

1.7. Concursal

La segunda oportunidad para los empresarios en el marco del nuevo régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho¹

The second start for entrepreneurs under the new debts discharge system

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ

Prof. Permanente Laboral

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En este estudio se delimita qué empresarios tienen acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho a partir de lo previsto en el art. 486 del TRLC tras la Reforma de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, así como los itinerarios que pueden seguir para conseguirlo. Se traen a colación aportaciones recientes de la jurisprudencia menor.

ABSTRACT: *The study defines which entrepreneurs have access to the discharge of debt under provisions of art. 486 of the TRLC after the Reform of Law 16/2022 of 5 September, as well as the routes that can be followed to achieve this. Recent contributions of minor jurisprudence are brought up.*

PALABRAS CLAVE: segunda oportunidad, personas naturales, empresarios, deudor de buena fe, concurso de acreedores

KEYWORDS: *discharge, second chance, natural person, entrepreneurs, good faith debtor, bankruptcy, insolvency proceeding*

SUMARIO: I. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (EPI): ART. 486 TRLC. II. DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN (SUBJETIVO): II.1. DEUDOR PERSONA NATURAL, EMPRESARIOS O NO. II.2. EN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PREVISTOS EN EL TRLC. II. 3. SIEMPRE QUE LO SEAN DE BUENA FE: SUSTITUCIÓN DE UN SISTEMA DE EPI BASADO EN LA CAPACIDAD DE PAGO POR UN SISTEMA DE MÉRITO. III. ITINERARIOS DE EPI: CON SUJECIÓN A UN PLAN DE PAGOS O CON LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA. III.1. CON SUJECIÓN A UN PLAN DE PAGOS. III.2. CON LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA (EXONERACIÓN DIRECTA). IV. ESPECIALIDADES EN LA EXONERACIÓN DEL PASIVO

INSATISFECHO DE LOS DEUDORES MICROEMPRESAS. V. CONCLUSIONES.
VI. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (EPI): ART. 486 TRLC.

Nadie está exento de un fracaso empresarial o de la mala suerte, pero si puede estar en mejores o peores condiciones de remontar según cómo sean de gravosas las consecuencias del infortunio. Si lo que fracasa es un tipo de empresa que representa más del 90% del tejido empresarial de un país —así las micro, pequeñas y medianas empresas en el mercado español²—, junto a la tutela de los intereses privados afectados, emerge un interés público en evitar todo lo antes que se pueda la insolvencia o, no pudiéndolo, en limitar sus efectos negativos, entre otros medios, a través de la exoneración de las deudas. Con este fin, el principal objetivo de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) es garantizar que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras, por un lado, tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar con su actividad y, por otro, que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad³. A efectos de llevar a cabo la transposición de esta Directiva, y atendiendo a los citados objetivos, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma al Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante la Reforma al TRLC 2022), ha introducido en el ordenamiento jurídico español los denominados planes de reestructuración —conformando un nuevo libro segundo— y ha configurado un nuevo procedimiento de segunda oportunidad, que amplía la relación de deudas exonerables e incorpora la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales⁴.

Dejando a un lado los planes de reestructuración, este trabajo tiene por objeto delimitar a partir del art. 486 del TRLC qué empresarios tienen acceso a esta segunda oportunidad, *discharge, second start o fresh start* en el ordenamiento jurídico español, y qué itinerarios tienen para conseguirlo, trayendo a colación algunas resoluciones recientes de la jurisprudencia menor.

II. DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN (SUBJETIVO).

Antes de precisar los sujetos legitimados a solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, cabe advertir que la Reforma al TRLC de 2022 ha modificado la rúbrica de la institución, prescindiendo del término “beneficio” y aludiendo directamente a la “exoneración del pasivo insatisfecho”. La supresión del término ha

sido entendida como un verdadero cambio de paradigma a la hora de interpretar la nueva regulación de la EPI, que pasaría a concebirse como un verdadero derecho del deudor con las siguientes implicaciones: interpretación restrictiva de las excepciones e inversión de la carga probatoria, resultando los acreedores obligados a probar los hechos impeditivos, y no el deudor su derecho a la exoneración⁵. Acoge esta concepción la SJMer nº 1 de Murcia nº 53/2023 de 23 de junio⁶.

II.1. “DEUDOR PERSONA NATURAL, EMPRESARIOS O NO”.

Conforme el art. 486 TRLC tienen derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho quienes sean deudores personas naturales, empresarios o no, según los términos y condiciones establecidos en el propio TRLC, y siempre que lo sean de buena fe.

Como se ve, en primer lugar, el legislador español ha optado por considerar a la persona natural como destinataria de la regulación de la EPI, disponiendo, por tanto, el mismo procedimiento de exoneración de deudas para empresarios y consumidores. Hay que subrayar que el art. 20 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia dice que “los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas”, recomendando su aplicación también a los consumidores, en el plazo más breve posible, atendiendo a “que a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario derivadas de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y aquellas en que haya incurrido fuera del marco de esas actividades”. (Considerando 21 de la Directiva)⁷. En el régimen anterior, el legislador español ya había centrado su atención en la persona natural, tanto en la redacción originaria del art. 486 TRLC, como en el art. 178 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) añadido por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (posteriormente tramitado como proyecto de ley y dando lugar a la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social), así como también en el art. 178 de la LC reformado por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internalización, que introdujo en el ordenamiento jurídico español la exoneración de deudas⁸.

El enfoque en la persona natural, empresaria o no, ha sido valorado positivamente por la doctrina¹⁰, y se ha venido defendiendo también desde de instituciones internacionales¹¹. Pero también, por otro lado, atendiendo al volumen actual de entrada de los procedimientos concursales de consumidores, y a las pocas solicitudes de concursos que respondan a proyectos empresariales fracasados, se ha cuestionado si realmente se está cumpliendo con el objetivo de la EPI, esta es, la recuperación del concursado para la vida económica, con el propósito de permitirle volver a emprender, sacando enseñanza de la crisis sufrida¹².

A consecuencia de esta primera delimitación del legislador, las personas jurídicas no podrán obtener la exoneración del pasivo insatisfecho a través de este mecanismo. No obstante, el deudor persona jurídica podrá, cumpliendo los requisitos legales, reducir su pasivo pendiente a través de un plan de reestructuración o

un convenio concursal, o un plan de continuación si el deudor fuese una microempresa en los términos previstos por el art. 685 del libro III del TRLC¹³. En estos casos, si el deudor no consigue convencionalmente la reducción del pasivo, se verá abocado a la liquidación. Finalizada la liquidación, y tratándose de personas jurídicas, en la resolución que acuerda la conclusión del concurso por tal motivo, el juez ordena el cierre provisional de la hoja abierta a esa persona jurídica en el registro público en el que figure inscrita (art. 485. 1 TRLC). Transcurrido un año desde que se hubiera acordado el citado cierre provisional sin que se haya producido la reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes (art. 505 TRLC, en cuyo caso habrá que liquidarlos y pagar las deudas insatisfechas en el concurso previamente concluido), el registrador procederá a la cancelación de la inscripción de la persona jurídica, con cierre definitivo de la hoja y extinción de las deudas pendientes¹⁴.

A pesar de esta exclusión legal de las personas jurídicas del régimen jurídico de la EPI, la segunda oportunidad que se les concede a las personas naturales por esta vía, de alguna manera incide en la creación y/o mantenimiento de las pymes y microempresas personas jurídicas, en tanto, la financiación de esta actividad empresarial resulte o esté condicionada por una garantía otorgada por una persona natural¹⁵.

Pues bien, a la luz de este primer requisito del art. 486 TRLC cabe preguntarse qué empresarios podrían cumplir con el mismo. Atendiendo a su condición jurídica y a su tamaño —conforme las estadísticas recientemente publicadas¹⁶— podrían cumplirlo las pymes sin asalariados (autónomos), y las pymes con asalariados pequeñas y microempresas¹⁷. De hecho, son sobre todo los autónomos quienes más han accedido al concurso de acreedores fundamentalmente por la búsqueda de la segunda oportunidad¹⁸.

II.2. EN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PREVISTOS EN EL TRLC.

Además de “deudor persona natural”, el art. 486 del TRLC exige el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho en “los términos y condiciones establecidos en esta Ley”. El legislador vincula la EPI a la normativa concursal de tal manera que sólo podrán aspirar a él las pymes insolventes en el marco del concurso de acreedores, y las microempresas insolventes en el ámbito del procedimiento especial del Libro III del TRLC. La insolvencia, bien inminente o actual, en el concurso de acreedores, o también probable en el ámbito del procedimiento especial para microempresas, es un presupuesto ineludible en la solicitud de la exoneración, fuera de la cual está denegado el acceso. En la práctica, la conexión de la EPI con el presupuesto de la insolvencia, explica lo señalado respecto al incremento del número de concursos de acreedores de personas físicas (autónomos), especialmente a lo largo de los últimos dos años¹⁹. En el plano teórico, la concesión de la EPI en el marco del concurso o del procedimiento especial para microempresas ante una autoridad judicial, ofrece mayores garantías de protección a los derechos e intereses de los acreedores.

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia habilitaba a los estados legisladores nacionales a ofrecer la EPI también al deudor “sobreendeudado”, re-

mitiendo al derecho nacional la definición del concepto de insolvencia, pudiendo adoptar la forma de un “sobreendeudamiento” (considerando 1 y 73). El preámbulo de la Ley 16/2022 establece que “dada la singularidad que todo mecanismo de segunda oportunidad supone en cualquier sistema legal que, como el nuestro, consagra la responsabilidad del deudor con todos sus bienes y futuros para la satisfacción de sus deudas, se ha considerado oportuno seguir brindando la segunda oportunidad solo al deudor insolvente, sin extenderlo a deudores apenas aquejados, de momento, de sobreendeudamiento”. El sobreendeudamiento, por tanto, no es relevante a efectos de acceder a la EPI, pero podría serlo en sede de calificación del concurso, así si mediando dolo o culpa grave del deudor, el sobreendeudamiento hubiese generado o agravado su estado de insolvencia (cfr. art. 442 TRLC). Esto causaría una excepción al acceso a la exoneración conforme el art. 487. 1. 3²⁰. A esta conclusión llega la AP de León (Sección 1^a), sentencia núm. 545/2023 de 25 de septiembre —confirmando la resolución de la primera instancia— en un caso en el que se le atribuye a la deudora persona física concursada culpabilidad en el sobreendeudamiento —por acumulación de préstamos— que desencadena la situación de insolvencia, y que no se acredita en una causa justificada, todo lo cual la sitúa —a la concursada— en el supuesto genérico de calificación culpable del art. 442 TRLC. Precisa esta AP que “la posibilidad de exoneración por sobreendeudamiento no condiciona la calificación del concurso”; todo lo contrario: esta posibilidad está condicionada a la calificación del concurso²¹. Por el contrario, en otro caso, la SJMer nº 4 de Alicante núm. 274/2023 de 5 de septiembre, tras exponer la evolución del régimen de la exoneración de deudas en el ordenamiento jurídico español, ha rechazado la oposición de una entidad financiera a la concesión de la EPI basada en la excepción prevista en el art. 487. 1. 6 que alude el comportamiento temerario o negligente de la concursada al tiempo de contraer el endeudamiento, al margen de una causa sobrevenida e imprevisible (conforme el citado artículo y numeral esta circunstancia es oponible “incluso sin que ello haya merecido sentencia de calificación del concurso como culpable”) por entender, a partir de la valoración de lo previsto en las letras a), b) y c) del citado numeral 6, que el comportamiento financiero de la concursada, “más que temerario o negligente, fue desesperado y claramente inducido por su situación personal”²², desestimando la aplicación de la excepción alegada.

Con estos antecedentes, cabe insistir en que la EPI está pensada para resolver los casos por insolvencia con causa en circunstancias imprevisibles o, las que siéndolo, son inevitables, excluyéndose un sobreendeudamiento activo del deudor en tanto podría poner en cuestión su buena fe²³.

II.3. SIEMPRE QUE LO SEAN DE BUENA FE: SUSTITUCIÓN DE UN SISTEMA DE EPI BASADO EN LA CAPACIDAD DE PAGO POR UN SISTEMA DE MÉRITO.

El preámbulo de la Ley 16/2022 de Reforma al TRLC advierte que uno de los cambios más drásticos de la nueva normativa respecto al Derecho vigente es que se pasa de una EPI condicionada a la satisfacción de un determinado tipo de deudas (las deudas contra la masa y privilegiadas, e incluso un porcentaje de las ordinarias si el deudor no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo:

art. 488 TRLC anterior a la Ley 16/2022), a un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas consideradas por la ley no exonerables (art. 489 TRLC. Extensión de la exoneración)²⁴, a condición de que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta el instituto. La buena fe del deudor sigue siendo —en palabras del citado preámbulo— una pieza angular en el instituto, y es puerta ineludible de acceso a la exoneración²⁵. Y ello es así porque no es sino la buena fe la que concilia el derecho de los deudores a la exoneración con el recorte del derecho de crédito de los acreedores, evitando situaciones de riesgo moral, que podrían incentivar el incumplimiento de las obligaciones, si bien, tal como se verá, esto no es siempre fácil de conseguir, ni excluye del todo conductas oportunistas de los deudores²⁶. Y es que, en última instancia, no es fácil diseñar un modelo de control de la conducta del deudor²⁷.

En esta ocasión el legislador español ha delimitado normativamente la buena fe —al menos es lo que explica en el Preámbulo a la Reforma del TRLC 2022— en línea con las recomendaciones de los organismos internacionales, aunque de manera negativa, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente a modo de *numerus clausus* en el art. 487 TRLC y que excepcionan el acceso a la exoneración. Se ha señalado que, indirectamente, habría que incluir también en la relación de conductas que obstan el acceso a la EPI el art. 493.1.1 TRLCJ porque permite su revocación en caso de ocultación de bienes o ingresos²⁸. Esto implicaría adelantar el análisis de esta causa de revocación al momento de la concesión, pudiéndose realizar también con posterioridad, como motivo de revocación a la EPI concedida. Como se ve, el legislador exige al deudor buena fe para entrar en el sistema y para mantenerse en él, sin delimitarla “positivamente”, debiéndose presumir *iuris tantum* con carácter general —así lo ha señalado recientemente la SJMer núm. 1 de Murcia núm. 53/2023 de 23 de junio²⁹— a menos que se pruebe que la conducta del deudor encaja en algunos de los supuestos de excepción³⁰, bien en la solicitud, bien *a posteriori*³¹.

Junto a lo anterior, se han eliminado de los requisitos para poder gozar de la exoneración consistentes en que el deudor no haya rechazado una oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración del concurso (art. 493. 1 TRLC redacción original), así como haber celebrado, o al menos haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 488 TRLC redacción original). En relación con esta delimitación normativa de la buena fe, se ha observado que el art. 486 TRLC es el único que alude a ella con tal terminología, enumerándose luego una serie de excepciones que obstan el acceso a la EPI y, que, a menos que se entienda que la buena fe del deudor deriva a *contrario sensu* de estas excepciones —es lo que parece que se viene a decir en el Preámbulo a la Ley 16/2022— no cabría estrictamente afirmar que el legislador ha realizado una delimitación normativa de la buena fe³². En cualquier caso, como en la legislación anterior, la buena fe en el derecho concursal y más específicamente en el trámite de exoneración del pasivo insatisfecho, no se vincula al concepto general del art. 7.1 del C.C. —conforme lo ha confirmado la STS de 2 de julio de 2019—³³, estando ligada en el régimen actual a la inexistencia de las circunstancias impeditivas, cuya acreditación corresponde a los acreedores (Auto JMer núm. 2 Santander de 6 de noviembre de 2023), sin perjuicio de que el propio deudor en la solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa deba manifestar que no se haya incurso en ninguna

de estas circunstancias (art. 501.3 TRLC) y de que el juez deba verificar de oficio —*test the discharge*— la concurrencia de los requisitos para la exoneración (art. 502 TRLC). Como se ve, tratándose de hechos negativos, el legislador exige “la manifestación”, pero no la prueba del deudor. No obstante, la doctrina recomienda que el deudor aporte pruebas favorables a su EPI, así, por ejemplo, un certificado de antecedentes penales³⁴.

Pues bien, conforme la exposición de motivos de la Ley, y entendiendo que la buena fe del deudor se deriva a *contrario sensu* de las circunstancias previstas en el art. 487 del TRLC, el modelo adoptado por el legislador nacional para la valoración de la buena fe es “normativo”³⁵. Sin embargo, de la lectura de estas circunstancias impeditivas puede decirse que el legislador no ha prescindido del todo de la valoración judicial en base a unos criterios objetivos. Nos estamos refiriendo a la prevista en el art. 487.1.6 TRLC que contempla que el deudor haya proporcionado información falsa o engañosa o se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones, incluso sin que ello haya merecido sentencia de calificación del concurso como culpable, y que deberá ser valorada por el juez conforme los criterios objetivos previstos en el precepto. Como se ve el apartado introduce un concepto valorativo de la buena fe, otorgando cierto margen de maniobra al juez en situaciones en las que, si bien el deudor no es un delincuente, ni actúa en el marco del dolo o la culpa grave propio del concurso, tampoco parece que es un deudor de buena fe³⁶. Ahora bien, el margen de maniobra del juez para valorar esta situación está acotado a lo previsto en las letras a), b), c) y d) del precepto. Respecto a este acotamiento, se ha señalado que, si bien no es dañino, podría llegar a serlo si se interpreta como una relación cerrada o *numeris clausus*³⁷. En nuestra opinión no puede descartarse esta interpretación más restrictiva porque el texto de la ley es bastante taxativo al ordenar que el juez “para determinar la concurrencia de estas circunstancias deberá valorar”, omitiendo expresiones que sugieran más alternativas, así, “entre otras”, o “en particular”³⁸.

Así las cosas, cabe interpretar que la buena fe del deudor tras la Reforma al TRLC será evaluada bajo un modelo preponderantemente normativo, con tasadas concesiones legales a favor de la valoración judicial. Es un modelo muy estricto para el deudor y está bien que sea así, para evitar alterar la cultura de pago. Además, debe tenerse en cuenta que para acceder a la EPI el régimen no impone ya la satisfacción de un mínimo de deudas, por lo que resulta oportuna una mayor y mejor valoración de la conducta del deudor, conforme a parámetros objetivos previstos normativamente —por exclusión o a *contrario sensu*— pero también, en algunos casos, sujeta a la apreciación judicial de circunstancias concretas. El rigor del sistema, al menos en este punto de acceso al proceso³⁹, se observa frente a la legislación anterior, e implica un recorte en las expectativas de algunos deudores que acuden al concurso con la exclusiva finalidad de la exoneración⁴⁰. En efecto, se han ampliado los supuestos que excepcionan la obtención de la EPI⁴¹, y, en algún caso, sin una clara relación con los fines de la institución, así, conforme al art. 487.1.2 TRLC respecto a quienes en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de

responsabilidad o, en el caso de infracciones graves, cuando la sanción excede del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (esto es, que excede de 5.000 euros, por su remisión al art. 489.1. 5º), salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad⁴². En este impedimento el Anteproyecto exigía además una actuación dolosa del deudor y lo limitaba a infracciones muy graves, pero como se ve el texto definitivo prescinde de esta actuación dolosa y, bajo ciertos límites, se aplica también a las infracciones graves. Este supuesto de hecho de la norma ha sido objeto de crítica porque podría excluir de la EPI a los empresarios firmantes de actas en conformidad por razones de conveniencia (para evitar males mayores) en situaciones en las que el ilícito es cuestionable o inexistente⁴³. Pueden citarse algunas resoluciones que aplican este supuesto de excepción, así: SJMer núm. 4 de Barcelona núm. 78/2023 de 18 de julio que desestima la petición de exoneración por haberse satisfecho la responsabilidad después de haber solicitado la EPI; SJMer núm. 3 de Barcelona núm. 90/2023 de 28 de julio y SJMer núm. 13 de Madrid núm. 78/2023 de 28 de septiembre que desestiman la exoneración frente a la existencia de infracciones tributarias graves que superan la cuantía susceptible de exoneración (art. 487.1. 2 segundo párrafo TRLC).

Por lo demás, y pese a esta restricción de acceso al proceso, es inevitable que por no encontrarse en ninguno de los supuestos legalmente previstos en el art. 487 TRLC, accedan a la EPI deudores que no se hayan comportado en la generación de la insolvencia de la manera más recta, e incluso hayan perjudicado deliberadamente los intereses de sus acreedores⁴⁴. Ningún sistema es perfecto. Debe subrayarse que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia autorizaba a los Estados miembros a conceder la EPI al deudor deshonesto o de mala fe, si bien bajo plazos más largos de exoneración (cfr. considerando núm. 8 y art. 23). Por ello, pese a que la solución del legislador español no excluya del todo conductas oportunistas de los deudores, en cualquier caso, resulta una solución más estricta que la contemplada en la cita Directiva⁴⁵.

III. ITINERARIOS PARA OBTENER DE EPI: CON SUJECIÓN A UN PLAN DE PAGOS O CON LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA.

Otro de los hitos de la Reforma al TRLC de 2022 en este ámbito es que la realización de los bienes del deudor no es *conditio sine qua non* para acceder a la EPI, pudiendo el deudor proponer un plan de pagos del que resulte la exoneración sin haber liquidado previamente sus bienes.

Como se sabe, antes de esta Reforma era consustancial a la exoneración la liquidación del patrimonio del deudor (art. 486 TRLC redacción original). Tras esta liquidación había dos modalidades de *discharge*, no opcionales para el deudor, según el grado de satisfacción de los créditos obtenido con ella: el régimen general con el que obtenía la exoneración definitiva, si había abonado los créditos privilegiados, contra la masa, y el 25 % de los créditos ordinarios sólo si no había intentado el acuerdo extrajudicial de pagos pudiéndolo hacer; o, subsidiariamente, el régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos si no

había conseguido satisfacer el umbral mínimo de pasivo (cfr. art. 493 TRLC redacción original), y con el que se comprometía a abonar los créditos no exonerables y la parte no exonerada de los créditos exonerables, convirtiéndose la exoneración provisional en definitiva tras el plazo fijado en el plan de hasta cinco años, y no se hubiese revocado el BEPI.

Pues bien, el sistema vigente ofrece al deudor “la facultad” de elegir entre dos alternativas (art. 486 TRLC)⁴⁶: con sujeción a un plan de pagos, sin previa liquidación de la masa activa, o con liquidación de esta masa si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa.

III.1. CON SUJECIÓN A UN PLAN DE PAGOS.

Esta modalidad, como se ha señalado, no exige la realización de la masa activa, ni siquiera la de aquellos bienes no necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor durante el plan de pagos, aunque estos últimos pueden ser objeto de cesión en pago (art. 496.2 TRLC). El hecho de que por esta vía se evite la liquidación del patrimonio, con todo lo que ello implica en las perspectivas de desarrollo de la actividad empresarial, desde luego es un gran incentivo para las pymes a acudir al concurso, tan pronto como adviertan la imposibilidad de reestructurar el pasivo preconcursalmente, y antes de que su patrimonio se haya deteriorado irreversiblemente⁴⁷. Además, esta desconexión con la liquidación, permitiría relacionar esta vía de acceso a la EPI con el convenio, el plan de reestructuración, o el procedimiento especial de continuación del libro III del TRLC —a través de los cuales el deudor consigue también cierta exoneración de su pasivo— aunque con la diferencia de que el plan de pagos no está sujeta a la aprobación de los acreedores, que solo podrán realizar alegaciones previas y la impugnación es posterior a la aprobación del plan de pagos y a la concesión de la exoneración⁴⁸.

El deudor podrá presentar esta solicitud de exoneración en cualquier momento del procedimiento antes de que el juez acuerde la liquidación de la masa activa, debiendo aceptar en la solicitud que la concesión de la exoneración se haga constar en el Registro Público Concursal (art. 495. 1 TRLC). Esto implica que, si se ha abierto la fase de liquidación deberá procederse a la realización de todos los activos, y posteriormente el deudor podrá pedir la exoneración definitiva vía arts. 501 y 502 del TRLC. La literalidad de la norma parece no excluir la exoneración mediante plan de pagos cuando concurre causa legal de apertura de la fase de liquidación, mientras el juez no la hubiese accordado⁴⁹.

El plan de pagos se extenderá a la parte del pasivo exonerable que conforme el plan va a quedar insatisfecha y su duración será, con carácter general, de tres años —siguiendo la orientación del art. 21 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia— pudiendo prolongarse a cinco si concurren determinadas circunstancias [cuando no se realiza la vivienda habitual o en los planes de pagos de prestaciones variables (evolución de la renta y recursos disponibles del deudor) art. 497 TRLC].

El contenido del plan de pagos deberá estar acomodado a las condiciones de renta e ingresos previsibles del deudor durante su plazo —debe tratarse de una

propuesta objetivamente viable de pagar los créditos que podrían exonerarse— y no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor (art. 496. 2 TRLC). Una vez presentado por el deudor, el letrado de la administración dará traslado de la propuesta a los acreedores personados, a fin de que, dentro del plazo de diez días, aleguen cuanto estimen oportuno en relación con la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para la exoneración o respecto a la propuesta del plan de pagos presentada, pudiendo estos proponer medidas limitativas o prohibitivas de los derechos de administración o disposición del deudor, durante el plan de pagos.

Existen o no alegaciones, y con independencia de su contenido, transcurrido el plazo, el juez, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley, del contenido del plan de pagos, y de las posibilidades objetivas de que pueda ser cumplido, denegará o concederá la exoneración provisional mediante auto, y si la concede con la aprobación del plan de pagos en los términos de la propuesta, o con las modificaciones que estime oportunas, consten o no en las alegaciones de los acreedores (art. 498. 2. TRLC.). Como se ve, el juez se pronunciará sobre el contenido del plan sin verse condicionado ni por la propuesta del deudor, ni por las alegaciones de los acreedores⁵⁰. Concedida la exoneración provisional y aprobado el plan, se otorga a los acreedores una nueva posibilidad de cuestionarla a través de la impugnación del plan de pagos (art. 498 bis TRLC). Si bien las causas de impugnación están tasadas en la ley, se ha planteado sino comportan una suerte de consentimiento encubierto de los acreedores, infringiendo la Directiva sobre reestructuración e insolvencia —considerando nº 74: “La presente Directiva no debe obligar a que el plan de pagos sea apoyado por una mayoría de acreedores—, descartándose que ello sea así por estar todas las causas ligadas a circunstancias objetivas, ajenas a la mera voluntad de apoyar o no el plan, salvo la prevista en el art 498 bis⁵¹. En efecto, la causa de esta última es la mera oposición por parte de los acreedores que representen más del ochenta por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan, que el juez, no obstante, puede obviar atendiendo a las particulares circunstancias del caso, imponiendo el plan, pero si no lo hace, se impondrá la voluntad de los acreedores.

Desde la eficacia de la exoneración provisional cesan todos los efectos de la declaración del concurso, que serán sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio plan de pagos. La exoneración definitiva no hay que solicitarla, sino que se produce automáticamente por el transcurso del plazo siempre que no se haya ejercitado acción de revocación (art. 500.1 TRLC). La opción del deudor es reversible: el deudor que haya obtenido la exoneración provisional, pero no pueda obtener la definitiva (debido por ejemplo al incumplimiento del plan) podrá obtener la EPI mediante liquidación de la masa activa (art. 500 bis TRLC). Y también, si se hubiese revocado la exoneración provisional (art. 493 TRLC⁵²) el deudor podrá igualmente solicitar la EPI con liquidación de la masa activa.

Por último, hay que señalar que el legislador español, acogiendo lo previsto en el Considerando 74 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia (“Los Estados miembros deben poder permitir la posibilidad de ajustar las obligaciones de reembolso de los empresarios insolventes cuando se produzca un cambio im-

portante en su situación financiera, con independencia de que sea una mejora o un deterioro".) autoriza tras la eficacia de la exoneración provisional, solicitar al juez una modificación del plan de pagos, tanto al deudor como a los acreedores afectados por la exoneración, ante una alteración significativa de la situación económica del deudor.

III.2. CON LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA (EXONERACIÓN DIRECTA)

En esta modalidad la exoneración opera de forma inmediata, sin sometimiento a plazo de espera (como si permite el art. 21.1 b) de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia), a solicitud del deudor, admitiéndose únicamente como motivo de oposición —de los acreedores y de la administración concursal, conforme el art. 502.2 TRLC— la falta de alguno de los *presupuestos y requisitos legales* exigidos para la EPI⁵³. Prevé por su parte el art. 502.1 que, si la administración concursal y los acreedores personados mostraren conformidad o no se opusieran a ella dentro del plazo legal, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los *presupuestos y requisitos* establecidos en el TRLC⁵⁴, concederá la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso. Nótese que el legislador, se refiere a la falta de alguno de los *presupuestos y requisitos legales* como motivos de oposición, y remite a ellos la verificación del juez, cuando en la regulación vigente tras la Ley 16/2022 no existen presupuestos y requisitos para el acceso a la EPI (pago de umbral mínimo, previo intento de un acuerdo extrajudicial de pagos), por lo que la expresión debe entenderse referida al control de las excepciones y prohibiciones para el acceso a la EPI de los arts. 487 y 488 TRLC, respectivamente. Así, el Auto JMer núm. 2 Santander de 6 de noviembre de 2023.

A pesar de la rúbrica del art. 501 TRLC "Solicitud de la exoneración tras la liquidación de la masa activa", este itinerario no se abre sólo cuando se han realizado los bienes en la fase de liquidación, sino también en el caso de concurso sin masa (art. 37 bis a 37 quinquies TRLC, y art. 501.1 TRLC)⁵⁵, y en el caso de concurso con masa en los que resulte la insuficiencia de esa masa, actual o sobrevenida, para satisfacer los créditos contra la masa (art. 501.2 TRLC). Por tanto, lo determinante para que se abra esta vía, no parece ser que haya habido o no liquidación, sino que el deudor conserve o no bienes o derechos con cuya realización podrían haberse satisfecho los créditos sin privilegio especial⁵⁶.

IV. ESPECIALIDADES EN LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO DE LOS DEUDORES MICROEMPRESAS.

Si el deudor, persona natural o jurídica, fuese una microempresa que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional⁵⁷, en los términos previstos en el art. 685 TRLC, estando en insolvencia actual, inminente o probable, deberá someterse exclusivamente al procedimiento especial previsto en el libro III del TRLC, pudiendo en este optar por un procedimiento de continuación o de liquidación⁵⁸. En una y otra opción, siendo deudor persona natural, expresamente el

legislador establece que podrán aspirar a la exoneración del pasivo insatisfecho conforme lo establecido en el libro primero, así, ante la frustración del plan de continuación (art. 700 TRLC), y una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente (art. 715 TRLC), respectivamente. La coordinación entre las normas que regulan ambos procedimientos de insolvencia (el ordinario y el especial) con el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho nos sugiere las siguientes reflexiones.

A diferencia de las pymes, y de los empresarios autónomos que no reúnan los requisitos del art. 685 TRLC, las microempresas podrían acceder a la EPI encontrándose en probabilidad de insolvencia (art. 686 TRLC).

El libro III no aclara si la petición del deudor y el régimen de traslados a los acreedores y a la administración concursal, en su caso, se realizan por el letrado de la administración de justicia, conforme el régimen general, o si se formalizarán mediante los modelos normalizados y la tramitación conforme al régimen de traslados específicos del libro III⁵⁹.

El fracaso del plan de continuación determina la apertura de la liquidación (por falta de aprobación, rechazo de la homologación por el juez, estimación de la impugnación de la homologación o su incumplimiento, art. 699 bis, 699 ter TRLC.) lo que podría privar al deudor de acceder a la exoneración provisional sometida a plan de pagos, debido a que, el régimen general exige su presentación antes de que el juez acuerde la liquidación de la masa activa, art. 495. 2 TRLC. Para evitar este recorte en los derechos del deudor microempresa, debería permitirsele añadir a la solicitud de apertura del procedimiento especial la petición subsidiaria de evitar la liquidación y de someterse al plan de pagos que proponga⁶⁰.

En el procedimiento especial la sección de calificación sólo se abre si se acuerda la liquidación del patrimonio del deudor (art. 716 TRLC. Calificación abreviada). Hay que recordar que el concurso culpable destruye la buena fe del deudor. Una microempresa podría eludir la liquidación y con ello una eventual calificación culpable, solicitando la exoneración provisional mediante plan de pagos. En estos casos, la valoración judicial de las circunstancias previstas en el art. 487.1 6º TRLC es esencial para evitar que un deudor microempresa deshonesto acceda a la EPI⁶¹.

El momento para presentar la solicitud de la exoneración por liquidación, dependerá de distintos escenarios en los que se pueda encontrar la microempresa. Si no se ha designado administrador concursal (no es preceptivo) el propio deudor podría solicitar la exoneración en el informe final de liquidación, pudiendo los acreedores formular oposición en el plazo de 10 días. Si se ha designado administrador concursal y concluyen las operaciones de liquidación dentro del plazo legal, el deudor podrá solicitar la exoneración dentro de los 10 días siguientes a la presentación del informe final por parte del administrador concursal. Si en uno u otro caso no se han podido liquidar los bienes en el plazo legal, las normas del procedimiento especial autorizan a que se sigan realizando pagos a través de la plataforma electrónica, a pesar de la conclusión del procedimiento. En este caso, resulta muy complicado coordinar estas normas con el régimen general de la exoneración total, porque hay que vincularla a la finalización “indefinida” de la liquidación gestionada por la plataforma.

V. CONCLUSIONES.

- I. Por aplicación del art. 486 del TRLC y atendiendo al tejido empresarial español —según las recientes estadísticas publicadas— tienen derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho las pymes sin asalariados (autónomos), pymes con asalariados pequeñas y microempresas, en tanto pueden cumplir con el requisito de ser personas naturales.
- II. La EPI está sujeta a la normativa concursal, de tal manera que sólo pueden aspirar a ella las pymes insolventes en el marco del concurso de acreedores y las microempresas —autónomos también— en el ámbito del procedimiento especial del libro III del TRLC. Se excluye del régimen a los deudores sobreendeudados, sin perjuicio de que el sobreendeudamiento pueda ser valorado en la fase de calificación del concurso y causar una excepción a la exoneración conforme el art. 487.1.3º TRLC.
- III. La puerta de acceso a esta segunda oportunidad es la buena fe del deudor que se presume *iuris tantum*, mientras no concurran alguna de las —múltiples— circunstancias excepcionales o impeditivas de los art. 487 y art. 493.1.1. TRLC., que deben ser acreditadas por los acreedores. Esto no excluye que el deudor aporte pruebas favorables a su EPI. La buena fe del deudor tras la Reforma al TRLC será evaluada bajo un modelo preponderantemente normativo con tasadas concesiones legales a favor de la valoración judicial y es exigible para ingresar y para mantenerse en el sistema. La valoración judicial de las circunstancias previstas en el art. 487.1.6º, junto a proporcionar mayor flexibilidad al sistema, compensa la falta control de la conducta del deudor, cuando no quepa la apertura de la fase de calificación en el concurso, así en el procedimiento especial de continuación del libro III, o en los concursos sin masa del art. 37 ter TRLC, evitando el acceso al proceso de deudores deshonestos.
- IV. El deudor puede acceder a la EPI optando entre dos alternativas: con sujeción a un plan de pagos, sin previa liquidación de la masa activa, o con liquidación de esta masa si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa.
- V. El plan de pagos se extiende a la parte del pasivo exonerable que conforme el plan va a quedar insatisfecha y su duración, con carácter general, será de tres años. No requiere la aprobación de los acreedores, aunque estos, tras la exoneración provisional, pueden impugnar el plan en las circunstancias previstas en el art. 498 bis TRLC. La oposición de los acreedores que representen más del ochenta por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan podría impedir la exoneración, salvo que el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, decida imponer el plan. Si no lo hiciera, se impondría la voluntad de los acreedores.
- VI. El itinerario de la EPI mediante liquidación de la masa activa se abre no sólo cuando se han realizado los bienes en la fase de liquidación, sino también en el concurso sin masa y en el concurso con masa en

los que resulte la insuficiencia de esa masa, actual o sobrevenida, para satisfacer los créditos contra la masa.

VII. Tratándose de un deudor persona natural microempresa puede aspirar a la EPI, en cualquiera de sus itinerarios, en el marco del procedimiento especial del libro III, ante el fracaso del plan de continuación, y una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente. Para mantener la oportunidad de acogerse a la EPI con plan de pagos, frente a la apertura de la liquidación que sigue al fracaso del plan de continuación, el deudor deberá añadir a la solicitud de apertura del procedimiento especial la petición subsidiaria de evitar la liquidación y de someterse al plan de pagos que proponga.

VIII. Es complicado fijar el momento de la solicitud de exoneración por liquidación de las microempresas, atendiendo al procedimiento de liquidación gestionado por la plataforma.

VI. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección Pleno, núm. 381/2019 de 2 de julio (2019-2769)
- SAP de León (Sección 1ª) núm. 545/2023 de 25 de septiembre (JUR 2023\406760)
- SJMer núm. 1 de Murcia núm. 53/2023, de 23 de junio. (JUR 2023\329013)
- SJMer núm. 4 de Barcelona núm. 78/2023 de 18 de julio. (JUR 2023\346133)
- SJMer núm. 4 de Alicante núm. 274/2023 de 5 de septiembre. (JUR 2023\347809)
- SJMer núm. 13 de Madrid núm. 78/2023 de 28 de septiembre. (JUR 2023\387283)
- Auto JMer núm. 2 Santander de 11 de julio de 2023. (JUR 2023\347807)
- Auto JMer núm. 2 Santander de 6 de noviembre de 2023. (JUR 2023\401445)

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2023), “El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 329, julio-septiembre, versión digital.

AZOFRA VEGAS, F. (2022), “La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. extraordinario octubre, pp. 281-315.

CUENA CASAS, M. (2023a), “Comentario a los arts. 486-502 TRLC”, en J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. II. 3º ed. Madrid: La Ley, pp. 257-418.

—“Comentario al art. 700 TRLC”, en J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. II. 3º ed. Madrid: La Ley, pp. 1680-1682.

CUENA CASAS, M, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., (2023b), *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*. Pamplona: Aranzadi.

DAVIS, R.B., MADAUS, S., MAZZONI, A., MEVORACH, I., MOKAL, R., ROMANINE, B., SARRA, J. P., TIRADO, I. (2018), *Micro, small, and medium enterprise insolvency. A modular approach*, Oxford: Oxford University Press.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (2014), “Spain Selected Issues”, Country Report N° 14/193, Washington DC, www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf

FACHAL NOGUEL, N. (2023), "Los fallos del sistema en el nuevo régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho", *La Ley Insolvencia*, núm. 23 octubre-diciembre, versión digital, pp. 1-17.

FERNÁNDEZ SEIJO, JM. (2021), *El concurso de la persona física y el beneficio de la segunda oportunidad*, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (dir.), M. VICENTE DÍAZ (coord.), Madrid: La Ley.

LATORRE CHINER, N. (2018), "El *discharge* y la Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 29, Sección Estudios, versión digital, pp. 1-23.

PULGAR EZQUERRA, J. (2023), "Comentario al artículo 2 TRLC", en J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I. 3º ed. Madrid: La Ley, pp. 173-204.

MOLINA PLA, M. (2023), "Vías de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho: cuestiones procesales y sistemas de recursos", *La Ley Insolvencia*, núm. 23 octubre-diciembre, versión digital, pp. 1-9.

SANCHO GARGALLO, I. (2022), "El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 5, pp. 31-46.

SENENT MARTÍNEZ, S. (2020), "Comentario a los artículos 486-502 TRLC", en J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, T. I. 2º ed. Madrid: La Ley, pp. 2091-2131.

UNCITRAL (2004), "Legislative Guide on Insolvency Law", Part. Two., New York, 2005, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf

WORLD BANK (2014), "Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons", Washington, DC. <http://hdl.handle.net/10986/17606>.

NOTAS

¹ Este trabajo se encuentra en el marco del proyecto de investigación de referencia PID 2019-107487GB-100 (Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre “Gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia”, cuya investigadora principal es la profesora Juana Pulgar Ezquerro. Una primera versión fue presentada en el XIX Harvard-Complutense Seminar on Corporate and Financial Governance: a transatlantic perspective, realizado en Harvard Law School los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2023, con el título “Second starters for MSMEs through debt discharge”.

² Cfr. Estadísticas e informes publicados por la Subdirección General de apoyo a la Pyme, Ministerio de Industria y Turismo, <https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx#1>.

³ Considerando 1 Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia 2019.

⁴ Preámbulo (I) a la Reforma al TRLC 2022.

⁵ Cfr. Cuenca Casas, M. (2023a), p. 262, donde se resalta que en la nueva regulación la EPI dejaría de ser una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal para convertirse en un derecho del deudor. En nuestra opinión, concebir la EPI como un derecho y no como un beneficio, no es óbice para seguir afirmando que supone una quiebra al vínculo contractual —pacta sunt servanda— y al principio de responsabilidad patrimonial universal, en tanto es preciso que se cumplan una serie de exhaustivos requisitos que son los que justifican el apartamiento de tan elementales principios del Derecho patrimonial.

⁶ SJM nº 1 de Murcia nº 53/2023, de 23 de junio, Fundamento jurídico tercero, donde se interpreta que tanto el art. 486 como el 487 del TRLC acogen la EPI como derecho, si bien el último precepto de forma negativa.

⁷ Añadiéndose que: “los empresarios no disfrutarían efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración, para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial”.

⁸ El 12 de marzo de 2014 la Comisión Europea publicó la conocida Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial que alude a la necesidad de conceder una segunda oportunidad a los empresarios, DOUE núm. 74, de 14 de marzo de 2014, ps. 65-70

⁹ Concluido el concurso por liquidación de la masa activa el deudor persona natural podía acceder a la remisión de sus deudas insatisfechas siempre que el concurso no hubiese sido declarado culpable, se hubiesen satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, siempre y cuando se hubiera acudido previamente al acuerdo extrajudicial de pagos. De no haberse acudido al acuerdo extrajudicial, para acceder a la exoneración debía satisfacerse además el 25% de los créditos ordinarios (art. 178.2 LC).

¹⁰ Cuenca Casas, M. (2023a), p. 263; Fernández Seijo, J.M. (2023), p. 59. La doctrina extranjera también ha observado la necesidad de abordar en un único procedimiento la insolvencia del empresario persona natural, atendiendo a la dificultad real de separar las deudas derivadas del ejercicio profesional, de las de su propio consumo: Davis, R.B., Madaus, S., Mazzoni, A., Mevorach, I., Mokal, r., Romanine, B., Sarra, J. P., Tirado, I. (2018), p. 10

¹¹ Así, por el Banco Mundial: World Bank (2014), p. 13-18; Fondo Monetario Internacional: International Monetary Fund (2014), p. 42; Naciones Unidas: Uncitral (2004).

¹² Fachal Noguel, N. (2023), p. 5. Junto a su propia experiencia, la Magistrada se remite a los datos recopilados en Atlas Concursal 2023, donde se incluyen los primeros datos de la reforma concursal tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre y su evolución tras un año de entrada en vigor. www.economistas.es/Contenido/REFor/Atlas%202023/Estudio%20REFORCGE.%20Atlas%20Concursal%202023%20v%20.pdf. Este estudio no revela sólo un incremento de procedimientos concursales de personas físicas, sino también de procedimientos concursales de personas físicas con actividad empresarial, fundamentalmente por la búsqueda de la segunda oportunidad, así autónomos y micropymes. En su conjunto, este estudio

detecta como amenaza de sistema el abuso de la segunda oportunidad y determinados casos de picardía en la definición de un deudor de buena fe, que podría desnaturalizar la institución. Cfr. ps. 17-24, 28.

¹³ Cfr. Fernández Seijo, J.M. (2023), p. 55.

¹⁴ Con anterioridad a la Ley 16/2022 de Reforma al TRLC el art. 485 preveía la extinción de la persona jurídica concursada como efecto asociado a la conclusión del concurso con pasivo insatisfactorio.

¹⁵ Cfr. Davis, R.B., Madaus, S., Mazzoni, A., Mevorach, I., Mokal, r., Romanine, B., Serra, J. P., Tirado, I. (2018), p. 9 y s. 143-145; Cuena Casas, M. (2023b), p. 25

¹⁶ Es sabido que la Subdirección general de apoyo a la Pyme publica con periodicidad mensual y anual diversas estadísticas e informes con el fin, entre otros, de difundir las cifras e indicadores más relevantes de las Pymes españolas. Entre ellos, cabe destacar aquí el “Retrato de la Pyme” que se elabora anualmente en base a la información del Directorio Central de Empresas (DIRCE). A enero de 2022, siguiendo la tendencia de los años anteriores, la persona física (auténtico) es la forma predominante en la constitución de una micro y pequeña empresa. Cfr. <https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/RetratoPYME/Retrato-PYME-DIRCE-1-enero-2022.pdf>. Por otra parte, el Atlas Concursal 2023 citado *ut supra* revela que “los concursos de acreedores en nuestro país tienen como protagonistas a los autónomos, que representan en 2022 casi un 44% de los concursos (43,65%). En ediciones anteriores del Atlas Concursal eran más bien las micropymes las que experimentaban un mayor número de concursos, pero ya en 2022, año objeto de análisis de la presente edición, los concursos de autónomos superan a los de micropymes;... no obstante, los concursos de acreedores de micropymes siguen teniendo un peso muy considerable y constituyen el segundo grupo más abundante: el 36% de los concursos; de forma que más de un tercio de los concursos son de microempresas”.

¹⁷ El Anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, partiendo del concepto de empresa, y con independencia de su forma jurídica, define categorías de empresa por su relación con límites personales y económicos, dando lugar a la distinción entre medianas, pequeñas y microempresas. En el “Retrato de la Pyme” citado *ut supra* se toman como referencia el tamaño de las pymes atendiendo a los límites personales previstos en el art. 2 del Anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014, así como al volumen de ingresos, añadiéndose la categoría de Pyme sin asalariados.

¹⁸ Cfr. Atlas Concursal 2023, p. 17.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Pulgar Ezquerra, J. (2023), p. 178. Advierte la autora que no puede establecerse a priori cuándo un deudor ha contraído excesivas deudas, sino en función del supuesto concreto. En el régimen anterior, sobre la valoración del sobreendeudamiento activo del deudor a la luz de la cláusula general de culpabilidad del art. 442 TRLC: cfr. Senent Martínez, S. (2020), p. 2026

²¹ SAP de León (Sección 1^a) núm. 545/2023 de 25 de septiembre. Fundamento de Derecho TERCERO. Finalidad de la Ley de Segunda Oportunidad.

²² SJMer nº 4 de Alicante núm. 274/2023 de 5 de septiembre. Fundamento de Derecho Segundo, 8 y 9.

²³ Cuena Casas, M. (2023b), p. 89 y s. La autora advierte que, si bien la regulación debe incentivar un consumo responsable, el problema es que la responsabilidad del sobreendeudamiento activo no sólo es del deudor, sino también del prestamista que en la mayoría de los casos está obligado a evaluar la solvencia del deudor. Por tanto, no encuentra equilibrado —a nuestro juicio con razón— que el recurso irresponsable pueda convertir al concursado en deudor de mala fe, y al acreedor inmune a la exoneración habiendo este último evidenciado también un comportamiento irresponsable.

²⁴ Entre las deudas no exonerables, hay que destacar el tratamiento del crédito público, art. 489.1. 5º: sólo puede exonerarse parcialmente y en una única ocasión. Esto podría retratar the second start de los empresarios insolventes que acumulen deuda pública por encima de los mínimos exonerables. Cfr. Cuena Casas, M. (2023b), p. 127.

²⁵ La exoneración ha estado siempre destinada a proteger al deudor honesto pero desafortunado (honest but unfortunate debtor): Cuena Casas, M., (2023a), p. 266 y s.

²⁶ Cfr. World Bank (2014), ps. 40-43.

²⁷ Cuena Casas, M. (2023a), p. 271.

²⁸ Azofra Vegas, F. (2022), p. 284 y s. Lo que implicaría adelantaría el análisis de la causa de revocación al momento de la concesión. No obstante, se podrá realizar también con posterioridad, como motivo de revocación a la EPI concedida. Como se ve, el legislador exige al deudor la buena fe para entrar en el sistema y para mantenerse en él.

²⁹ SJMer núm. 1 de Murcia núm. 53/2023 de 23 de junio, Fundamento de Derecho Tercero.

³⁰ La SJMer núm. 13 de Madrid núm. 78/2023 de 28 de septiembre establece que este “mecanismo de segunda oportunidad sólo está concebido para el deudor de buena fe y honesto, buena fe que se presume salvo que concurra alguna (s) de las circunstancias legalmente previstas en el art. 487 TRLC.” Fundamento de derecho segundo.

³¹ Cabe distinguir dos momentos de control de la buena fe: cuando el deudor solicita la exoneración, bajo el análisis de las circunstancias que excepcionan su acceso, y con posterioridad a la concesión de la EPI, bajo la forma de causa de revocación. Cfr. Latorre Chiner, N. (2018), p. 4.

³² Cuena Casas, M. (2023a), p. 274.

³³ Fernández Seijo, J.M (2021), p. 144. El Magistrado comenta el régimen legal anterior de la EPI y está aludiendo al presupuesto subjetivo previsto en el art. 487 TRLC redacción original, que incorporó el criterio de la STS de 2 de julio de 2019 —citada en el texto— que determina un concepto autónomo de la buena fe, acotado al concurso no culpable y a la falta de comisión de determinados delitos. En el mismo sentido: Sancho Gargallo, I. (2022), p. 34 y s.

³⁴ Cuena Casas, M. (2023a), p. 281.

³⁵ Azofra Vegas, F. (2022), p. 285.

³⁶ Cuena Casas, M. (2023a), p. 274.

³⁷ Azofra Vegas, F. (2022), p. 286.

³⁸ Entiende que es incorrecto interpretar como *numerus clausus* la relación prevista en la norma: Azofra Vegas, F. (2022), p. 286.

³⁹ El legislador español se ha situado en la línea de los países de nuestro entorno en materia de evaluación restrictiva de la conducta del deudor, pero se ha apartado de ellos en la delimitación del pasivo exonerable manteniendo muchas deudas que siguen sin ser exonerables, en particular, el crédito público que sólo lo es en una cuantía muy limitada: Cuena Casas, M. (2023a), p. 275 y s.

⁴⁰ Tal es así que, a medida que se acercaba la aprobación, publicación y entrada en vigor de la Ley 16/2022 se incrementaron exponencialmente los procedimientos de insolvencia de personas naturales, buscando la aplicación de los artículos del TRLC en su redacción original. Cfr. SJMer núm. 4 de Barcelona núm. 78/2023 de 18 de julio, Fundamento de Derecho Segundo.

⁴¹ Una crítica a esta ampliación: Sancho Gargallo, I. (2022), p. 45 y s.

⁴² Se ha interpretado que la inclusión de estas conductas responde a una finalidad distinta a la que con carácter restrictivo debería presidir la privación del derecho a la exoneración, ligada a la insolvencia del deudor. Persigue reforzar la responsabilidad de los administradores de entidades frente a la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, dotándoles de un mayor incentivo. No obstante, siendo loable la finalidad, el medio podría resultar disuasorio para los emprendedores (autónomos) que son los que más necesitan una segunda oportunidad. Cfr. Sancho Gargallo, I. (2022), p. 44.

⁴³ Azofra Vegas, F. (2022), p. 286.

⁴⁴ Idem, p. 285.

⁴⁵ La Directiva sobre reestructuración e insolvencia no exige la buena fe como requisito de acceso al sistema (art. 20 DRI), configurando la mala fe es una excepción de acceso a la EPI (art. 23 DRI). Junto a ello, la Directiva no excluye, tal como se ha señalado en el texto, que se pueda conceder la EPI a deudores de mala fe, aunque con un plazo más largo. Tampoco la regulación europea define la buena fe, limitándose a enumerar en su Considerando 79 las circunstancias que las autoridades judiciales o administrativas habrán de tener en cuenta para determinar si un deudor fue deshonesto.

⁴⁶ Cfr. Azofra Vegas, F. (2022), p. 287, donde se subraya que el sistema actual ofrece al deudor una genuina disyuntiva entre ambos itinerarios.

⁴⁷ Idem, p. 287.

⁴⁸ Molina Pla, M. (2023), p. 5.

⁴⁹ No obstante, no se excluye una interpretación que descarte también el recurso a la EPI mediante plan de pagos cuando concurra causa legal de apertura de la fase de liquidación. Cfr. Molina Pla, M. (2023), p. 5.

⁵⁰ Idem, p. 6.

⁵¹ Cfr. Azofra Vegas, F. (2022), p. 290.

⁵² La puede solicitar cualquier acreedor afectado por la exoneración, en los casos previstos en la norma. No si han pasado más de 3 años a contar de la exoneración con liquidación de la masa activa, o desde la exoneración provisional en caso de plan de pagos.

⁵³ La cursiva es nuestra.

⁵⁴ La cursiva es nuestra.

⁵⁵ Cfr. Auto JMer núm. 2 Santander de 6 de noviembre de 2023 que concede la EPI en un caso de concurso declarado sin masa, en el que se había solicitado nombramiento de administrador concursal (art. 37 ter TRLC).

⁵⁶ Molina Pla, M. (2023), p. 2.

⁵⁷ La norma exige que los deudores estén llevando a cabo una actividad empresarial o profesional al tiempo de presentar la solicitud de apertura del procedimiento especial excluyendo, por tanto, aquellos deudores que hubiesen cesado estas actividades con anterioridad a dicha presentación. Respecto a esta cuestión, el Tribunal mercantil de Málaga, acuerdo nº 2 2023 con el objeto de unificar criterios, ha señalado que la redacción literal del artículo citado exige que los empresarios, personas físicas o jurídicas, que se acojan al procedimiento especial de microempresas, estén desarrollando una actividad empresarial o profesional al momento de la solicitud, debiéndose excluir los que hubiesen cesado en tales actividades en un momento inmediatamente anterior. En este último caso, procederá un auto de inadmisión, sin perjuicio de la posibilidad, para el solicitante, de presentar un concurso ordinario posterior. En el mismo sentido: Tribunal mercantil de Sevilla, acuerdo nº 1/2022 de 25 de octubre de 2022: "aquellos deudores que hayan cesado en su actividad, o que nunca la hayan tenido, no pueden acceder al procedimiento especial del Libro III sino que han de solicitar la declaración de concurso, de modo que, si concurriese alguno de los supuestos del artículo 37 bis del TRLC, resultará de aplicación la regulación relativa a los concursos sin masa". En contra de estos criterios: Auto JMer núm. 2 Santander de 11 de julio de 2023.

⁵⁸ Nos hemos ocupado de este procedimiento especial en otra oportunidad: Álvarez Martínez, G. (2023).

⁵⁹ Fernández Seijo, M. J. (2023), p. 82

⁶⁰ Idem, p. 83. Aboga también por una interpretación correctora: Cuena Casas, M. (2023a), p. 1682.

⁶¹ Fernández Seijo, M. J. (2023), p. 83.

