

La transposición de la directiva 2019/1023 en materia de exoneración de deudas: una visión luso-española

🔗 https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte05_2

ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA*

Resumen: En el presente trabajo se realiza una aproximación a la ley 16/2022 de reforma de la ley concursal española a fin de transponer la denominada “*Directiva de reestructuraciones y segunda oportunidad*”. Se hará mención, al tiempo, a determinados paralelismos con la normativa portuguesa sobre el particular, y ello como culminación al Congreso Luso-Español que tuvo lugar a principios del mes de Junio de 2.022 promovido por el Instituto Jurídico de la Faculdade de Direito de la Universidad de Coimbra conjuntamente con el departamento de derecho mercantil “Manuel Broseta Pont” de la Universidad de Valencia.

Palabras Clave: España, Portugal, exoneración de deudas, transposición directiva, proyecto de ley, segunda oportunidad, ordenamiento jurídico, buena fe, crédito público.

Abstract: In the present work, an approximation is made to Law 16/2022 on the reform of the Spanish bankruptcy law in order to transpose the so-called “restructuring and second chance directive”. At the same time, mention will be made of certain parallels with the Portuguese regulations on the matter, and this as the culmination of the Luso-Spanish Congress that took place at the beginning of June 2022, promoted by the Legal Institute of the Faculty of Law of the University of Coimbra together with the Department of Commercial Law “Manuel Broseta Pont” of the University of Valencia.

Keywords: Spain, Portugal, debt exemption, directive transposition, bill, second chance, legal system, good faith, public credit

* Doctor en derecho. Abogado y administrador concursal.

Sumario: I. Introducción. II. El modelo español vs el modelo portugués. III. El requisito de buena fe. 1. La comisión de determinados delitos. 2. La culpabilidad del concurso y la persona afectada por la calificación. 3. El incumplimiento de los deberes de colaboración e información. 4. Facilitar Información falsa o engañosa. 5. La referencia a la sanción por resolución administrativa firme por infracción tributaria, de su orden social o derivación de responsabilidad. IV. La reiteración en la solicitud. V. Deudas exoneradas y deudas no exoneradas. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Introducción

A principios del pasado mes de junio, invitado por el Dr. Gómez Asensio, profesor del Departamento de derecho mercantil “Manuel Broseta Pont” de la Universidad de Valencia, tuve la oportunidad de acudir a un encuentro Luso-Español celebrado en la Universidad de Coimbra (Portugal) en la que pudimos debatir sobre la transposición de la Directiva 2019/1023¹ a los ordenamientos jurídicos español y portugués. Mi humilde aportación tuvo por objeto el -entonces- proyecto de reforma de la ley concursal español en relación con la exoneración de deudas, compartiendo mesa de debate con la Dra. Doña María de Fátima Ribeiro de la Universidad Católica de Porto. Las primeras líneas del presente trabajo deben exteriorizar el agradecimiento por tan amable invitación y, al tiempo, mostrar mi más sincera felicitación a los organizadores de tan magnífico encuentro por el gran nivel logrado en todas las intervenciones producidas y el indudable interés que el congreso suscitó entre sus asistentes.

Dicho cuanto antecede, el objeto del presente trabajo se contrae a realizar un pequeño análisis de algunos aspectos sustanciales de la reforma de la ley concursal española con ocasión de la obligada transposición de la directiva comunitaria 2019/1023, haciendo especial hincapié en los paralelismos que la misma pueda mantener con la

¹ 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) publicada en el DOUE 172 (26 de junio de 2.019) 18-55.

regulación promulgada en el ordenamiento jurídico de nuestros vecinos portugueses con idéntico fin.

Al objeto de una mejor ilustración del presente trabajo, se quiere hacer constar que las referencias a la ley española lo son al texto publicado en el Boletín Oficial del Estado número 214 del martes 6 de septiembre de 2.020. La referencia a la normativa portuguesa, lo es a la Lei n.º 9/2022² de 11 de enero publicada en el Diário da República, 1ª serie, número 7 de 11 de enero de 2.022, a través de la cual se modifica el Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas³ (CIRE).

I. El Modelo Español vs El Modelo Portugués

Es bien sabido que el antiguo artículo 178 bis de la ley concursal⁴ estableció para la exoneración del pasivo insatisfecho un modelo basado -casi exclusivamente- en la liquidación del patrimonio del deudor⁵ que se asociaba, además, a la necesaria atención de un umbral de pasivo mínimo. Dicho umbral de pasivo venía asociado a la clasificación crediticia establecida en la legislación vigente.

Los artículos 488 y siguientes del texto refundido de la ley concursal⁶ -como no podía ser de otra forma-, mantuvieron la estructura del sistema adoptando aquellas cuestiones⁷ que se entendieron necesarias

² Puede consultarse el texto normativo en <<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/9-2022-177455547>>.

³ Decreto-Lei n.º 53/2004 publicado en el Diário da República nº66/2004, Série I-A de 2004-03-18. Puede consultarse el texto íntegro en <<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/53-2004-538423>>.

⁴ Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE 164 de 10/07/2003).

⁵ Recuérdese sobre el particular el artículo 242.Bis.10 de la extinta ley concursal e, igualmente, el artículo 706.1 del Texto refundido, en tanto en cuanto permitían “escapar” de la liquidación del patrimonio del deudor únicamente a los empresarios que hubieran acompañado a su solicitud de concurso una propuesta anticipada de convenio.

⁶ Nos referimos al Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley concursal (BOE 127 de 7 de mayo de 2.020) en adelante se citará como TRLCon.

⁷ Obviaremos, por no ser objeto del presente trabajo, cualquier mención a las extralimitaciones legislativas que hayan podido producirse, entre otras, en materia de exoneración del crédito público. Sobre tal aspecto puede verificarse nuestro trabajo Álvaro SENDRA ALBIÑANA, «Segunda oportunidad, crédito público y Texto

para la mejor armonización de la normativa. Ambos textos partían del deudor persona física sin distinción alguna en cuanto a la cualidad de empresario o consumidor, asumiendo la exigencia del requisito de buena fe como piedra angular sobre la que venía concretado el sistema.

Frente a tal regulación, y pese a que la directiva comunitaria 2019/1.023 permitía el mantenimiento del sistema español⁸, el legislador nacional ha optado por un cambio absoluto de paradigma, estableciendo un nuevo modelo articulado a través de dos fórmulas distintas de obtención de la exoneración, esto es, una primera basada en la reestructuración de deudas exonerables a través de un plan de pagos (artículos 495 a 500 bis de la ley), y otra basada en la liquidación de la masa activa del patrimonio del deudor o en la finalización del concurso por insuficiencia de masa (artículos 501 y 502), si bien, facilitando la posibilidad de cambio de modalidad desde el plan de pagos a la liquidación (artículo 500 bis) por tres motivos: la mera voluntad del deudor, la revocación de la exoneración provisional y la improcedencia de la exoneración definitiva, concurrentes ambas en la vía del plan de pagos o reestructuración de deuda⁹.

Se prescinde, en el nuevo modelo, de la asociación de la exonerabilidad de las deudas con el sistema de calificación de créditos establecido en la normativa concursal, obviándose, además, la necesaria atención de un umbral de pasivo para acceder a la liberación de deudas residuales.

La norma española regula la nueva exoneración del pasivo a través de veintisiete artículos incluidos en el libro primero, capítulo II, y se estructura a través de tres secciones, la segunda de las cuales se desglosa a su vez en cuatro subsecciones, mientras que la tercera lo hace en dos. La extensión regulatoria es significativa, más aún si la comparamos con el único precepto establecido en la antigua ley concursal o los diecisiete establecidos en su texto refundido.

Refundido de la Ley Concursal ¿ultra vires?», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 34 (2021) 173-184.

⁸ Véase sobre el particular el artículo 20.2 de la Directiva 2019/1023.

⁹ Respecto al nuevo modelo español se ha dicho que su justificación viene dada por el enriquecimiento de la nueva regulación con orientaciones o disposiciones de derecho comparado. Vid Fernando AZOFRA VEGAS, «La exoneración del Pasivo insatisfecho», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 85-117.

Frente a la norma española, la Lei 9/2022 realiza algunas modificaciones del código de insolvencia portugués. La denominada “*exoneración de pasivos insatisfechos*” se prevé en el título XII del código, y se desarrolla a través de dos capítulos, el primero de los cuales (artículos 235 a 248-A) regula los aspectos generales de la exoneración, para dedicar el segundo de los capítulos (artículos 249 a 266) a la insolvencia de no empresarios y titulares de pequeñas empresas¹⁰. Este segundo capítulo se subdivide, al tiempo, en tres secciones, una primera de disposiciones generales, una segunda destinada al plan de pagos y una tercera en la que se hace referencia a la insolvencia de ambos cónyuges. Por último, el título XIII del código hace referencia a diversos beneficios fiscales que también atañen a la exoneración del pasivo.

La exoneración del pasivo en Portugal se tramita inicialmente junto a la solicitud de concurso para el caso de que sea el deudor quien la interese en el plazo legal previsto para ello. De iniciarse el proceso concursal a instancias de los acreedores, se concederá al deudor el plazo de diez días para que formule tal solicitud. A diferencia por tanto de nuestro sistema, el portugués requiere que la solicitud de exoneración sea ya solicitada y evaluada desde el momento inicial de declaración de la insolvencia.

Sea como fuere, en el sistema general portugués lo sustancial es la simultánea designación de un fiduciario que se va a encargar de distribuir entre los acreedores la renta disponible del deudor durante cinco años. Como renta disponible debe entenderse los ingresos obtenidos por cualquier título del deudor, una vez excluidos determinados créditos relativos, fundamentalmente, a cubrir el sustento mínimo del deudor y su familia y el ejercicio por el deudor de su actividad profesional. Finalizado dicho plazo se confirmará la exoneración de deudas que le había sido inicialmente concedida al deudor a salvo que se haya producido una terminación anticipada del procedimiento (art 243) cuando concurran determinados motivos que impiden, al tiempo, la exoneración de deudas.

¹⁰ Sobre la regulación portuguesa véase Santiago SENENT MARTÍNEZ, *Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, (2015) 330. Igualmente, Víctor BASTANTE GRANELL, «Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal», *Revista de Derecho Civil* 3 (2014); o Carlos MERCÁN APARICIO, «Derecho comparado de sobreendeudamiento de la persona física: Argentina, Portugal, México, USA», *Revista Lex Mercatoria* 8 (2018).

El procedimiento específico de no empresarios y propietarios de pequeñas empresas requiere la inexistencia de deudas laborales, un determinado límite para el pasivo considerado en el concurso (300.000€), y un concreto número de acreedores que no puede resultar superior a 20, así como el hecho de que el deudor no debe haber sido titular de la explotación de ninguna sociedad en los tres años anteriores al inicio del concurso¹¹. Verificadas tales circunstancias, la exoneración viene a través de la formulación de un plan de pagos cuyo contenido, aprobación y demás circunstancias se prevé en la Sección II del capítulo II (artículos 251 a 262 ambos inclusive)¹².

II. El Requisito de Buena Fe

Mientras el antiguo artículo 178.bis.3 de la LC y su equivalente en el texto refundido de la ley concursal (487.2) partían de una concreción del concepto de buena fe -criticable o no-, el nuevo texto¹³ opta por omitir cualquier suerte de definición acerca del requisito, estableciendo su configuración por vía de excepción. Así, la concurrencia de determinadas actuaciones, hechos o circunstancias previstas en el artículo 487 de la ley impedirán al deudor la obtención del beneficio, circunstancia ésta que hace que la concurrencia de buena fe se articule bajo una suerte de presunción *iuris tantum* de su existencia¹⁴. Se traslada así la carga de la prueba a los acreedores o, a aquellos otros legitimados que pretendan impedir la exoneración de deudas.

¹¹ Artículo 249.

¹² La mejor doctrina portuguesa ha venido entendiendo que mientras el primer capítulo se aplica a todas las personas naturales, el segundo tiene un ámbito más restringido circunscribiéndose a quienes cumplen los requisitos establecidos en el artículo 149. En tal sentido véase Alberto de Carvalho FERNANDES, «La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 3 (2005) 379.

¹³ Sobre la buena fe en el entonces anteproyecto español puede verse Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, «Buena fe y exoneración de pasivo en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021).

¹⁴ En realidad, tal regulación viene suscitada por la propia directiva europea. En tal sentido véase Luisa María ESTEBAN RAMOS, «Los acreedores: Los sujetos olvidados en la segunda oportunidad» *Revista General de Insolvencia & reestructuraciones* 4 (2021) 328.

En similar sentido, la norma portuguesa parte de una concesión de la exoneración inicial (artículos 236 y 237) que, sin embargo, podrá ser rechazada en determinadas circunstancias antes de su concesión (Vid artículo 238.1.*b), d), e), f) y g*). El requisito de buena fe se establece, por tanto, como premisa revocable en el caso de que concurran determinadas circunstancias cuya enumeración y sistemática es ciertamente mejorable habida cuenta la mescolanza que se realiza de cuestiones atinentes a la buena fe junto con plazos de prohibición de reiteración en la solicitud.

Procede analizar, someramente la coincidencia de determinadas excepciones en ambos ordenamientos jurídicos haciendo mención a sus diferencias y similitudes.

1. La comisión de determinados delitos

El número 1 del artículo 487 de la norma española establece, como excepción al requisito de concurrencia de buena fe, la comisión de determinados delitos castigados con penas privativas de libertad en los diez años anteriores a la solicitud¹⁵, si bien, ahora se va a permitir la exoneración de deudas una vez se ha producido la extinción de la responsabilidad criminal y la cancelación de los antecedentes penales. La novedad se produce también en tanto en cuanto se requiere, para que concurra la excepción, que la condena penal determinada por el correspondiente órgano judicial sea de tres o más años y conlleve privación de libertad.

El artículo 238.1.f) en la redacción dada por la Lei 9/2022 portuguesa establece la imposibilidad de obtención de la exoneración por parte del deudor que haya sido condenado por determinados delitos en los 10 años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del concurso.

La aparente coincidencia temporal entre ambas regulaciones se quiebra al establecer un diferente *dies a quo* para su cómputo, habida cuenta que mientras que la regulación proyectada española refiere el inicio del mismo a la solicitud de exoneración, la norma portuguesa se refiere a la fecha de presentación del concurso.

¹⁵ El precepto coincide en lo sustancial con el artículo 487.1.2 TRLCon, como queda dicho ahora se exige una condena de tres o más años de privación de libertad.

En todo caso, tampoco la norma portuguesa prevé una suerte de enervación de tal causa impeditiva de obtención de la exoneración para el caso de extinción de responsabilidad criminal y atención de responsabilidad civil de delito como, por el contrario, si recoge nuestra norma.

Una somera comparación entre los delitos previstos en las normas comentadas¹⁶ verifica que, frente a un amplio número de delitos ya previsto en la norma española (la actual es similar a su antecedente a salvo, entre otras cuestiones, de la posibilidad de dejar sin efecto el impedimento que nos ocupa como consecuencia de la extinción de responsabilidad penal y previa atención de la responsabilidad civil dominante del delito), la norma portuguesa hace referencia únicamente a delitos de carácter patrimonial y, más concretamente, a delitos que guardan relación con la insolvencia.

Efectivamente, frente a los delitos contra el patrimonio, orden socio-económico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la seguridad social o contra los derechos de los trabajadores, la regulación portuguesa hace referencia únicamente (artículos 227 a 229 del código penal portugués) a delitos contra los derechos patrimoniales que se concretan en la insolvencia dolosa, la frustración de créditos, la insolvencia negligente, el favorecimiento de acreedores o la denominada agravación¹⁷, circunstancia ésta que a nuestro juicio tiene una mayor justificación y congruencia, habida cuenta que en términos de insolvencia, deudas, acreedores y concurso nos movemos.

2. La culpabilidad del concurso y la persona afectada por la calificación

Como referíamos al inicio del presente apartado, el concepto de buena fe en la exoneración de deudas residuales en España ha venido

¹⁶ Sobre el particular Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, «Buena fe y exoneración de pasivo en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal», 348.

¹⁷ Véase el Capítulo IV “*Dos crimes contra direitos patrimoniais*” del título II “*Dos Crimes contra o Património*” del libro II del Decreto Lei 48/95 (Diário da República 63/1995, Série I-A de 1995-03-15, que contiene los siguientes artículos: Artigo 227.º Insolvência dolosa; Artigo 227.º-A Frustraçao de créditos, Artigo 228.º Insolvência negligente, Artigo 229.º Favorecimento de credores, Artigo 229º-A Agravação. Puede consultarse el texto legal en <<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>>.

vinculado, desde el inicio de su regulación a la culpabilidad del concurso, al punto que la definición de buena fe contenida tanto en la extinta ley concursal como en su texto refundido incluía la ausencia de culpabilidad del concurso como circunstancia que integraba -junto a la ausencia de comisión de determinados delitos- el requisito de buena fe exigible para la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho. Únicamente por vía de excepción se facultaba al juez del concurso a la concesión de la exoneración - pese a la culpabilidad del concurso- en aquellos supuestos en los que éste se hubiese declarado de tal forma como consecuencia de una solicitud tardía de la ejecución colectiva¹⁸.

La ley española, con una mejorable redacción, permite atender a las circunstancias en que se hubiese producido el retraso. Aun cuando la norma no lo verifica, parece querer recoger su antecedente, permitiendo con ello al juez la concesión de la exoneración pese a la culpabilidad del concurso.

En relación a lo expuesto, nuestra ley recoge la imposibilidad de acceso a la exoneración para quien, en los diez años anteriores a la solicitud de exoneración, haya sido declarada persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero salvo que hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad, circunstancia esta que puede dar lugar a la paradójica situación de poner en mejor condición a aquél deudor cuya conducta conlleva mayor reproche, habida cuenta que *ad exemplum*, a quien se le condena al déficit concursal¹⁹ se le permite liberarse de la excepción mediante la atención de dicho déficit, circunstancia ésta que no concurre, obviamente, para quien no ha sido condenado a cubrir tal déficit²⁰.

La letra d) del apartado 1 del artículo 238 de la norma portuguesa impide la obtención de la exoneración para el deudor que ha

¹⁸ Sobre la crítica a tal previsión legal en la anterior normativa véase Álvaro SENDRA ALBIÑANA, “*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

¹⁹ Véase el AUTO de 2 de diciembre de 2.014 del Tribunal Supremo donde se mantiene, en esencia, la necesaria mayor justificación y gravedad de la actuación del deudor para condenarlo a cubrir el déficit concursal.

²⁰ Sobre la condena al déficit véase Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «El crédito de condena a la cobertura del déficit en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas» in Carlos GÓMEZ ASENSIO, dir., “*La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*”, Cizur Menor: Aranzadi, 269-300.

incumplido la obligación de declarar el concurso. La letra e) del mismo número y precepto establece, de forma ciertamente más rigurosa -y quizás excesiva-, que el deudor no podrá obtener la liberación de sus deudas concursales cuando se presenten elementos que, “*con toda probabilidad*”, muestren la existencia de culpa en el agravamiento o creación de la situación de insolvencia. En tal sentido, véase que, a diferencia de la norma española, la portuguesa no parece requerir una sentencia firme de culpabilidad, sino únicamente la probabilidad de que la misma vaya a concurrir, circunstancia ésta que ya justifica la denegación.

Nótese, al tiempo, que el precepto se remite al artículo 186 del código de insolvencia portugués donde se recogen todas las causas de culpabilidad del concurso.

3. El incumplimiento de los deberes de colaboración e información

El número 5 del proyectado artículo 487 de la norma española, prevé una excepción a la concurrencia del requisito de buena fe cuando resultan incumplidos los deberes de colaboración e información con el juez del concurso y la administración concursal. El precepto es reproducción de aquél establecido en el número 2 del artículo 493 TRLCon y, con ligeras diferencias, de su precedente establecido en el artículo 178 bis.3.5.ii) LC.

Habida cuenta que el requisito de referencia ya constaba en la anterior regulación mediante su establecimiento en el sistema del plan de pagos, cabe reproducir aquí que, en realidad, el cumplimiento del deber de información ya fue valorado en la pieza de calificación, por lo que determinados autores establecen el requisito que ahora nos ocupa como redundante²¹. Otros autores entienden que ese deber de colaboración, que aquí se tipifica como requisito para la exoneración, no es coincidente, cualitativamente, con aquél otro que hubiera permitido la declaración de culpabilidad del concurso²².

La norma portuguesa regula de forma similar el requisito, si bien con una diferencia que nos parece sustancial. Así, la letra g) del

²¹ Víctor FERNÁNDEZ GONZÁLEZ / Leandro BLANCO GARCÍA-LOMAS / Enrique DÍAZ REVORIO, *El concurso de los acreedores de la persona física*, Madrid, La Ley, 2016, 393 p. ISBN: 9788490205020.

²² José María FERNÁNDEZ SEIJO, *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 2015.

número 1 del artículo 238 del texto normativo ya referido establece que el incumplimiento de los deberes de información, presentación y colaboración deben de producirse para el deudor con culpa grave o dolo, circunstancias éstas que no concurren en la norma española. Ello hace ésta más severa que su análoga portuguesa, habida cuenta que la primera reconoce supuestos de culpa leve e incluso de culpa levísima y lo hace por vía de ausencia de concreción, por lo que debe entenderse que la norma hace referencia a cualquier forma de comisión (sea dolosa o culposa en sus diversos grados de materialización).

4. Facilitar Información falsa o engañosoa

Bajo el número 6º del artículo 487 de la ley española, se ha venido a introducir una novedad en sede de buena fe en materia de exoneración de deudas. Efectivamente, frente a la concreción de buena fe desde un punto de vista estrictamente normativo²³ - como se venía concibiendo hasta la fecha a la vista de la literalidad de los preceptos que la regulaban-, la nueva norma establece la posibilidad de que el juzgador, ante determinados hechos, proceda a valorar determinadas circunstancias con el objeto de evaluar la concurrencia de buena fe que permita el acceso a la exoneración.

Se trata de, aun prescindiendo de la sentencia de calificación del concurso, (entendemos que nos movemos en los supuestos de concursos fortuitos por cuanto de otro modo ya es claro que no concurre el requisito de buena fe según expuesto precedentemente) verificar la actuación del deudor a la hora de contraer mayores obligaciones crediticias. En esencia, la norma, al igual que se prevé en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno²⁴ permite al juzgador castigar el sobreendeudamiento activo, entendido por tal aquél en que el deudor no se

²³ Recuérdese el fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2.019 (Ponente: Sancho Gargallo), que dejaba bien a las claras que el concepto de buena fe debía de ser puramente normativo y, por tanto, su concurrencia debía ajustarse al cumplimiento de ciertos requisitos legales sin posibilidad de valoración alguna.

²⁴ Véase el *Codice della Crisi e dell'Insolvenza* italiano, en cuyo artículo 284.b) se establece como causa impeditiva del acceso a la *esdebitazione*, entre otras circunstancias, el recurso abusivo al crédito (*fatto ricorso abusivo al crédito*). Puede consultarse el texto completo de la norma en <https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Rordorf_codice_crisi_insolvenza_5ott2017.pdf>.

ha visto compelido a recurrir al crédito por situaciones excepcionales, desgraciadas y no queridas -ni buscadas- tales como enfermedades, despidos y/o divorcios entre otras. Más bien al contrario, la situación de insolvencia del deudor ha podido venir provocada por un excesivo, innecesario y temerario recurso al crédito de terceros, e incluso por la utilización de métodos fraudulentos para su obtención que hayan movido a su concedente a facilitarlo.

La valoración del juzgador debe realizarse de acuerdo a ciertos parámetros que le confiere la ley, como son la información patrimonial del deudor, el nivel social y profesional del mismo, sus circunstancias personales y la utilización de alertas tempranas en caso de personas físicas empresarias²⁵.

En forma ciertamente distinta, pero con cierto paralelismo, la letra b) del número 1 del artículo 238 de la norma portuguesa no permite la obtención de la exoneración a quien haya facilitado información falsa o incompleta sobre su situación económica para la obtención de créditos o subvenciones o para evitar su reintegro. Llama la atención en primer lugar de la norma portuguesa su acotación temporal, contrariamente a cuanto acontece en la española. Así, mientras el precepto portugués establece un plazo de tres años anteriores al inicio del procedimiento concursal para que concurra la actuación ilícita que impida la exoneración, nada regula la norma española.

Además, nótese que la contravención que regula la norma española limita en cierta forma las conductas del deudor, ciñéndose a aquellas que resultan más reprobables y excluyendo, en consecuencia, una cierta temeridad o negligencia leve a la hora de contraer cierto endeudamiento. Más que ante una sanción al sobreendeudamiento activo, parece que el legislador portugués opta por excluir determinadas actuaciones de mayor lesividad para el mercado del crédito y/o el acceso a subvenciones, circunstancias estas que se refuerzan con el hecho de que la norma del país vecino requiera culpa grave o dolo, frente a la mera negligencia (entendida por tanto en sus variadas graduaciones) de la norma española.

²⁵ Sobre el particular véase más extensamente Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, «Buena fe y exoneración de pasivo en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal» 357.

5. La referencia a sanción por resolución administrativa firme por infracción tributaria, de SS u orden social o derivación de responsabilidad.

En el exacerbado y obsesivo afán de nuestro legislador estatal por proteger el crédito público - hasta el punto de dejar sin contenido práctico determinadas instituciones concursales como la que nos ocupa-, la norma española introduce en el número 2 del apartado 1 del artículo 487 una excepción al requisito de buena fe que se establece bajo una fórmula de referencia administrativa. Así, la imposición de sanciones administrativas firmes por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o el dictado de un acuerdo firme de derivación de responsabilidad excluye la posibilidad de obtención del beneficio. La previsión normativa posibilita dejar sin efecto la excepción para aquellos casos en que se satisfaga la responsabilidad impuesta.

La regulación portuguesa no encuentra norma similar. La cuestión es ciertamente curiosa habida cuenta la coincidencia de ambas normativas en cuanto a la no exoneración de determinados créditos de carácter público, lo que es ciertamente demostrativo de que ciertas opciones de política legislativa -con independencia de su adecuación a la normativa comunitaria²⁶no necesariamente deben de conllevar una exacerbada y obsesiva super-protección del crédito público como ocurre en nuestra norma.

III. La Reiteración en la Solicitud

En el momento de redacción del presente trabajo se encuentra vigente el Texto Refundido de la ley concursal. Dicho cuerpo legal contiene, en el número 3º del artículo 493, la única referencia temporal en relación a la posibilidad de reiterar la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho tras haber accedido a una primera obtención del mismo. Efectivamente, el referido precepto fija tal lapso temporal en diez años, y lo hace únicamente para la vía del plan de pagos regulada en los artículos 493 y siguientes, circunstancia ésta que hace más que

²⁶ Sobre el particular, más extensamente véase, Álvaro SENDRA ALBIÑANA, «A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad: análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 7 (2021).

dudoso que el referido plazo temporal hubiese sido aplicable al régimen general o también denominada vía automática.

El artículo 488 de la norma española acota temporalmente la posibilidad de reiteración en la solicitud y lo hace acortando los plazos inicialmente previstos en relación a la vía exoneratoria utilizada precedentemente. Así, para aquellos supuestos en que la nueva solicitud haya sido precedida de una exoneración mediante reestructuración de deuda (plan de pagos), el plazo que deba transcurrir hasta la nueva solicitud será de dos años a contar desde la exoneración definitiva. Por el contrario, para los supuestos en que la nueva solicitud provenga tras una liquidación del patrimonio del deudor, ese lapso temporal se aumenta hasta los 5²⁷ años a contar desde la resolución concediendo la exoneración. La norma establece que las sucesivas solicitudes no alcanzarán a la exoneración de los denominados créditos públicos.

Con independencia de la crítica que puede suponer la discriminación entre deudores al amparo de la vía escogida para la obtención de la exoneración, parece lógico aceptar un mayor plazo para los supuesto en que el deudor haya accedido por la vía de la liquidación de su patrimonio, habida cuenta que acceder a la exoneración nuevamente puede conllevar que se realice por la vía de la liquidación, lo que conllevará que el deudor no cuente con un mínimo patrimonio realizable (habida cuenta que el anterior fue liquidado en la solicitud y obtención previa) cuya realización pueda, en cierta forma, salvaguardar los derechos de los acreedores.

Sea como fuere, lo bien cierto es que la norma portuguesa ha venido a acoger el antiguo lapso temporal que establecía la norma española fijando (art 238.1.c) el rechazo de plano de la solicitud de exoneración si el deudor ya la ha obtenido en los 10 años anteriores al inicio del concurso, por lo que es bien obvio que la mayor restricción temporal establecida en nuestra ley, además de suponer una ventaja para los deudores, permite una mayor y mejor materialización de la institución de la liberación de deudas, pudiendo evitarse los efectos perversos y abusivos de la norma, mediante el recurso a la valoración de la buena fe

²⁷ Algunos autores han venido a verificar una suerte de continuidad en tal plazo con aquél otro establecido en el artículo 504.1 del TRLCon que sólo admite la reapertura dentro de los cinco años siguientes a la conclusión por liquidación o insuficiencia de masa. En tal sentido, Fernando AZOFRA VEGAS, «La exoneración del Pasivo insatisfecho», 266.

que puede realizar el juzgador en los términos ya expuestos. Nos resulta excesivo por tanto el plazo de 10 años establecido en la norma portuguesa habida cuenta que, en multitud de ocasiones, las desgracias que inducen a un sobreendeudamiento pasivo del deudor hacen aconsejable el recurso a una nueva exoneración en un breve espacio temporal.

IV. Deudas Exoneradas y Deudas No Exoneradas

El artículo 23.4 de la directiva 2019/1023²⁸, permite a los estados miembros la exclusión de determinadas categorías de deuda, limitando el acceso a la exoneración o estableciendo plazos más largos para la obtención de la misma en casos debidamente justificados. Seguidamente, el precepto realiza una enumeración (letras a) a f) ambas inclusive) de diversas categorías de deuda sobre las que resulta posible operar en la forma expuesta. La previsión normativa debe de interpretarse de acuerdo al principio de plena exoneración de deudas previsto en el artículo 21.1 de la directiva²⁹.

Dicho lo anterior, la ley española establece un elenco de deudas exonerables que excede cuantitativamente a aquel contenido en la directiva comunitaria. Así el artículo 489 bajo el título “*extensión de la exoneración*” establece como premisa el alcance de la exoneración a la “*totalidad de las deudas insatisfechas*” para, seguidamente, proceder a excepcionar aquellas enumeradas bajo los números 1º a 8º del número 1 del precepto.

La norma española excede a aquella previsión contenida en el ya mencionado artículo 23.4 de la directiva europea desde el momento en que adiciona dos categorías de deuda a las ya mencionadas en el precepto europeo. Así, las deudas por salarios correspondientes a los últimos 60 días de trabajo efectivo antes de la declaración de concurso en cuantía que no exceda del triple del SMI, así como los devengados durante el procedimiento, siempre que su pago no hubiera sido

²⁸ Recuérdese sobre el particular la corrección de errores operada sobre el artículo 23.4 de la directiva (DOUE número 43 de 24 de febrero de 2.022) añadiendo el adverbio “*como*” y remarcando el carácter enunciativo y no limitativo del elenco de deudas no exonerables previstas en la norma, posibilitándose así su incremento.

²⁹ En congruencia con el precepto véase el considerando 73 de la directiva en relación con el 81, en tanto en cuanto remarca la debida justificación para, entre otras cuestiones, ampliar el elenco de categorías de deuda exonerables.

asumido por el FOGASA (número 4º del apartado 1 del precepto) adquieren el carácter de deuda no exonerable.

Igualmente, el número 5º del mencionado apartado 1 del precepto establece como deuda no exonerable el denominado crédito público, si bien, durante la tramitación parlamentaria el mismo ha venido a dulcificarse habida cuenta la elevación del importe exento de crédito público³⁰.

Aun cuando ya criticamos tal práctica (sobre todo en relación al crédito público) por entender que la misma no se adecuaba al requisito de justificación y principio de plena exoneración de deudas que preveía la directiva europea³¹, lo cierto y verdad es que la normativa portuguesa también prevé la no exonerabilidad del crédito fiscal.

Efectivamente, frente a la ampliación de deudas no exonerables que realiza la norma española respecto de la previsión de la directiva, la norma portuguesa opta por reducir³² el número de deudas no exonerables. Así, el apartado 2 del artículo 245 -en sede de regulación general- establece únicamente cuatro categorías de deudas no exonerables, a saber, los créditos por alimentos (letra a)), las indemnizaciones debidas por hechos ilícitos dolosos cometidos por el deudor que haya sido reclamados en tal calidad (letra b)), los créditos por multas y otras sanciones pecuniarias por delitos o faltas (letra c)) y los ya mencionados créditos fiscales (letra d)).

³⁰ Véase sobre el particular la diferente redacción y límite establecido en el número 5 del apartado 1º del artículo 489 establecido en la norma que nos ocupa en relación al proyecto sometido a la consideración del congreso de los diputados (pueden consultarse las diferencias comentadas mediante el análisis de dichos artículos públicos en el Boletín oficial del congreso de los diputados Serie A de fechas 29 de junio de 2.022 y 2 de agosto del mismo año. La diferente redacción se produce con ocasión de la promulgación de diversas enmiendas en las que se proponía desde la simple eliminación del apartado 5º del artículo 489, a la restricción de la cuantía de la deuda al 50% o -enmienda 339- la limitación de la exoneración a 15.000€. Véanse sobre el particular las enmiendas 225, 226, 287, 40, 66, 67, 68, 339, 139 y 140 realizadas al artículo 489 del proyecto de ley. Pueden consultarse tales enmiendas en la publicación efectuada por el boletín oficial de las Cortes Generales, Congreso de los diputados, de 20 de abril de 2.022, número 84-3.

³¹ Álvaro SENDRA ALBIÑANA, «A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad».

³² El carácter enunciativo que se predica respecto del catálogo de deudas no exonerables previstas en el artículo 23.4 de la directiva no supone únicamente la posibilidad de su ampliación como ocurre en la española, sino también la reducción de las mismas como resulta de la ley portuguesa.

Del examen de tal precepto llama la atención sobremanera el hecho de la exclusión de determinadas categorías de deudas que, por el contrario, si constan enumeradas en el listado establecido en el número 4 del artículo 23 de la Directiva 2019/1023. Así, las deudas garantizadas, las deudas derivadas de la responsabilidad extracontractual y las deudas devengadas con ocasión del procedimiento tendente a la exoneración de deudas no constan incluidas como deudas no exonerables en el listado contenido en el ya citado artículo 245.

En cuanto a las deudas devengadas con ocasión del procedimiento, la cuestión viene matizada por el número 1 del artículo 240 que establece que son gastos a cargo del deudor la remuneración del síndico y el reembolso de sus gastos³³.

Sorprende sobremanera que las deudas garantizadas -especialmente las hipotecas- no consten como deuda no exonerable³⁴ habida cuenta que en la mayoría de regímenes de derecho comparado³⁵ tal tipo de deudas resultan de atención ineludible – por tanto, no exonerables – habida cuenta su incidencia en el mercado de crédito.

Conclusiones

I. la transposición de la directiva comunitaria al ordenamiento jurídico español ha sido aprovechada por nuestro legislador para proceder a un cambio total en el sistema de exoneración de deudas, prescindiéndose así del actual sistema de umbral de pasivo, de carácter quasi exclusivamente liquidatorio, a un sistema de carácter dual, donde junto a la liquidación la masa activa, puede plantearse una reestructuración de deudas para el insolvente con ocasión de su acceso a la exoneración.

Frente a ello, el sistema portugués parte de una valoración inicial de la posibilidad de obtención de la exoneración, para someter al deudor a un sistema de retención de renta disponible a distribuir entre los acreedores. Además, el país vecino regula un sistema previsto para

³³ Artigo 240º. Fiduciário. 1- A remuneração do fiduciario e o reembolso das suas despesas constitui encargo do devedor.

³⁴ Véase en tal sentido la literalidad del propio artículo 245 e igualmente Victor BASTANTE GRANELL, “Sobreendeudamiento e insolvenza del consumidor en Portugal”, 131.

³⁵ Fernando AZOFRA VEGAS, «La exoneración del Pasivo insatisfecho», 264.

no empresarios y propietarios de pequeñas empresas que se basa en la aprobación de un plan de pagos.

II. El sistema portugués y el español parten de la presunción de la existencia de la buena fe del deudor en congruencia con las previsiones de la directiva comunitaria. El alcance de las excepciones que enervan la presunción es distinto en uno y otro sistema, siendo significativa la mayor concreción y limitado alcance que establece la norma portuguesa en relación a la comisión de determinados delitos cuya determinación guarda relación directa con el estado de insolvencia o con la crisis económica del deudor y ello frente a la norma española que, lejos de restringir el concreto detalle de delitos opta por su ampliación aun cuando los mismos carezcan de relación con la situación de insolvencia.

III. Frente a la limitación temporal de diez años para permitir la reiteración en la solicitud de exoneración de deudas establecida en la norma portuguesa, la española establece dos plazos dependiendo de la vía por la que se haya optado para la exoneración, fijándose en 3 y 5 años respectivamente. A nuestro juicio, el menor plazo establecido por nuestro legislador es más adecuado a la enorme casuística concurrente, habida cuenta la posibilidad de existencia de supuestos de endeudamiento pasivo pudiendo salvarse los supuestos de abuso de derecho mediante el recurso a la buena fe valorativa que permite ahora la norma.

IV. Siendo que la directiva comunitaria establece determinado catálogo de deudas no exonerables, y que la enumeración de tal tipo de deudas tiene carácter enunciativo, los estados miembros pueden ampliar -justificándolo debidamente- el elenco de deudas no exonerables. Al tiempo, pueden reducir el catálogo de deudas respecto de aquél que consta reseñado en la directiva comunitaria. Frente a la ampliación de deudas no exonerables desarrollada por España, nuestros vecinos portugueses han optado por reducir el elenco de deudas no exonerables. Destaca que ambas legislaciones -con matices- procedan a no exonerar el crédito público, y que Portugal opte por calificar como deuda exonerable las deudas garantizadas pese a la previsión de la directiva en sentido disímil.

Bibliografía

AZOFRA VEGAS, Fernando «La exoneración del Pasivo insatisfecho», *Rivista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 85-117.

- BASTANTE GRANELLO, Víctor «Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal», *Revista de Derecho Civil* 3 (2014).
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén «El crédito de condena a la cobertura del déficit en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas» in Carlos GÓMEZ ASENSIO, dir., *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Cizur Menor: Aranzadi: 269-300.
- FERNANDES, Alberto de Carvalho, «La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 3 (2005) 379.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María «Los acreedores: Los sujetos olvidados en la segunda oportunidad» *Revista General de Insolvencia & reestructuraciones* 4 (2021) 328.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor, BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro, DÍAZ REVORIO, Enrique, *El concurso de los acreedores de la persona física*, Madrid: La Ley, 2016.
- FERNÁNDEZ SEJO, José María, *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 2015.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, Martín, «Buena fe y exoneración de pasivo en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021).
- MERCHÁN APARICIO, Carlos, «Derecho comparado de sobreendeudamiento de la persona física: Argentina, Portugal, México, USA», *Revista Lex Mercatoria* 8 (2018).
- SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, «A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad: análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 7 (2021)
- «Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal ¿ultra vires?», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 34 (2021) 173-184.
- “*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- SENENT MARTÍNEZ, Santiago, *Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015.