencia inminente o riesgo de insolvencia¹⁹ sino que se remite a la legislación de los Estados miembros (art. 2.2 DRI)²⁰. Es más, en algunos considerandos de la DRI (nº. 2,9,16,72) se utiliza el término «sobreendeudamiento» que no es usado en el articulado de la DRI, a diferencia de lo que sucedía en el texto de la Propuesta que expresamente se refería al empresario sobreendeudado²¹.

De todos modos sigue siendo requisito indispensable, cuando se regula la exoneración de pasivo insatisfecho, que el empresario sea insolvente.

¹⁹ El Banco Central Europeo (BCE) hizo referencia al concepto de “riesgo de insolvencia”. El BCE expresamente señaló que “es preciso desarrollar este concepto en la directiva propuesta, pues es crucial para el marco de reestructuración y no debe quedar a la entera discreción de los Estados miembros”. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/> [Consultado el 28/04/2021]

²⁰ En el Considerando 73 se señala: *“el concepto de «insolvencia» debe ser definido por el Derecho nacional y puede adoptar la forma de un sobreendeudamiento”* que, en mi opinión, es paralelo al de insolvencia inminente.

²¹ En opinión de CUENA CASAS, M., se huye acertadamente de la imprecisión del término “sobreendeudamiento” sobre el que no existe consenso a nivel europeo.

5.1. Consumidor y empresario

Desde el principio, esta Directiva se ha dirigido sólo a los empresarios, obviando la situación de los consumidores. Sin embargo, es necesario subrayar que, en la Recomendación de 12 de marzo de 2014, sí se hacía referencia a éstos en los siguientes términos:

“Aunque el sobreendeudamiento y la insolvencia de los consumidores no entran en el ámbito de aplicación de la presente Recomendación, se insta a los Estados miembros a estudiar la posibilidad de aplicar estas recomendaciones también a los consumidores, ya que algunos de los principios recogidos en la presente Recomendación también les pueden ser aplicables (Considerando 15)”.

CUENA CASAS, M²²., señala que “no habría pasado nada por haber incluido a los consumidores en el ámbito de aplicación de la Recomendación, pues incluir a los empresarios en la Recomendación y “recomendar” a los Estados que lo apliquen a los consumidores parece cuanto menos sorprendente”.

Estos hechos nos llevan a pensar que el tratamiento de la insolvencia del consumidor es un tema complicado que tienen que afrontar tanto los gobiernos como la propia CE. Pero no por ello se justifica la ambigüedad e inexactitud con la que lo tratan.

De todos modos, más explícito fue el Comité Económico y Social Europeo (CESE), que se mostró a favor de la inclusión del consumidor en la DRI. Concretamente, este organismo señaló en el Dictamen sobre la Propuesta de la DRI²³ su rotunda oposición al mecanismo de exoneración de deudas planteado para las personas físicas no empresarias.

En el Considerado 21 se mantiene la recomendación de que el régimen propuesto en la DRI se extienda a los consumidores. Por ello, si los Estados miembros no quieren que se den situaciones injustas, conviene recomendarles que, en el plazo más breve posible, apliquen también a los consumidores las disposiciones de la DRI en materia de exoneración de deudas.

²² CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español» en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 32, 2020, pág. 6.

²³ El Dictamen sobre la Propuesta de la DRI realizada por el CESE se puede encontrar aquí: <https://eur-lex.europa.eu/legal-con> [Consultado el 12/04/2021].

5.2. Pasivo doméstico y pasivo empresarial

En la mayoría de las ocasiones, es imposible distinguir entre deudas domésticas y deudas empresariales. La DRI refleja esta realidad, y aunque establece una separación entre empresario y consumidor, no hace lo mismo entre estas dos clases de pasivo.

En concreto, el artículo 24 DRI admite que el empresario se exonere del pasivo doméstico. Es más, reconoce expresamente que, en la práctica, es complicado realizar este discernimiento.

No obstante, en su apartado segundo fija la regla general para el supuesto en el que las deudas personales y profesionales se puedan separar: *“Los Estados miembros podrán disponer que, cuando puedan separarse las deudas personales de las profesionales, dichas deudas se traten, a los efectos de obtener la plena exoneración de deudas, bien en procedimientos separados, aunque coordinados, bien en el mismo procedimiento”*.

Al contrario, para el supuesto en el que el pasivo doméstico no se pueda separar del profesional, señala este mismo artículo 24 que deberán tratarse dichas deudas en un mismo procedimiento a efectos de obtener el BEPI.

Para entenderlo mejor, un ejemplo de ello sería cuando un autónomo realiza su actividad profesional en su vivienda habitual, ya que pueden existir dificultades a la hora de determinar qué gastos de la vivienda son imputables a la actividad profesional y cuáles no. O, piénsese, en el caso de que un empresario pida un préstamo hipotecario sobre su vivienda habitual y parte del importe lo dedique a las atenciones personales y otra a las profesionales.

En conclusión, lo relevante es que se permite que el empresario pueda exonerarse también de las deudas personales. Es más, si nos centramos en la inminente transposición de la DRI al Derecho español, numerosos autores²⁴ consideran que, aunque es perfectamente legítimo dar un trato más beneficioso a la condonación del pasivo empresarial, no tiene una justificación razonable la discriminación negativa de las deudas domésticas.

Por ello, la transposición que nos ocupa, debería hacerse prescindiendo de esta discriminación de régimen para los dos tipos de deuda citados.

²⁴ Además de CUENA CASAS, M., también hay que hacer mención a CUESTA RUTE, J.M., «La persona física y el consumidor como sujetos del concurso», en *Endeudamiento del Consumidor e insolvencia familiar*, Thomson Civitas, 2009, pág. 106.

5.3. Competencia judicial objetiva del concurso

Actualmente, en el caso de España, la competencia de los procedimientos concursales de consumidores la ostentan los Juzgados de Primera Instancia. Y, la de persona física empresaria y persona jurídica recae sobre los Juzgados de lo Mercantil.

A estos efectos, la DRI en su artículo 25.a) establece que *“los miembros de las autoridades judiciales y administrativas que se ocupen de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, deben recibir una formación adecuada y tener los conocimientos especializados necesarios para el ejercicio de sus funciones”*.

Y, tal y como hemos señalado con anterioridad, el Considerando 21 DRI recomienda la aplicación a los consumidores del régimen de exoneración de deudas establecido para los empresarios, y ello pasa por la especialización de los jueces que atienden estos procedimientos.

Es un hecho irrefutable que los jueces de lo Mercantil tienen un mayor grado de dicha especialización que los jueces de Primera Instancia, y en mi opinión, debe terminarse con la discriminación procesal existente siguiendo estas recomendaciones de la Directiva.

IV. EL REQUISITO DE BUENA FE

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ‘BUENA FE’?

Este concepto puede estudiarse desde dos perspectivas; como elemento valorativo y como elemento normativo.

1.1. La buena fe como elemento valorativo

El número 1º del artículo 487 TRLC comienza estableciendo que *“sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe”*. Así, el requisito de buena fe del deudor se establece como premisa básica e imprescindible, sin la cual, resultará inviable el acceso a la obtención de la liberación de las deudas.

Seguidamente, el legislador español ha concretado diversos aspectos cuya concurrencia permitirán la tramitación de la solicitud, y todo ello por entenderse que existe buena fe por parte del deudor. Tales aspectos se encuentran recogidos en el apartado 2º de dicho artículo 487 TRLC, y que analizaremos más adelante.

Pero, ¿qué se entiende por “buena fe”? Concretamente, el Tribunal Supremo²⁵ ha venido señalando que la buena fe, en sentido objetivo, es una exigencia de lealtad y honestidad conectada con principios éticos de general conocimiento; y cuya plasmación normativa resulta de difícil configuración, pero que se sostiene sobre comportamientos sociales y generalmente aceptados.

Por tanto, se hace referencia a la buena fe como elemento valorativo. Es decir, la buena o mala fe, deberá ser objeto de observación judicial como norma de conducta previa, actual y posterior a la declaración de concurso²⁶.

Es importante recalcar esta idea puesto que aunque resulta necesario que se cumplan el resto de requisitos de admisibilidad, su sola observancia no determina la concesión del beneficio sino concurre el cumplimiento del elemento valorativo de la buena fe ya referido.

Todo ello reafirma y ratifica la necesaria configuración de un elemento valorativo del requisito (junto con el normativo) que permita enjuiciar y ponderar por el juzgador la existencia de tales actitudes.

1.2. La buena fe como elemento normativo

Como previamente se ha mencionado, el apartado 2º del artículo 487 TRLC regula los dos requisitos relacionados con el criterio de buena fe y, por consiguiente, con la admisibilidad de la solicitud u obtención del BEPI.

El TRLC establece distintas vías para acceder al BEPI. Por un lado, en la vía del régimen general es necesario ser considerado deudor de buena fe y cumplir determinados presupuestos objetivos (artículo 488 TRLC). Por otro, en el régimen especial, se mantiene la exigencia de la buena fe del deudor, pero se añade la obligación de sujetarse a un plan de pagos (art. 493 TRLC).

No obstante, en uno u otro caso, el deudor tiene que cumplir con dos requisitos comunes, que son:

²⁵ Ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 201/2015, de 9 de Abril de 2015.

²⁶ Por ejemplo, cuando el deudor no cumple con el deber de colaborar con el juez o la administración concursal durante el procedimiento.

- *Que el concurso no se haya declarado culpable.*
- *Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por determinados delitos en los diez años anteriores a la declaración de concurso.*

Finalmente, como apunte, me gustaría comentar el hecho de que en el ya derogado artículo 178.3 bis LC, se consideraban también requisitos de la buena del deudor el haber celebrado o, al menos, intentado celebrar un AEP, y que se hubieran satisfecho algunos créditos concursales.

Actualmente, con la entrada en vigor del TRLC, estos presupuestos se han reorganizado y se han establecido dos vías de acceso al BEPI: el régimen general mediante la previa satisfacción de un mínimo del pasivo y el intento o la celebración de un AEP (art. 488 TRLC); y el régimen especial mediante la aprobación de un plan de pagos (art. 493 TRLC).

2. EL CARÁCTER FORTUITO O CULPABLE DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Este requisito aparece recogido en el apartado 1.º del artículo 487.2 del TRLC y adquiere especial relevancia, puesto que bajo el mismo se enjuicia el comportamiento del deudor antes y durante el procedimiento concursal (causas de endeudamiento, la colaboración durante el procedimiento, fraude de acreedores, etc.).

Sin embargo, si nos fijamos en el tenor literal de este presupuesto, podemos darnos cuenta de que la culpabilidad del deudor no se valora en el momento de la concesión provisional de la exoneración, sino en un trámite anterior.

Por todo ello, reviste de gran importancia determinar a través de que procedimiento se valora la culpabilidad del deudor dentro del concurso, en qué momentos, y, además, aquellos comportamientos que, según el legislador, son capaces de denotar la culpabilidad del deudor. Y esto es así porque de ello dependerá el disfrute del BEPI.

2.1. La sección de calificación del concurso

Antes de la introducción de la LC, los antiguos Códigos de Comercio²⁷ tenían en cuenta la conducta del deudor para valorar su insolvencia, de modo que, dependiendo de la misma, de

²⁷ Artículos 1.138 y 1.139 del Código de Comercio de 1829; artículos 886 a 894 del Código de Comercio de 1885.

su carácter culpable, fortuito o fraudulento, variaban las responsabilidades civiles y penales del deudor en quiebra²⁸, así como las consecuencias y efectos del concurso.

Actualmente, esta tradición se ha mantenido en el TRLC, recogiendo en su articulado, concretamente en el Título X, artículos 441 y ss., una sección denominada «de la calificación del concurso», pero reduciendo los efectos de la calificación concursal a la esfera civil del deudor.

La sección de calificación se convierte, así, en un expediente legal básico con el que se pretende conocer las razones que han provocado la insolvencia del deudor e igualmente dilucidar a quién se le atribuye la responsabilidad de esa insolvencia y con qué consecuencias.

El hecho de que la norma concursal busque valorar el comportamiento del deudor tiene como finalidad sancionar al deudor que ha actuado de mala fe (art. 455 TRLC). Este proceder obedece a distintas finalidades.

Por un lado, busca proteger el interés privado de los acreedores, impidiendo que la masa se pueda ver perjudicada por comportamientos del deudor, viendo así mermadas las posibilidades de satisfacer sus créditos. Y, por otro lado, persigue proteger el interés público, sancionándose, por ejemplo, con la inhabilitación, que tiene la finalidad de evitar futuras actuaciones negligentes o fraudulentas dentro de la sociedad por dichos sujetos²⁹.

Ahora bien, es importante recalcar que tal y como establece el art. 462 TRLC rige la regla de la no vinculación de los jueces de lo penal, aunque el concurso haya sido calificado culpable. Al igual que tampoco la existencia de procedimientos penales relacionados con el concursado supondrá la suspensión de la tramitación del concurso ni de ninguna de las secciones en las que se divide (artículo 519 TRLC).

Y ello porque, pese a la suspensión de los procedimientos con motivo de la existencia de prejudicialidad penal establecida en los artículos 40 LEC y 10.2 LOPJ, se exceptiona la misma si una ley así lo dispone³⁰.

²⁸ Vid. ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., «Calificación del concurso», en *Enciclopedia de derecho concursal*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 338 y ss.

²⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «*El proceso concursal*» 1ª edic., Aranzadi, Pamplona. 2012, pp. 711 y ss.

³⁰ En palabras de BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.; «*No existe polémica ni discusión doctrinal alguna respecto de la aplicación del artículo 519 TRLC de modo preferente al artículo 40 LEC*». «*Manual de Derecho Mercantil Vol. II*», 27ª edic., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 679.

2.2. Momentos de apreciación de la culpabilidad del deudor

Una de las primeras cuestiones que debemos plantearnos es esclarecer en qué instantes se debe valorar, por disposición legal, la conducta del deudor.

Si el concurso ha finalizado por el régimen general de la liquidación, la apreciación de la culpabilidad del deudor se examina de acuerdo a los artículos 446 y ss. TRLC.

Según dicho art. 446 TRLC, la sección de calificación se abre en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio o el plan de liquidación o se ordene la liquidación de la masa activa conforme a la regulación legal supletoria.

En cambio, si el concurso concluye por insuficiencia de la masa activa, es importante recalcar que la sección sexta no se llega a formar. No obstante, sí que valora la culpabilidad del deudor por la administración concursal a través de la presentación de un informe al juez del concurso (art. 474 TRLC).

En conclusión, y aunque no sea objeto del presente trabajo, conviene resaltar la importancia de este trámite procesal puesto que de la resolución que se dicte depende la posible liberación de deudas para el concursado.

2.3. Criterios y conductas para apreciar la culpabilidad

Según el artículo 442 TRLC *“el concurso de acreedores se califica como culpable, en lugar de fortuito, cuando, abierta la pieza de calificación, se aprecie que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor”*.

Este último precepto recoge, según diversos autores, una «cláusula general»³¹ o un «criterio general de calificación», que permite a los jueces apreciar la culpabilidad sin atender a un *numerus clausus* de supuestos que determinan la culpabilidad del deudor. Es decir, se establece una forma diferente de regulación que les otorga una facultad más amplia para determinar la calificación del concurso.

Sin embargo, el TRLC establece una serie de presunciones que implican la calificación del concurso como culpable.

2.4.1. Presunciones “*iuris tantum*” respecto a la calificación culpable del concurso

³¹ MIQUEL BERENGUER, J., *«La pieza de calificación en el concurso de acreedores»*, 1ª edic., 1º vol., Bosch, Madrid, 2012, pág. 60.

Estas presunciones tienen su origen en el hecho de que la cláusula general, anteriormente comentada, no es de fácil aplicación, pues el órgano competente tiene la laboriosa y difícil tarea de indagar en la posible intención dolosa o culpable del comportamiento del deudor. Y es que, como es sabido, la apreciación de un elemento subjetivo siempre comporta una labor más compleja, sobre todo, cuando se hace uso de una cláusula abierta, sin mencionarse supuestos tasados y concretos.

No obstante, para facilitar esta tarea, el legislador, en el momento de regular la sección de calificación, consideró conveniente esbozar una serie de supuestos cuya concurrencia conlleva automáticamente la existencia de dolo o culpa, salvo que medie prueba en contrario³².

Dichas presunciones de culpabilidad se encuentran reguladas en el artículo 444 TRLC, y son los siguientes:

- 2.4.1.1. Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso.

El deudor goza de un plazo de dos meses desde la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia para solicitar el concurso (art. 5.1 TRLC), presumiéndose que lo conoció desde que hubiera tenido lugar alguno de los “hechos reveladores de insolvencia” del artículo 2.4 TRLC.

Todo ello con la salvedad de que se hubiera comunicado al juzgado el inicio de negociaciones al amparo del artículo 583 y ss. TRLC, en cuyo caso se permite ampliar el plazo en tres meses desde la fecha de apertura de dichas negociaciones.

En cualquier caso, no solicitar el concurso dentro del plazo estipulado comporta un elevado riesgo de que este acabe siendo calificado como culpable³³.

Ahora bien, el art. 487.2.1º TRLC recoge una excepción a la culpabilidad del deudor. El legislador admite la posibilidad de que, aún habiéndose declarado el concurso como culpable, el juez pueda atender a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso y considerar a dicho concursado como de buena fe.

³² ROJAS I GRAELL, J., «Clasificación del concurso», en VLEX-253379. Accesible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex> [Consultado el 21/04/2021].

³³ Así lo declaró la STS de 20 de junio de 2012 (RJ 2012/8009), al considerar ajustada a derecho la decisión de aplicar la norma referida “a partir del sospechoso comportamiento de la deudora de retrasar injustificadamente la solicitud de ser declarada en concurso”.

- 2.4.1.2. Incumplimiento del deber de colaborar con el juez o la administración concursal durante el procedimiento.

Se trata de un comportamiento del deudor después de la declaración de concurso, por lo que no puede referirse a la insolvencia previa sino al agravamiento durante la tramitación del concurso (por ejemplo, cuando el deudor se niega reiteradamente a facilitar a la administración concursal determinada documentación o información).

- 2.4.1.3. Incumplimiento de obligaciones contables en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso; siempre y cuando el deudor estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad.

En este punto hay que señalar que no será causa de calificación culpable si se depositaron las cuentas anuales fuera de plazo, puesto que el citado incumplimiento no está sancionado administrativamente por la legislación que regula el depósito de cuentas en el Registro Mercantil.

2.4.2. Presunciones “*iuris et de iure*” respecto a la calificación culpable del concurso

El legislador facilita de alguna manera la tarea, al enumerar en la Ley unos «supuestos especiales» cuya concurrencia necesariamente implica la calificación del concurso como culpable (artículo 443 TRLC). Dichas conductas son:

- 2.4.2.1. Cuando el deudor hubiera cometido alzamiento de bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que hubiese retrasado, dificultado o impedido la eficacia de un embargo en cualquier ejecución iniciada o de previsible iniciación.
- 2.4.2.2. Cuando durante los dos años anteriores a la declaración del concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos³⁴.
- 2.4.2.3. Cuando antes de la declaración de concurso hubiera realizado el deudor cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

³⁴ El carácter determinante no está en la clandestinidad de la salida sino en el elemento del fraude [STS 174/2014, de 27 de marzo (RJ 2021/42147)].

- 2.4.2.4. Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en los documentos que acompañan a la solicitud de declaración de concurso o hubiera aportado documentos falsos³⁵.
- 2.4.2.5. Cuando el deudor hubiera incumplido sustancialmente su obligación de llevanza de la contabilidad, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.
- 2.4.2.6. Cuando se hubiera acordado de oficio la apertura de la liquidación por el previo incumplimiento del convenio debido a causa imputable al deudor.

2.4. La sentencia de calificación

Por último, y a grandes rasgos, hay que hacer hincapié en el hecho de qué la concesión del BEPI está condicionado a la calificación del concurso. Por tanto, es de vital importancia la sentencia que contenga dicha calificación del concurso bien como culpable, o bien como fortuito.

Dicha sentencia deberá expresar las causas en las que se fundamente, y concretamente las que se recogen en el artículo 455 TRLC, no objeto del presente trabajo. Simplemente, sí que hay que añadir que frente a esta sentencia de calificación podrán recurrir en apelación quienes hubieran sido parte de la Sección de calificación (art. 460 TRLC).

3. LA CONDENA EN SENTENCIA FIRME DEL DEUDOR POR DETERMINADOS DELITOS

El segundo requisito para ser considerado un deudor de buena fe se encuentra en el artículo 487.2. 2º TRLC. En él, se exige que la persona natural que desea solicitar el BEPI *“no haya sido condenada en sentencia firme por determinados delitos”*.

En primer lugar, se encuentran los *“delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”* (artículos 234 a 304 CP). Ejemplo de ellos son el delito de hurto, robo, extorsión, uso de vehículos de motor, usurpación, defraudaciones, estafas, delitos societarios, blanqueo de capitales (...).

³⁵ Sobre qué se considera inexactitud grave sirva de muestra la STS 650/2016, de 3 de noviembre (RJ 2016/5199).

En segundo lugar, aparecen recogidos los tipos relativos a “*la falsedad documental*”. Concretamente, se dedican los artículos 386 a 403 CP a las falsedades en documentos públicos y privados, tarjetas de crédito y débito o cheques de viajes. Así como las usurpaciones de estado civil y funciones públicas e intrusismo.

En tercer, y último lugar, los hechos delictivos que se hayan cometido por el deudor contra “*la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores*” (artículos 305 a 310 bis CP).

No obstante, la enumeración de todos estos tipos penales se configura como *numerus clausus*. Es decir, la condena por cualquier otro delito distinto de los expuestos, aunque sea relacionado con el concurso, no impedirá la obtención del beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho.

En cuanto al límite temporal de diez años, se entiende de manera que la existencia de una condena por cualquiera de los delitos referidos “*dentro de los 10 años anteriores a la declaración de concurso*” implica la inadmisión a trámite de la solicitud de la obtención del BEPI³⁶ (art. 487.2. 2º *in fine* TRLC).

En lo que respecta a su cómputo, se tiene en cuenta la fecha de comisión de los hechos delictivos (estableciéndose para los delitos continuados el momento de finalización de la actividad), y nunca la fecha de la resolución judicial condenatoria³⁷. Asimismo, la fecha final viene dada por la resolución que venga a declarar el concurso y no por la fecha de conclusión del mismo.

En este sentido, cabe preguntarnos el grado de autoría o participación que considera el legislador como causa de exclusión. SENDRA ALBIÑANA, A.³⁸, entiende que se refiere a la existencia de condena del deudor bajo cualquier fórmula de participación que permita el tipo penal de que se trate (cómplice, coautor, inductor, cooperador necesario, etc...), y conllevará la imposibilidad de tramitar el beneficio. No así, obviamente, cualquier imputación de

³⁶ BASTANTE GRANELL, V., «*El “deudor de buena fe” en la Ley de segunda oportunidad*», 1ª edic, Comares, Granada, 2016. Dicho autor en la pág. 211, establece que en sistemas de derecho comprado como en Alemania o Portugal, se ha limitado la cuestión, únicamente a delitos de insolvencia punible acortándose también el plazo a cinco años.

³⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «*La segunda oportunidad: La superación de las crisis de insolvencia*» 1ª edic., Ediciones Lefebvre, Madrid, 2015, cit., 62.

³⁸ SENDRA ALBIÑANA, A., «*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*», 1ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 155 y ss.

responsabilidad civil (directa o subsidiaria) que no conlleve aneja la responsabilidad penal derivada de los delitos expuestos.

En mi opinión, nuestra regulación actual puede provocar resultados injustos. Imagínese un deudor que por problemas económicos, sin poder encontrar trabajo y teniendo que alimentar a su familia, se ve en la “necesidad” aislada de robar materiales de poca cuantía económica que le conlleve una condena firme por robo. Esta persona estaría excluida del régimen de exoneración de pasivo insatisfecho. Sin embargo, no es lo mismo robar por necesidad, lo cual debe sancionarse igualmente en el ámbito penal, que robar por ambición o adquirir más fortuna (malversación de fondos, imago de impuestos, etc.).

Bajo mi criterio, a la hora de conceder la liberación de deudas debería tenerse en cuenta las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal que se hubieran aplicado en la sentencia firme al ciudadano condenado.

Una cuestión interesante que cabe preguntarnos es: ¿qué ocurre si hay un proceso penal pendiente con respecto al BEPI?. La respuesta que da el legislador en el artículo 487.2.2º TRLC es *“si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme”*.

Esta disposición indica que cabe la suspensión de la pieza de exoneración siempre y cuando se entienda que el delito por el que está investigado o imputado el concursado persona física es de los mencionados en dicho artículo, puesto que si se tratará de un delito totalmente diferente, *ejemplo: abandono de familia*, entiendo que no cabría la suspensión.

4. LA BUENA FE DEL DEUDOR EN LA DRI

Como hemos estado señalando a lo largo de todo el presente trabajo, la aparición de la figura del BEPI ha estado ligada, desde siempre, a la buena conducta del deudor. Esto ha venido siendo así porque el sacrificio que soportan los acreedores, privándoles de sus acciones de reembolso de sus créditos, exige una justificación que debe reflejarse en el cumplimiento de requisitos rigurosos para la concesión del beneficio.

La finalidad principal de la buena fe, no es otra que equilibrar los derechos de estos acreedores, preservar la cultura de pago y atajar las consecuencias del sobreendeudamiento en el pasivo del deudor.

Sin embargo, la DRI permite el perdón de las deudas a aquella persona que ha sido deshonesto o negligente. Este hecho es cuanto menos sorprendente porque la DRI toma como punto de partida el principio opuesto de nuestra actual regulación.

Es decir, la DRI toma como punto de partida el hecho de que todo empresario tiene derecho a obtener una segunda oportunidad y su denegación debe ser excepcional. Así viene recogido en el artículo 20.1 DRI al señalar que “*los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de sus deudas*”.

Sin embargo, a tales excepciones se refiere el artículo 23 DRI que engloba todas las restricciones que pueden establecerse en relación a la obtención de la exoneración. Concretamente, el número 1 del citado artículo hace referencia a la buena fe, y en él nos centraremos.

La primera consecuencia del planteamiento general que realiza el legislador es que se pretende una inversión de la carga de la prueba, como así se puede desprender del tenor literal de dicho artículo 23 DRI en relación con el Considerando 78 de la misma. Es decir, la DRI compele a los Estados miembros a que sean los propios acreedores los que deban probar la mala fe del deudor.

Esta configuración choca sustancialmente con la establecida en nuestro artículo 446 y ss. TRLC, en la que lo razonable es que se presuma la buena fe, y, por consiguiente, se deba probar la mala fe con el objetivo de excluir únicamente a los deudores que han actuado de manera fraudulenta.

Si bien es cierto que una rígida prueba del requisito de buena fe puede constituir una barrera de entrada al BEPI injusta para deudores que sí son considerados diligentes, es un aspecto criticable, el hecho que la DRI no imponga ningún tipo de límites a la mala fe.

En contraposición, la segunda de las consecuencias radica en la posibilidad que otorga la DRI a los Estados miembros para que sean ellos mismos los que diseñen una figura de acceso a la exoneración propia que asegure que se cumple el requisito de la buena fe.

En este punto, hay que preguntarnos ¿qué es lo que entiende la DRI por “buena fe”?

El legislador europeo, en relación con el concepto de buena fe, se remite expresamente al Derecho nacional de cada Estado miembro. Además, fija una serie de momentos concretos para

su apreciación: “*para valorar la buena o mala fe del deudor hay que atender a su conducta respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda*” (art.23.1 *in fine* DRI).

Es más, el Considerando 79 dispone que “*para determinar si un deudor fue deshonesto, las autoridades judiciales o administrativas pueden tener en cuenta circunstancias como las siguientes: la naturaleza y el importe de la deuda; el momento en que se ha contraído la deuda; los esfuerzos realizados por el empresario para abonar la deuda y cumplir con las obligaciones legales [...]*”.

Es decir, a partir de la transposición de la DRI, los sistemas de exoneración que se creen deberán basarse en el cumplimiento de requisitos valorativos de la buena fe, y no normativos, como sucede en la legislación española actual.

En mi opinión, el legislador europeo da un paso hacia delante puesto que el juez deberá atender a las circunstancias del caso concreto, con base a los criterios que a título ejemplificativo dispone la DRI³⁹.

La autora CUENA CASAS, M., va más allá, y se plantea cómo debe coordinarse esta normativa con el sistema de calificación del concurso. Para ella, los supuestos en que el concurso puede ser declarado culpable, pueden a su vez, subsumirse dentro de los criterios que la DRI tiene en cuenta para valorar la conducta del deudor merecedor del BEPI.

A partir de esta afirmación, que comparto, puede llegarse a la conclusión de que la propia declaración de concurso como culpable es buena prueba de la mala fe del deudor. Esto es así porque la conducta que se enjuicia en nuestra actual Sección sexta es calificada de «grave», merecedora de las sanciones reguladas en el artículo 455 TRLC.

Ahora bien, el hecho de que el deudor no deba ser sancionado con un concurso culpable, no implica que sea merecedor del BEPI.

Por ello, dada la laxitud con la que trata la DRI el concepto de buena fe, es posible que el legislador español opte por aumentar el nivel de exigencia en la fase de calificación del concurso; viéndose así denegada la exoneración de pasivo insatisfecho al deudor en el momento en que la rigidez de los requisitos para obtener la calificación de un concurso fortuito no se pueda cumplir.

³⁹ Tales ejemplos se encuentran en el Considerando 79 y en el artículo 23.1 DRI.

V. ESTADO ACTUAL DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DRI

El 26 de junio de 2019 se publicó en el DOUE la Directiva (UE) 2019/1023. El documento recoge en su artículo 34 DRI que los Estados tienen hasta el 17 de julio de 2021 para adoptarla y transponerla en su ordenamiento jurídico.

Pues bien, cuando se publicó el DOUE con la presente Directiva estaba a su vez en tramitación nuestro TRLC, y parecía lógico que se incorporase a ella esta norma. Opino que era el momento y lugar adecuado.

Sin embargo, el TRLC no incorporó la Directiva 2019/1023, aunque sí que se constituyó como la base idónea para su futura transposición. Este hecho parece cuanto menos sorprendente, puesto que el propio TRLC reconoce la inevitable reforma de una norma recién aprobada.

Es más, en la Exposición de Motivos del TRLC se señala que la omisión de la transposición de la DRI es debido a la “extraordinaria dificultad” de la tarea, en relación al amplio elenco de justificaciones que dio el Consejo de Estado en el Dictamen de Justicia 1127/2019.

Las cosas se han torcido aún más desde el 14 de marzo del año pasado cuando con la declaración del Estado de Alarma, el Ejecutivo aprobaba el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

En particular, se aprobaron una serie de medidas específicas de carácter concursal con el fin de impedir que las empresas y particulares, afectados por la pandemia mundial, se vieran abocados al concurso de acreedores.

El artículo 11 RDL estableció que hasta el 31 de diciembre del año 2020, el deudor que se encontrara en insolvencia no tendría el deber de solicitar la declaración de concurso. Todo ello con el objetivo último de que estos deudores tuvieran tiempo suficiente para recuperarse económicamente.

También se recogía el supuesto en el cual fueran los acreedores los que solicitaran el concurso necesario de su deudor, durante el tiempo que durara la moratoria. Pues bien, la solución fue la obligación que tenían los jueces de no admitir la referida solicitud hasta dicho 31 de diciembre de 2020⁴⁰.

⁴⁰ Cabe recordar que el hecho de que se establezca la no obligación del deber de solicitar el concurso no significa que no se pueda acudir al concurso si el deudor considera que es la opción más conveniente.

Sin embargo, cuando cabía pensar que las cosas iban a volver a su cauce habitual, el Consejo de Ministros acordó prorrogar, hasta finales de este año 2021 la moratoria concursal.

En consecuencia, es indudable que toda esta serie de circunstancias han afectado a la transposición de la DRI, y que paso a explicar:

La DRI, en su artículo 34.2 habilita la posibilidad de que aquellos Estados miembros que *“experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva, podrán disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación previsto”*.

La única condición que impone la DRI para que la prórroga pueda surtir sus efectos es la consistente en el deber de notificación por parte de los países miembros a la Comisión. Para hacer uso de esta posibilidad, se debió enviar la notificación a más tardar el pasado 17 de enero de 2021.

Esto es lo que justamente ha hecho el Ejecutivo, ampliándose así el plazo hasta julio de 2022 para adoptar las disposiciones contenidas en la directiva europea.

Recordemos que el artículo 93 de la Constitución establece que *“corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de los Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”*.

Así mismo, si las cosas empeoraran, la CE podría solicitar al TJUE la imposición de sanciones monetarias a nuestro país de acuerdo con el artículo 260.3 del TFUE y con la EM (I) del Tratado de Lisboa.

A día de hoy, el único grupo parlamentario que ha presentado una Proposición no de Ley relativa a la transposición urgente de la DRI, ha sido VOX⁴¹.

En su proposición no de Ley⁴², publicada en el BOCG el día 16 de marzo de 2021, se recoge la preocupante situación de microempresas, pequeñas y medianas empresas (pymes) y autónomos que se están viendo afectados de una forma especial por esta crisis económica.

En este contexto, señalan, no son suficientes las normas de emergencia actuales, sino que resulta fundamental preparar un escenario «post Covid-19». Por ello, afirman que la DRI

⁴¹ Se presentó el 02/03/2021 y fue calificada el 09/03/2021.

⁴² Accesible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/ pp. 21 y ss. [Consultado el 1/05/2021].

constituye una de las fortalezas actuales del derecho de la Unión Europea para afrontar dicho escenario.

Comparto totalmente estas afirmaciones, puesto que es innegable que el objetivo fundamental de la presente DRI es la regulación de la reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones.

A pesar de lo hasta aquí expuesto, aún no se ha iniciado la tramitación de la transposición; y tampoco ningún otro grupo parlamentario se ha pronunciado al respecto. Por todo ello, como se puede observar en la página web oficial del Congreso de los Diputados⁴³, el grupo parlamentario VOX, en ejercicio de su función de control, presentó una pregunta al Gobierno con respuesta escrita⁴⁴ el pasado 17 de marzo de 2021.

En el ejercicio de este trámite se preguntaba cuándo tiene previsto el Gobierno transponer la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, al ordenamiento jurídico español.

La respuesta⁴⁵ del Ejecutivo nada tiene que ver con el objeto de la consulta realizada, ya que únicamente se limita a señalar que *“la transposición de esta Directiva va a suponer una reforma concursal profunda de carácter estructural”*. No concreta ni el momento ni la forma en que se va a llevar a cabo.

VI. CONCLUSIÓN

La regulación de la segunda oportunidad en nuestro país todavía tiene mucho que mejorar y evolucionar.

Es cierto que con la entrada en vigor del TRLC se ha reorganizado en sus artículos 486 y ss. el beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho. En concreto, con este nuevo cuerpo normativo, los requisitos exigidos para que el deudor sea considerado de buena fe, han variado sustancialmente respecto a los que se establecían en la ya derogada LC del año 2003.

Además, como se recoge en la Exposición de Motivos del TRLC, éste debe constituir *“la base idónea para una futura transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de*

⁴³ <https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas>

⁴⁴ Accesible en: https://www.congreso.es/entradap/114p/e10/e_0103063_n_000.pdf [Consultado el 12/06/2021]

⁴⁵ Accesible en: https://www.congreso.es/entradap/114p/e12/e_0120776_n_000.pdf [Consultado el 12/06/2021]

reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas”.

Por ello, la DRI es una ocasión inmejorable para que España corrija y adapte el mecanismo del BEPI a las exigencias legales y económicas que reclaman los empresarios personas físicas y los consumidores. Y, aunque la DRI únicamente obliga a los Estados miembros a ajustar su normativa respecto de la situación de los empresarios, es recomendable que también lo hagan en relación a los consumidores.

Ahora bien, el cambio que no es de libre elección para el legislador español es el relativo a la regulación del presupuesto subjetivo común para el acceso a la condonación de deudas recogido en el artículo 487 TRLC.

Primero. – Con carácter general, el TRLC valora la buena fe del deudor desde una perspectiva puramente normativa, estableciendo dos requisitos sin los cuales la admisión de la solicitud de acceso al BEPI resulta denegada.

En concreto; que el concurso no haya sido declarado culpable, y que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por determinados delitos en un plazo de diez años previos a la declaración de concurso.

Por el contrario, la DRI apuesta por la apreciación del deudor como de buena fe sobre la base de criterios valorativos. Expresamente señala que el comportamiento del deudor debe ser objeto de observación judicial en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda.

Segundo. – La DRI obliga a que todos los Estados miembros velen por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas. Por consiguiente, da cabida a los deudores de mala fe.

No obstante, se permitirá que el legislador español introduzca disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso al BEPI a estos deudores deshonestos.

Tercero. – El legislador europeo defiende la inversión general de la carga de la prueba, por la cual tendrán que ser los acreedores los que demuestren la mala fe del deudor, y no al revés como sucede actualmente en el TRLC.

Sin embargo, y de forma excepcional, la DRI permite que los Estados miembros creen sistemas en los que no se invierta dicha carga; siempre y cuando la apreciación del deudor como de buena fe se lleve a cabo bajo criterios valorativos.

Cuarto. – Los Juzgados de lo Mercantil deberían asumir la competencia de los concursos de consumidores que actualmente tienen los Juzgados de Primera Instancia, puesto que la DRI expresamente dispone que “los concursos deben ser atendidos por profesionales especializados”.

Quinto. – La transposición de la presente Directiva es de extrema urgencia por dos razones: La primera es el indudable agotamiento del plazo (17 de julio de 2022) y la segunda, el escenario económico y social «post Covid-19» al que nos vamos a enfrentar en los próximos meses.

De momento, sólo se ha presentado una Proposición no de Ley y se ha formulado una pregunta con respuesta escrita, por parte del grupo parlamentario VOX. El Ejecutivo, aunque sí se ha pronunciado, no ha sido claro en el como y cuando se va a llevar a cabo la transposición de la DRI.

Finalmente, y a modo de cierre, a la conclusión que llego después de la realización del trabajo es la siguiente:

A mi juicio, es indudable que los requisitos que se han establecido en el reciente TRLC para cumplir con el presupuesto subjetivo, quedan fuera del marco establecido por la DRI. Si bien, aunque pueden ser elementos o requisitos que el juez del concurso valore, no son imprescindibles.

De todos modos, el legislador español debe acogerse al ya comentado artículo 23.1 DRI, y establecer excepciones con el objetivo de limitar el acceso al BEPI a los deudores de mala fe. Pues como ya sabemos, un sistema demasiado permisivo con el deudor puede provocar un efecto no deseado, fomentando el sobreendeudamiento del deudor de una manera irresponsable.

Es decir, si el legislador no estableciese algunos límites, y todos los deudores fueran considerados como de buena fe, éstos contraerían obligaciones de pago continuamente, aún sabiendo que no las van a poder cumplir.

Y, por último, es necesaria la rápida transposición de la DRI a nuestro ordenamiento jurídico español. Cada día que pasa, es un día perdido ante la oportunidad que tenemos de corregir los errores que hemos venido cometiendo en lo que respecta a la segunda oportunidad o “*fresh start*” en España.

VII. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ALBENTOSA PRATS, L., «*Comentarios a la ley de mecanismo de segunda oportunidad*», Aranzadi, Pamplona, 2016.
- ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., «*Enciclopedia de derecho concursal*», 1ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- BASTANTE GRANELL, V., «*El deudor de buena fe en la Ley de Segunda oportunidad: origen, fundamento y significado*» Comares, Granada, 2016.
- BASTANTE GRANELL, V., «*Sobreendeudamiento de consumidores: estrategias para garantizar una segunda oportunidad*», 1ª edic., Bosch, Barcelona, 2019.
- BROSETA PONT, M., «*Manual de Derecho Mercantil Vol. II*», 27ª edic., Tecnos, Madrid, 2020.
- DÍAZ ECHEGARAY, J., «*Manual práctico de Derecho Concursal*», 1ª edic., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2012.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «*La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*», 2ª edic., Bosch, Valencia 2015.
- GADEA SOLER, E., «*Iniciación al estudio del derecho concursal*», 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2010.
- GARCÍA MARZ, N., «*Concurso de acreedores en personas físicas*», Tesis doctoral, Universitat de Valencia. Departamento de Derecho Mercantil, 2015.
- GÓMEZ ASENSIO, C., «*Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*», 1ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2019.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «*La segunda oportunidad, la superación de las crisis de insolvencia*», 1ª edic., Ediciones Lefebvre, Madrid, 2015.
- IGLESIA GONZÁLEZ, G., «*Análisis del acceso al mecanismo de segunda oportunidad tras la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*». Trabajo Fin de Grado, Universidad de Zaragoza, Departamento de Derecho Mercantil, 2020.
- LARGO GIL, R., y HERNÁNDEZ SAINZ, E., «*Derecho Mercantil II, vol. II: Derecho del Mercado financiero y Derecho Concursal*» 8ª edic., Kronos, Zaragoza, 2017.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «*El proceso concursal*» 1ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2012.
- MIQUEL BERENGUER, J., «*La pieza de calificaciones en el concurso de acreedores*», 1ª edic., 1ª vol., Bosch, Madrid, 2012.

- PARRA LUCÁN, M.A., «*Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*», 1ª edic., Civitas, Madrid, 2009.
- PULGAR EZQUERRA, J., «*Manual de derecho concursal*» 2ª edic., Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- PULGAR EZQUERRA, J., «*Manual de Derecho Concursal*», 1ª edic., Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- ROJO, A., y MENÉZDEZ, A., «*Lecciones de Derecho Mercantil Vol. II*», 18ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2020.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., «*El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado: en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*», Civitas, Cizur Menor, 2016.
- SENDRA ALBIÑANA, A., «*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*», 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SENENT MARTÍNEZ, S., «*Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*». Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2015.
- ZABALETA DÍAZ, M., «*El concurso del autónomo*», 1ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2018.

REVISTAS

- BENAVIDES VELASCO, P.; GUERRERO PALOMARES, S., «La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 13, 2010, Editorial Wolters Kluwer, pp. 175 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 1» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, nº. 1, 2010 pp. 27-32.
- BRENES CORTÉS, J., «Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad» *Revista Lex Mercatoria Vol. 14*, 2020. Artículo 6, pp. 46-51.
- CUENA CASAS, M., «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 125, 2012, pág. 291 y ss.

- CUENA CASAS, M., «El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», en *Anuario de derecho concursal*, nº. 37, 2016, pág. 11 y ss.
- CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español» en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº.32, 2020, pág. 6 y ss.
- CUENA CASAS, M., «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 31, 2014, pp.123-159.
- CUESTA RUTE, J.M., «Persona física y consumidor», en *Endeudamiento del Consumidor e insolvencia familiar*, Thomson Civitas, Madrid, 2009, pp. 103-115.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 760, año 2017, pp. 1127-1131.
- GÓMEZ ASENSIO, C., «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al Ordenamiento Jurídico español» en *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* n.º 12, febrero 2020, pp. 472-511.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «La Ley Concursal, en constante evolución: últimas reformas» en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, CEFI*, nº 75 mayo-agosto, 2015, pp. 25-45.
- LATORRE CHINER, N., “El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 37, Thomson Reuters, 2016, pp. 163-193.
- MARTÍN FABA, J.M., «El mecanismo de segunda oportunidad: estado de la cuestión en la jurisprudencia» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 17, 2016, pág. 135 y ss.
- MOLINA HERNÁNDEZ, C., «Las propuestas de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho» en *Anuario de Derecho concursal* nº 46, pp. 105-128.
- NAVAZO CAMPOS, A., «La insolvencia personal en el Real Decreto-Ley 1/2015: Segunda oportunidad y acuerdo extrajudicial de pagos» en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº.6, 2015, pág. 97 y ss.
- SENENT MARTÍNEZ, S., «Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 32, 1 de enero de 2020, Editorial Wolters Kluwer, pp. 167-177.

- VELA TORES, P.J., «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 3, 2005, Editorial Wolters Kluwer, pp. 89 y ss.

RECURSOS WEB

- CANDAMIO BOUTUREIRA, J.J., «El TS aclara los mecanismos de la “Segunda Oportunidad” para el deudor concursado: regulación sobre el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y requisitos del art. 178 bis 3 Ley Concursal». Accesible en: <https://www.iberley.es/revista/ts-> [Consultado el 7/05/2021].
- CASANUEVA, I., «El magistrado de lo Mercantil Sánchez Magro, sobre el texto refundido de la Ley Concursal», en *Confilegal*. Accesible en: <https://confilegal.com/20200529-el-magistrado-de-lo-mercantil-sanchez-magro-> [Consultado el 16/04/2021].
- CESE., «Dictamen sobre la Propuesta de la DRI». Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=> [Consultado el 12/04/2021].
- Comité Económico y Social Europeo (CESE) <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european> [Consultado el 12/04/2021].
- CONSEJO GENERAL ECONOMISTAS., «Propuestas desde el Consejo General de Economistas de España al borrador de Directiva de insolvencia europea». Accesible en: (<https://www.economistas.es/Contenido/>) [Consultado el 22/03/2021].
- CUENA CASAS, M., «Hacia un nuevo régimen de segunda oportunidad para el empresario insolvente» en el blog Hay Derecho, 7 de julio de 2019. Accesible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/07/> [Consultado el 24/03/2021].
- CUENA CASAS, M., «Hacia un nuevo régimen de segunda oportunidad para el empresario insolvente» en el blog *Hay Derecho*. Accesible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/07/hacia-un-nuevo-regimen-de-segunda-> [Consultado el 5/04/2021].
- CUENA CASAS, M., «Segunda oportunidad y crédito público» en el Blog Hay Derecho. Accesible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/29> [Consultado el 3/04/2021].
- DOUE C 209 de 30 de junio de 2017 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:209:FULL&from=CS> [Consultado el 12/04/2021].

- EUROPAPRESS, «El Consejo General de Economistas pide reformas en la legislación de concursos, que cayeron un 3,1% en 2018» Accesible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20190> [Consultado el 23/03/2021].
- EUROPEAN COMMISSION., «Study on a new approach to business failure and insolvency». Accesible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3eb2f832-47f3-11e6-> [Consultado el 15/03/2021].
- GARCÍA ADÁN, R., «Breves notas sobre la Directiva 2019/1023 y sus novedades en materia de reestructuración y exoneración de deuda». Accesible en: <https://www.lealtadis.es/reestructuracion> [Consultado el 22/03/2021].
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)». Accesible en: <https://almacendederecho.org/la-propuesta-directiva-> [Consultado el 22/03/2021].
- HARO, I., «El Gobierno quiere prorrogar la directiva europea que obliga a hacer quitas en las deudas con Hacienda y Seguridad Social». Accesible en: <https://www.autonomosyempreendedor.es/articulo> [Consultado el 1/05/2021].
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, <https://www.ine.es/index.htm> [Consultado el 9/05/2021]
- LAGARES, R., «Urgencia y oportunidad de la transposición de la Directiva 2019/1023». Accesible en: <https://www.eleconomista.es/opinion-legal/noticias/> [Consultado el 22/03/2021].
- MARTÍN FABRA, J., «Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia número 50 de Barcelona unifican criterios interpretativos en relación a la aplicación del artículo 178 bis de la ley concursal», en el blog *UCLM*. Accesible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/07/Los-jueces-de-lo-Mercantil-y> [Consultado el 16/04/2021].
- PAUNERO&JERÓNIMO ABOGADOS., «Imposibilidad de nombramiento de mediador concursal en el procedimiento de Ley de Segunda Oportunidad». Accesible en: <https://www.paunerojeronimo.es/imposibilidad-de-nom> [Consultado el 7/05/2021].
- PLANA PALUZIE, A., «Recomendación de la Comisión sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial» Accesible en: <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2014/04> [Consultado el 21/03/2021].
- ROJAS I GRAELL, J., «Clasificación del concurso» en VLEX-253379. Accesible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/> [Consultado el 21/04/2021].

- RUIZ MANTILLA, B., «Ley Segunda Oportunidad: Gestiones a realizar por el Juzgado», Accesible en: <https://www.diariojuridico.com/ley-segunda-oportunidad-gestiones-realizar-juzgado/> [Consultado el 16/04/2021].
- VON DER LEYEN, U., «Orientaciones políticas para la próxima comisión europea 2019-2024». Accesible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf [Consultado el 10/06/2021].

LEGISLACIÓN

Legislación nacional:

- Dictamen 1127/2019 del Consejo de Estado relativo al Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE de 28 de febrero de 2015).
- Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE de 7 de mayo de 2020).
- BOGC. Congreso de los Diputados Núm. D-240 de 16/03/2021.
- BOGC. Congreso de los Diputados Núm. D-255 de 12/04/2021.

Legislación comunitaria:

- COM (2020) 103 final “Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital”.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y [...]». 2016/0359 (COD) (2017/C 209/04), pág. 23.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo «Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial» [COM(2012) 742 final].
- 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 medidas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. (DOUE de 22 de noviembre de 2016).

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. (DOUE de 22 de noviembre de 2016).
- Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (DOUE de 14 de marzo de 2014).