

# REVISTA DE DERECHO CONCURSAL **ICAV**

## **EDITORIAL**

EUROPA, CRÉDITO PÚBLICO Y  
EXONERACIÓN DEL PASIVO.

## **ARTÍCULOS**

### **FIRMA INVITADA**

**IGNACIO ROMERO**

LAS DERIVACIONES DE  
RESPONSABILIDAD DE DEUDAS  
TRIBUTARIAS Y CON LA SEGURIDAD  
SOCIAL.

### **RAÚL OLMOS**

VIRTUALIDAD PRÁCTICA DE LA  
EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO  
(EPI).

### **SALVADOR IBÁÑEZ**

LA LEY DE SEGUNDA OPORTUNIDAD EN  
ESPAÑA.

## **BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA FORMACIÓN**

## **ENTREVISTA**

**RAFAEL FUENTES DEVESA**

Magistrado Juez.

# 03

EDITORIAL:

ÁLVARO SENDRA  
ALBIÑANA

Europa, crédito  
público y exoneración  
del Pasivo.

# 05

ENTREVISTA A

RAFAEL FUENTES  
DEVESA

Magistrado Juez.

# 13

FIRMA INVITADA

IGNACIO ROMERO  
CORELL

Las derivaciones de  
responsabilidad de  
deudas tributarias  
y con la Seguridad  
Social: actualidad  
e incidencia en  
el concurso de  
acreedores.

# 18

ARTÍCULO

RAÚL OLMOS CANET

Virtualidad  
práctica de la  
Exoneración del  
Pasivo Insatisfecho  
(EPI) cuando el  
concurrido, persona  
física, tiene un  
bien inmueble  
embargado en  
su condición de  
avalista de anterior  
deudor. Aplicación  
práctica del artículo  
37.bis.d TRLC.

# 22

ARTÍCULO

SALVADOR IBÁÑEZ

La Ley de Segunda  
Oportunidad en  
España: el rescate  
de la muerte civil del  
ciudadano insolvente  
y la asignatura  
pendiente del crédito  
de derecho público.

# 23

JURISPRUDENCIA

Boletín Actualidad  
Jurídica.

# 25

FORMACIÓN  
REALIZADA Y  
FORMACIÓN  
PROGRAMADA

**icav**

Ilustre Colegio de  
Abogados de Valencia

REVISTA DERECHO CONCURSAL **ICAV**

NÚMERO 10/2024

[Edita] Sección de Concursal del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Plaza Tetuán, 16- 46003 Valencia. Tel. 963 9412 887

Web: [www.icav.es](http://www.icav.es)

[Director] Álvaro Sendra Albiñana [Coordinadoras] Ascensión Ribelles, Paola Melo.

[Colaboradores] Álvaro Sendra Albiñana, Ignacio Romero Corell, Raúl Olmos Canet, Salvador Ibáñez

[Imágenes] Por Freepik.

Las opiniones que figuran en la publicación "CONCURSAL **ICAV**" pertenecen exclusivamente a sus autores.

# EUROPA, CRÉDITO PÚBLICO Y EXONERACIÓN DEL PASIVO

**Como es bien sabido, recientemente han recaído sendas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), para resolver dos de las cuestiones prejudiciales que sobre la posibilidad de no exoneración del crédito público en la transposición de la directiva comunitaria 2019/1023 por los estados miembros se habían planteado hasta la fecha. La primera de dichas resoluciones da respuesta a la cuestión formulada por la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante (Asunto C-687/22 de 11 de Abril de 2.024 -Sección Segunda-), mientras que la segunda (Asunto C-20/23 de 8 de Mayo de 2.024) resuelve aquellas dudas planteadas por la Audiencia de Oporto (Portugal).**

Las sentencias otorgan una interpretación definitiva al alcance que debe darse al listado de deudas no exonerables contenido en el artículo 23.4 de la Directiva 2019/1023, estableciendo que la lista contenida en tal precepto carece de carácter exhaustivo.

Además, la segunda de las referidas resoluciones valida cierto contenido para la “*justificación*” que los estados miembros pueden establecer a la hora de configurar determinadas categorías de deuda como no exonerables. Los pronunciamientos contenidos sobre este último particular, anticipan el contenido de las respuestas que pueden producirse en relación a parte de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles (Juzgados de lo mercantil 1 de Alicante, 10 de Barcelona y 19 de Madrid).

Pero más allá de un análisis jurídico exhaustivo del contenido y alcance de ambas resoluciones del TJUE, la primera conclusión que procede alcanzar es que la polémica arrastrada durante los últimos años entre los distintos operadores jurídicos acerca de la posibilidad de exoneración del crédito público, ha quedado resuelta de una forma definitiva. Con ello ganamos seguridad jurídica. Ciertamente, no en el sentido que a muchos nos hubiera gustado, pero la seguridad jurídica siempre es bienvenida.

A nivel local, la solución aportada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta

congruente con aquellos otros pronunciamientos que, reiteradamente, venía manteniendo nuestra Audiencia Provincial en todos aquellos asuntos en los que se cuestionaba la posibilidad de exonerar el crédito público. Poca variación encontraremos, por tanto, en aquellos asuntos que se sustancien en la provincia de Valencia.

En todo caso, no es intención de quien suscribe realizar un juicio exhaustivo acerca del acierto jurídico de las referidas sentencias. Ni siquiera se pretende anticipar cuanto ya parece claro en relación al resto de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles.

La reflexión creemos que alcanza mucho más allá y quizás cabe articularla a través de varias cuestiones. La primera: ¿Era posible, a tenor de la regulación establecida en la directiva de reestructuraciones y por aplicación de la misma, que España y Portugal vieran condicionada, limitada o sometida su soberanía en política legislativa, a la hora de la configuración del crédito público como crédito no exonerable?

La pregunta suscitada se completa con otra quizás más ambiciosa: ¿Puede una directiva comunitaria pretender lograr una armonización de determinada institución jurídica que elimine las diferencias entre países miembros en todo el ámbito de la unión, si permite que dichos estados regulen de forma diferenciada -y en ocasiones opuesta- cuestiones sustanciales en relación a dicha institución jurídica?

Más aún: ¿Se alcanzan los objetivos que la propia directiva 2019/1023 preconiza en sus diferentes considerandos, cuando en materia tan sensible como la exoneración del crédito público se permite una cosa y la contraria?

Las preguntas que anteceden se vierten no solo en relación a la categorización de las deudas exonerables, sino también respecto a circunstancias esenciales en relación a la exoneración del pasivo, como puede la ausencia de una concepción única europea del esencial



requisito de buena fe para la obtención del denominado EPI, circunstancia ésta sobre la que también plantean diversas preguntas al TJUE las cuestiones prejudiciales promovidas por el Juzgado mercantil 1 de Alicante y el 10 de Barcelona.

En relación a todo lo hasta aquí expuesto, no cabe desconocer que la materia que nos ocupa, la exoneración del pasivo, es ciertamente sensible para la economía de los países miembros, y no parece ocioso afirmar que su tratamiento concreto en cada estado debe permitir una diferenciada regulación que se adecúe a la realidad económica sobre la que aplicar la institución. Obviar tal premisa nos parece no asumir la distinta realidad económica de los países miembros, pero en congruencia con lo expuesto, pretender que se ha producido una real armonización en materia de exoneración con una regulación tan laxa y permisiva como la contenida en la directiva, es a todas luces excesivo.

Quizás el error fue pretender una armonización en la materia en situaciones económicas y financieras bien distintas. El resultado es que la armonización es meramente formal y nominal, y desde luego dista mucho de tener un contenido material de calado.

Sea como fuere, el TJUE ha dicho, entendemos, la última palabra en relación a la cuestión. La regulación establecida en la directiva, por muy bienintencionados que fueren sus considerandos, minimiza tanto la regulación común a la exoneración del pasivo, que no cumple con la mínima armonización que pudiera resultar exigible para conseguir

aquellos fines que la propia directiva establece, como mínimo, en sus considerandos 7 (*las diferencias entre estados miembros por lo que respecta a los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, se traducen en costes adicionales para los inversores a la hora de evaluar el riesgo de que los deudores vayan a sufrir dificultades financieras en uno o más estados miembros...*) y 8 (*las diferencias entre los Estados miembros por lo que respecta a los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas dan lugar a disparidades en las condiciones de acceso al crédito y a disparidades en los porcentajes de recuperación en los estados miembros. Un mayor grado de armonización en materia de reestructuración, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitaciones es, por lo tanto, esencial para el buen funcionamiento de un mercado interior en general y de la unión de los mercados de capitales en particular, así como para la resiliencia de las economías europeas...*).

**ÁLVARO  
SENDRA  
ALBIÑANA**

*Presidente  
de la Sección  
de Derecho  
Concursal ICAV*



# RAFAEL FUENTES DEVESA.

## MAGISTRADO JUEZ

**RAFAEL FUENTES DEVESA**, es magistrado juez habiendo ingresado en la carrera judicial en el año 1995. Obtuvo la especialidad en derecho mercantil en la primera promoción de magistrados especialistas en el año 2.004. Ha desarrollado su carrera profesional en los juzgados mercantiles de la provincia de Alicante y, posteriormente, en la Audiencia Provincial de Murcia. Actualmente ejerce su labor en la sección 8ª de la Audiencia provincial de Alicante, tarea que complementa con labores docente en la universidad de Alicante al tiempo que participa en diversos foros impartiendo labores de formación para profesionales. Es autor de numerosas colaboraciones en obras colectivas y artículos doctrinales, con especial mención a las relativas al ámbito concursal y a aquellas relacionadas con la propiedad industrial y marcas. Sus fundamentadas y razonadas resoluciones son referencia ineludible en el ámbito del derecho concursal.



### **1.- La Ley 16/22 de 5 de Septiembre de reforma del texto refundido de la Ley concursal para transposición de la directiva europea 2019/1023 ha cumplido ya un año y medio de vigencia. El nuevo texto ha previsto modificaciones importantes en nuestro sistema concursal, especialmente en el ámbito pre-concursal. En términos generales ¿Qué podemos esperar de la nueva ley?**

No se escapa a nadie que la Ley 16/2022 supone un cambio sustancial en el derecho de la insolvencia, tal y como estaba diseñado en la inicial Ley 22/2003, cuya entrada en vigor se produjo en septiembre de 2004, por lo que este año cumplimos el vigésimo aniversario de su puesta en marcha.

Creo que son tres los ejes principales de la reforma de 2022. En primer lugar, un tratamiento más sistemático de la exoneración del pasivo insatisfecho con un doble itinerario. Además de la exoneración tras la liquidación de la masa activa, se contempla la posibilidad de un plan de pagos en cierta manera consensuado con los acreedores, pues en principio no cabe en caso de oposición de los acreedores que representen más del 80% de la deuda exonerable, salvo que el juez, aten-

did las circunstancias particulares del caso, lo imponga.

En segundo lugar, la potenciación de los mecanismos preconcursales, con el plan de reestructuración como institución clave, alrededor de la cual giran todas las especialidades previstas en esta fase preconcursal, como la comunicación de negociaciones, suspensión de ejecuciones o resolución de contratos, entre otras.

Y por último, la creación de un procedimiento especial para microempresarios, como alternativa al procedimiento concursal, con la búsqueda de un cauce rápido, barato y ágil para este nuevo sujeto que es el microempresario.

Si empezamos por esto último, las expectativas se han frustrado creo que de forma absoluta. No es posible establecer un procedimiento basado en aplicaciones informáticas sin implementar estas, tanto en su gestión procesal como en un aspecto tan esencial como la realización de los bienes a través de esa plataforma electrónica de liquidación de bienes.

En cuanto al plan de reestructuración parece que su utilización va en aumento, pero estimo que aún es pronto para hacer un juicio valorativo definitivo acerca del mismo. De una parte, solo cuando tengamos un número suficiente de impugnaciones ante la Audiencias Provinciales podremos afirmar si el uso de este instrumento ha sido o no el que se pensaba que derivaba de la ley, y las lagunas e inconsistencias de la regulación, y, por otra parte, habrá que esperar a comprobar si, efectivamente, las medidas previstas en esos planes homologados han servido para lograr evitar el concurso de los deudores y conseguir la viabilidad empresarial, o si provocan unos efectos colaterales en orden a mayores dificultades o restricciones en la financiación ante el riesgo de debilitamiento de la posición del acreedor financiero o la búsqueda de reforzamiento de garantías externas.

Por último, en cuanto a la exoneración del pasivo insatisfecho no podemos perder de vista que se extiende a todos los deudores y no solo a los empresarios, que es a los que se refiere la Directiva de manera preceptiva. Ello ha provocado unos efectos colaterales de especial relevancia, como ha sido el incremento exponencial de los concursos de personas físicas no empresarios, y en concreto de concursos sin masa, como vía de acceso a la exoneración. Concurso sin masa que no deja de ser el reconocimiento de que el concurso no puede cumplir sus fines, de modo que el “éxito” de aquel no es sino la certificación del fracaso del derecho de insolvencias como respuesta adecuada al conflicto de intereses contrapuestos que subyace en caso de insolvencia.

A lo anterior resulta oportuno mencionar una cuestión de índole procesal que está pasando desapercibida y que creo que puede provocar efectos perniciosos en todo el sistema legal que orbita en torno a la insolvencia en sus distintas fases y es el afán declarado del legislador de evitar con carácter general - al margen de excepciones expresas - la doble instancia en materia concursal, salvo en caso de sentencias, agudizado en el Libro II en los mecanismos preconcursales y en el Libro III con el procedimiento especial de microempresas. Cerrar el paso a la revisión por las Audiencias de múltiples problemáticas que se resuelven por auto implica dejar en manos del juez la definitiva decantación de la normativa, lo cual puede generar diversas exé-

tesis inclusive en el mismo partido judicial, y con ello la afectación de la seguridad jurídica es evidente.

**2.- En general, las situaciones de insolvencia generan escasas expectativas de recuperación de créditos en los acreedores y, al tiempo, poca confianza de continuidad de la empresa en el deudor.**

**¿No cree que la visión de la insolvencia en nuestro país está excesivamente asociada a la idea de fraude y del fracaso, y que la estigmatización del concurso incide demasiado sobre acreedores y deudor?**

**¿Hasta qué punto no debería el legislador establecer, en mayor medida, determinadas ayudas (económicas, fiscales, laborales, financieras o de cualquier otro ámbito) que permitieran la continuidad de mayor tejido empresarial? En tal sentido ¿Cómo podría incentivarse un mayor compromiso del sector financiero con las situaciones de insolvencia sobre todo en PYMES?**

**En esencia, ¿no cree que el éxito -o alternativo fracaso- de la nueva norma dependerá también de la lucha contra la estigmatización que deriva de la situación de insolvencia, y de la concienciación del empresariado español en relación a los potentes instrumentos que concede la nueva norma?**

Es un mantra que esta Ley 16/2022 supone un cambio de paradigma en el derecho de la insolvencia, al pasar el foco de atención a la fase preconcursal, con la potenciación del plan de reestructuración para evitar el concurso y lograr el salvamento de empresas viables. Pero no debemos olvidar que ya se decía hace 20 años que la Ley Concursal de 2003 lo que buscaba era que la entonces moderna Ley dejase de ser un medio para enterrar cadáveres y que se convirtiera en remedio para sanar enfermos.

Después de mi experiencia viendo concursos, en el juzgado mercantil primero y después en la audiencia provincial, creo que no hay que desconocer que el mismo tiene una finalidad liquidatoria de aquellas empresas que no son viables como alternativa de la finalidad conservativa de aquellas que sí que lo son, y en las que sí tiene sentido plantearse la superación de la situación de insolvencia con el mantenimiento de la actividad.

No hay que perder de vista esas dos realidades del concurso, y a partir de ello lo que debe hacerse es potenciar los instrumentos para que ambas resulten eficientes y lograr que el procedimiento sea ágil, rápido y por ello menos costoso, para que la cuota de recuperación de los acreedores sea la mayor posible, ya en caso de que se tengan que realizar los activos para su distribución ordenada entre ellos ya mediante una solución consensuada si resulta viable, con su anticipación ahora con el plan de reestructuración.

En todo caso, es esa realidad empresarial la que determina la respuesta final, y si el presupuesto de la viabilidad empresarial no concurre es evidente que estamos abocados a una solución liquidatoria, sin que la sola previsión legal permita alterar esa conclusión. Hay que dar instrumentos jurídicos a los operadores para revertir la situación de crisis económica, pero ello no basta si el presupuesto de partida no concurre. Si para que este se dé, esto es, que la empresa aun resulte viable cuando acude al derecho de insolvencia, entendido en un sentido amplio, es preciso adoptar medidas, incentivos o apoyos del tipo fiscal, financiero, laboral o de otro tipo, enmarcado todo ello en un cambio de la cultura económica de modo que no sea vea el recurso del derecho de insolvencia como un estigma es algo tan necesario como evidente, pero respecto de lo que los jueces poco podemos decir, al escapar de nuestro ámbito de actuación.

**3.- Plan de reestructuración. Se dice, no sin razón, que somos un país de PYMES y, sin embargo, subyace, entre ciertos operadores jurídicos, la sensación de que la regulación del plan de reestructuración está concebida para grandes empresas y que, por ello, su utilidad se circunscribe a éstas.**

**¿Cuál su opinión al respecto?**

**Estamos viendo ya las primeras resoluciones en materia de reestructuración y parece que la fórmula preconcursal introducida en la norma está teniendo buena acogida. ¿Cree que con el tiempo se podrá llegar a la aplicación generalizada del plan de reestructuración a las PYMES?**

**¿Cree que cumplirá el objetivo de que las empresas acudan a este sistema en un estadio más temprano en relación a su insolvencia?**

**¿No opina que el empresario español no es tan previsor y posterga -o no asume anti-**

**padamente- su situación de insolvencia? ¿Es posible que se revierta generalizadamente esta tendencia?**

**En cuanto a la reestructuración propiamente dicha, existe un cierto temor de que una excesiva permisividad o laxitud en la formación de clases y otras cuestiones relativas a la reestructuración, derive en la obtención de ciertas ventajas competitivas que incidan en el mercado al favorecer la relajación de ciertas obligaciones de unas empresas en detrimento de otras. ¿Como observa la cuestión?**

Es cierto que existe una tendencia a pensar que los instrumentos de reestructuración preconcursales están pensados para las grandes empresas porque no podemos olvidar que la experiencia en los acuerdos de refinanciación era esa, tanto en su diseño como en su puesta en práctica.

Ahora bien, resulta patente que el legislador no quiere limitar el plan de reestructuración a las grandes empresas, como lo revela la previsión específica de normas para las pequeñas y medianas empresas en el art 684 TRLC, entendiéndose por tales aquellas cuyo número de trabajadores durante el ejercicio anterior no supere los 49 y el volumen de negocios anual no alcance los 10 millones de euros, pero siempre que supere los umbrales que identifican la microempresa.

Pero una cosa es la voluntad legal de que se puedan servir también del plan de reestructuración, y otra distinta que, al tratarse de instrumentos que precisan un estudio y preparación no solo jurídica sino económica, financiera o inclusive laboral, si queremos dotarlos de su verdadero sentido, llevan aparejados unos costes que no sé si pueden ser soportados por estas pequeñas y medianas empresas, precisamente en una situación no boyante desde el punto de vista económico. Si los planes han de servir para garantizar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo y evitar el concurso, es indispensable que se adapten a las circunstancias de cada empresa, y ello exige un estudio multidisciplinar, sin que su abaratamiento para su mayor implementación pueda suponer su estandarización.

Por tanto, no es un tanto un problema de exclusión legal, sino de capacidad y ponderación de costes. Al respecto habrá que ver cuándo, cómo y con qué alcance se pone en

marcha el servicio de asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en dificultades previsto en la disposición final duodécima de la Ley 16/22 que cuando menos deberá servir para poner de manifiesto a estas empresas la existencia y oportunidad de los planes de reestructuración, unido a la puesta de marcha de las herramientas de alerta temprana por las Administraciones públicas para que la pequeña y mediana empresa pueda tener conciencia, con una base objetiva, de sus dificultades y en consecuencia acudir al mecanismo que el ordenamiento habilita para superarlas.

Una cultura empresarial en este sentido deberá ser fruto de una evolución llamada a llegar, pues al disponer la normativa de estos mecanismos que permiten esa anticipación, ello podrá tener su repercusión en el juicio de responsabilidad del empresario si este omite injustificadamente acudir a los mismos, de modo que dicha amenaza de incurrir en responsabilidad actuará como incentivo de los mecanismos preconcursales.

En otro orden de cosas, desde el punto de vista más estrictamente jurídico estamos ante una legislación novedosa, que precisa el tiempo necesario para su decantación judicial siempre y cuando el legislador no proceda a su inmediata y reiterada modificación. Será la práctica empresarial, con el tamiz judicial, la que vaya asentando criterios. Parece que las primeras resoluciones no han querido por ello ser restrictivas en temas conflictivos, como la formación de clases o delimitación del perímetro de afectación, pero también es verdad que resultan llamativas las noticias en redes sociales y medios especializados de planes no consensuales en los que el arrastre de clases es cuanto menos discutible.

Si bien se ha dicho que hemos pasado de un sistema de mayorías de pasivos a mayoría de clases, no puede llegar hasta el extremo de que el sacrificio para la superación de la insolvencia, ya sea en su estado más temprano o ya en el más consolidado, se cargue sobre las espaldas de unos acreedores que se vean arrastrados por otros de una manera desproporcionada e injusta. No debemos perder de vista nunca que el ejercicio de los derechos, y entre ellos también el de reestructurar, se ha de ejercitar de buena fe y de forma no abusiva y en los arts 654 y 655 TRLC de manera transversal se trasluce que los planes de reestructuración no pueden suponer la im-

sición a los acreedores afectados de sacrificios más allá de los necesarios y que resulten proporcionados, tanto desde una perspectiva absoluta como relativa, como regla general.

**4.- Beneficio de Exoneración del pasivo insatisfecho. Subyace la idea general de que la nueva ley implementa requisitos más gravosos para el deudor, fundamentalmente, en relación a la regulación del crédito público. Se han llegado a plantear hasta 4 cuestiones prejudiciales sobre el particular ante el TJUE y 2 cuestiones de inconstitucionalidad. Ya tenemos la primera de las cuestiones resueltas e inadmitidos los recursos ante el Tribunal constitucional. Parece, por tanto, que la ausencia de exoneración del crédito público va a implantarse de forma definitiva en nuestro sistema dejando atrás la polémica derivada del texto refundido de la ley concursal del año (“ultra vires”).**

**¿Qué opinión le merece la exoneración parcial del crédito público? ¿Cree que impide una verdadera “segunda oportunidad”? ¿No cree que en España nos enfrentamos ante un problema de “deficit público” (y por tanto de índole económica), más que ante un problema jurídico de implementación de tal exoneración en nuestro ordenamiento?**

El tratamiento del crédito público en la exoneración del pasivo insatisfecho ha sido uno de los grandes temas de controversia desde 2015, en buena medida por la interpretación jurisprudencial favorable a la inclusión del crédito público dentro del perímetro de los créditos exonerables.

En esta tesitura, la Ley 16/2022 opta por una exoneración limitada, bendecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las distintas cuestiones prejudiciales ya resueltas, la primera planteada por la Audiencia Provincial de Alicante en el asunto C- 687/22 y la segunda en el asunto C-20/23 por un tribunal portugués. En ellas se nos aclara que es posible excluir de la exoneración el crédito público porque los considerandos 78 y 81 de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencia permiten sostener que la plena exoneración de deudas no debe interpretarse en un sentido absoluto, sino que existe la posibilidad de establecer excepciones en la normativa nacional siempre que estén debidamente justificadas, y específicamente se considera como tal la exclusión de los créditos tributarios y de Seguridad Social.





Expone que no resulta preciso siquiera que esa justificación esté en la normativa de transposición, sino que se puede determinar por otras leyes o derivarse de la Constitución. Y a nadie se le escapa que el sistema fiscal y de Seguridad Social tiene por objeto atender las necesidades financieras del Estado y entes públicos para lograr hacer efectivo el Estado social de derecho y corregir desigualdades en la distribución de riqueza y renta, lo que entronca con la naturaleza indisponible de esos créditos.

El problema estriba en acompasar ese interés general que subyace en esa justificación con la facilitación de la segunda oportunidad en aquellos casos en los que el crédito tributario o de Seguridad Social debido resulte tal que su mantenimiento, al quedar excluido de la exoneración, de facto supone la negación de esta última. Ello es especialmente relevante en el caso de empresarios deudores, pues quedan así apartados de la actividad económica y con ello se frustra una de las finalidades de la Directiva, que es permitirles reanudar las actividades empresariales, aprendiendo de su experiencia anterior.

Podría ponderarse hasta qué punto está justificado el mantenimiento en toda su extensión del crédito público, más allá del límite legal de 10.000€ cuando parte de ese crédito puede tener un origen exclusivamente sancionador o consistir en recargos y apremios, muchos de ellos por cuestiones de índole formal o retrasos, que en caso de concurso ya se ven degradado a subordinado, y en el que la cuota efectiva de recuperación es ínfima. También de lege ferenda podría plantearse en lugar de la exclusión del crédito público tal y como ahora está diseñado, combinar su moderación apuntada con la fijación de un plazo más largo para el pago, con arreglo al art 23.4 de la Directiva, con la finalidad de permitir la reanudación de actividades empresariales y que los empresarios pueden acceder a esa segunda oportunidad y rehacer su vida profesional.

**5.- Aun cuando la casuística puede resultar inabarcable, en términos generales los concursos de personas físicas no empresarios carecen de cierta complejidad, ante la inexistencia de pasivo laboral, escasa cuantía de su pasivo, poco activo realizable, etc.**

**¿No cree que hubiera sido más eficaz implantar determinado procedimiento especial -en modo análogo al procedimiento especial para microempresas- para estos deudores que les permitiera obtener la exoneración de forma rápida sin necesidad de tramitar todo un concurso de acuerdo a lo establecido en el libro I?**

El concurso de la persona física no empresario tras la reforma del año 22 se encauza, en la generalidad de los casos, a través de una solicitud de concurso sin masa como vía de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Solicitud que da lugar a una mera declaración concursal con unos efectos limitados legales, sin que haya - por regla general- petición por los acreedores del nombramiento de administrador concursal, ya por desconocimiento y por los costes aparejados que conlleva, y, por tanto, sin auto complementario, por lo que realmente es difícil hablar en estos casos de un verdadero concurso de acreedores. Estamos, llamémosle así, ante un concurso limitado, que solo sirve para inundar los juzgados mercantiles, con el consiguiente entorpecimiento del resto de funciones llamados a desempeñar.

Esta ausencia de un concurso real, agravado por la falta de acreedores por regla general en la tramitación de la exoneración, provoca una situación que propicia el abuso, por lo que habría que plantearse si realmente es necesario el previo concurso para acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, que es lo único buscado, siendo el concurso una mera excusa para su logro.

Si esta exoneración es una limitación de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil no veo qué obstáculo existe en diseñar una regulación específica a tal fin, cuyos aspectos sustantivos podrían estar en el mismo Código Civil, a continuación del precepto citado, o bien en una ley específica, con fijación de los requisitos subjetivos y objetivos para acceder al mismo, y cuyo cauce procedimental podría ubicarse en las leyes procesales civiles, con un procedimiento ágil, con los controles necesarios, desvinculado todo ello del proceso concursal, con la previa realización, en su caso, de los escasos activos que de ordinario conforman la masa activa en estos casos, y residenciado ante los Juzgados de Primera Instancia, con lo cual permitiría que la jurisdicción mercantil se dedicara a otros asuntos.

**6.- Estamos asistiendo a un aluvión de concursos de personas físicas y la mayoría de los mismos son concursos sin masa, tramitándose al amparo del artículo 37 ter TRLCon. No cree vd que la regulación en cuestión es excesivamente permisiva y puede alimentar el fraude?. ¿Entiende que se requiere una modificación de la norma en este concreto sentido?**

Ya se ha comentado antes que el concurso de la persona física es, en la generalidad de los casos, un concurso sin masa, pues lo que se busca es acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, y que en realidad es difícil hablar en estos casos de un verdadero concurso de acreedores cuando no se dicta el auto complementario.

Al externalizar el control en los acreedores, que no se lleva a efecto, da pie a una exoneración en la que es habitual la ausencia de acreedores, con el riesgo de que se automatice su concesión, al resultar discutible el alcance del control judicial de oficio, salvo las cuestiones puramente de orden objetivo.

Esta generalización indiscriminada de la exoneración no creo que merezca un juicio positivo. Al no exigir el pago de un umbral de pasivo mínimo para su obtención, el modelo acogido es el de un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor, sea o no empresario, siempre que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta este instituto, puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas que se consideran legalmente no exonerables; buena fe que sigue siendo la clave de bóveda de la exoneración, delimitada normativamente por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente, pero una de ellas - el endeudamiento temerario o negligente - autónomo de la calificación concursal, exige una ponderación que va más allá de comprobar el dato objetivo de la concurrencia de una resolución concursal, penal o administrativa, y que resulta muy difícil si no se formula un incidente contradictorio al efecto, que precisa oposición de acreedores, muchas veces ausentes, lo cual puede dar lugar a situaciones fraudulentas.

Ello aconseja la introducción de cambios encaminados a lograr un mayor control y evitar que no obtengan dicha exoneración aquellos deudores cuyo comportamiento no pueda tildarse de ordenado y diligente. En

la Audiencia Provincial de Alicante ya hemos dicho que si los ingresos permanecen estables, y sin la menor expectativa de aumento resulta negligente incrementar de manera considerable en un reducido lapso temporal los compromisos de deuda. No hay que tener especiales conocimientos de economía para saber que ello desencadena más pronto que tarde en la imposibilidad de atender de manera regular las obligaciones contraídas a su vencimiento, y con ello la frustración de los derechos de cobro de sus acreedores, sin explicación alguna de ese comportamiento por causa sobrevenida o imprevista alguna. Lo contrario sería incentivar el incumplimiento de las obligaciones, con el riesgo moral, social y económico que ello supone.

**7.- ¿Cuál es su opinión en cuanto a la supresión, en la nueva ley, de la figura ministerio fiscal en la pieza de calificación? ¿Y en cuanto al mayor protagonismo de los acreedores en la sección 6ª?. ¿Puede provocar esto excesiva litigiosidad?**

La delimitación de los sujetos legitimados en la sección de calificación tras la reforma del año 2022 creo que es un acierto.

Salvo contadas excepciones, la intervención del Ministerio fiscal nada aportaba al limitarse, atendida la carga de trabajo que pesa sobre el Ministerio público, a reproducir la postura de la administración concursal, sin que se vea afectada la naturaleza pública que también tiene la sección por la ausencia del Ministerio Fiscal.

En cuanto a los acreedores siempre he sido partidario de reconocerles legitimación tras la reforma inicial de la Ley Concursal en el entendido de que si tenían la condición de partes habían de serlo con plenitud de facultades y no capitidismidas como vino a interpretar el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional al inadmitir una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado Mercantil número 1 de Oviedo. Siempre he considerado que no hay nadie más interesado que los acreedores en el ejercicio de la calificación concursal al ser los directamente beneficiados de las condenas de orden patrimonial, dirigidas bien a restablecer el patrimonio concursal con los bienes o derechos indebidamente extraídos del mismo o con la reparación de los daños y perjuicios causados o bien con la cobertura del déficit. Por tanto, lógico que sean los mismos

quienes puedan ejercitar la calificación, sin que el riesgo de que se convierta esa sección de calificación por ello en un “avispero” sea obstáculo alguno.

No solamente no se produce en la práctica porque tal actuación conlleva unos costes de asistencia jurídica y se corre el riesgo del pago de las costas, sino que en todo caso esa invocada complejidad no se puede elevar a argumento impeditivo del derecho a la tutela judicial efectiva. Nunca me he explicado por qué se consideraba que no debían los acreedores ejercitar la acción de calificación en el concurso, y, en cambio, sí podían, sin limitación alguna, instar penalmente el delito de insolvencia punible por conductas que el Código Penal sustancialmente reproduce en términos muy similares a las previstas en el TRLC.

**8.- En términos generales: ¿Cómo valora el procedimiento especial para microempresas?. ¿Lo estima necesario?. ¿No le parece que en ciertos aspectos se descuida en demasía el rigor y la seguridad jurídica, sobre todo en lo relativo a la liquidación?**

La existencia de especialidades en el procedimiento de insolvencia, atendidas las características del sujeto deudor es lógico. La realidad de esos microempresarios es distinta a la de aquellas empresas con un volumen de activos y pasivos elevados, con una relaciones jurídicas complejas frente a la que se supone que ha de implicar la de ese pequeño empresario. Otra cuestión es el diseño del mismo, e incluso su terminología, pues se le cambia hasta el nombre para hablar de procedimiento especial.

La búsqueda de un procedimiento esencialmente rápido, basado en trámites estandarizados e informáticos es atractiva. Pero no es posible después la imprevisión de la falta de implementación informática, con las enormes dificultades en su puesta en funcionamiento, y la creación de unos cauces complejos en lugar de algo intuitivo, como parece que debería ser, atendida la estandarización de los escritos.

Si a ello unimos la escasa precisión jurídica, el resultado es el fracaso del mismo, sobre todo al quedar pendiente de determinar todo lo relativo a la liquidación de los activos a través de una plataforma electrónica de liquidación de bienes de la que se desconoce su



régimen jurídico con los problemas jurídicos que ello puede plantear, como, por ejemplo, quién y cómo debe conocer de las eventuales incidencias que puedan derivarse de esa realización cuando el procedimiento especial está ya concluso y archivado.

**9.- La nueva norma establecía un plazo para la promulgación de un nuevo reglamento que regule la administración concursal. Tenemos un texto que a modo de anteproyecto va circulando entre los distintos operadores jurídicos.**

**¿Entiende vd necesaria una cierta restricción en el acceso a la profesión de administrador concursal?. Cree necesario el examen de acceso?. A su juicio como debería configurarse el sistema de nombramientos y retribución?**

La provisionalidad del estatuto jurídico de la administración concursal se incardina en la línea tradicional del derecho de insolvencia, pues no olvidemos que la Ley de Suspensión de Pagos nació como provisional en 1922 y perduró hasta el año 2003 . Sin tantos años, de momento, algo parecido ocurre con el estatuto del administrador concursal, pues ya son bastantes años en los que la normativa legal no entra en vigor porque su desarrollo reglamentario está aún en los despachos del Ministerio de Justicia , con más de un anteproyecto sometido a examen.

Que es necesario una regulación nueva del arancel y del acceso a la función de administrador concursal creo que no ofrece duda.

El sistema arancelario es manifiestamente inadecuado al estar basado en el procedimiento concursal diseñado en la LC de 2003, totalmente superado por las múltiples reformas legales posteriores. Es imprescindible fijar criterios actualizados y garantizar un cobro mínimo por la función que desarrollan los administradores concursales, con la dotación de la cuenta arancelaria.

También resulta necesario fijar criterios de selección de acceso a la función de administrador concursal, posiblemente con un sistema de evaluación, cuyo alcance y modalidad deberá concretarse en ese reglamento, que posiblemente deba ponderar la situación creada, con un sistema de valoración de la experiencia ya acumulada por los profesionales desde 2004 .Control de acceso para el ejercicio de la función de administrador concursal que permita un sistema de nombramientos más automatizado, con arreglo a criterios objetivos predeterminados.

**ÁLVARO  
SENDRA  
ALBIÑANA**

*Presidente  
de la Sección  
de Derecho  
Concursal ICAV*



# LAS DERIVACIONES DE RESPONSABILIDAD DE DEUDAS TRIBUTARIAS Y CON LA SEGURIDAD SOCIAL: ACTUALIDAD E INCIDENCIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES



En el presente artículo abordamos las derivaciones de responsabilidad a administradores societarios y/o concursales más frecuentes con las que nos podemos encontrar los profesionales, al margen de las sucesiones de empresa, especialmente, las derivadas o relacionadas de los procedimientos concursales. Si bien es cierto que en los últimos meses se ha reducido de forma ostensible el empleo de la figura de la derivación de responsabilidad por parte de los organismos de recaudación de la AEAT y de la TGSS, fruto quizás de las cada vez más frecuentes resoluciones favorables obtenidas por los sujetos derivados ante los TSJ e incluso en ocasiones los TEAR, su uso continúa siendo

demasiado frecuente teniendo en cuenta que nos encontramos ante un instrumento que, al menos sobre el papel, debería caracterizarse por su utilización excepcional y restrictiva, excepcionalidad que en los últimos años se había desvanecido por completo, teniendo en cuenta que según las propias memorias publicadas por la AEAT en el año 2018 se gestionaron 10.741 expedientes de derivación de responsabilidad, cifra que en el año 2022 alcanzó un pico histórico de nada más y nada menos que 31.313 expedientes.

Por su puesto, la finalidad de esta clase de expedientes administrativos no es otra que la de aumentar significativamente las po-

sibilidades de cobro de deudas tributarias y/o sociales de sujetos que habían devenido insolventes, para lo cual esta clase de expedientes ha resultado especialmente eficaz; sin embargo, pese a que la finalidad perseguida sea loable, esta figura no deja de estar impregnada de un marcado carácter coercitivo, pues supone una quiebra del principio de capacidad económica del artículo 31 de nuestra Constitución, al responsabilizar del pago de deudas (y en ocasiones también de sanciones) a sujetos distintos a aquellos que las generaron, terceros, lo cual se ve agravado por la ejecutividad directa de las resoluciones administrativas, lo cual ha abocado a situaciones económicas muy delicadas a muchas personas físicas que, en muchos casos, tras mucho esfuerzo, desgaste personal y económico han acudido después a la tutela de los tribunales y han conseguido anular los expedientes.

A continuación se va a abordar brevemente la principal problemática que ofrece esta figura y con la que nos hemos encontrado en nuestro despacho, teniendo en cuenta, que la Agencia Tributaria y la TGSS disponen de procedimientos muy distintos para declarar la responsabilidad solidaria o subsidiaria del administrador societario o concursal por deudas propias de la empresa administrada.

### DERIVACIONES DE LA AEAT. LA OBJETIVACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO.

En el caso de las derivaciones de responsabilidad por deudas tributarias, caracterizadas en los últimos años por el automatismo con el que se han iniciado y por ser mucho más frecuentes que las de la TGSS, los expedientes de derivación promovidos por la AEAT tienen su fundamento y se encuentran regulados en los artículos 42 y 43 de la Ley General Tributaria, en función de si se pretende la declaración de la responsabilidad solidaria o subsidiaria. Vamos a centrarnos en el procedimiento de responsabilidad subsidiaria de los administradores de los artículos 43 apartados a) y b), los más frecuentes y los más intrínsecamente relacionado con el objeto del presente artículo.

Por lo que respecta a la derivación de responsabilidad tributaria con fundamento en el artículo **43.1.a) de la Ley General Tributaria**, dicho procedimiento exige la concurrencia de 4 requisitos que ha ido perfilando el TEAC en resoluciones como la de 22 de octubre de

2019, 00-02479-2017; 00-04431-2017, son los siguientes:

- a) La **declaración de fallido del deudor y/o de los responsables solidarios**, si hubieran sido declarados.
- b) **Comisión de una infracción tributaria por la sociedad administrada.**
- c) **Condición de administrador de hecho o de derecho** al tiempo de cometerse la infracción.
- d) Una **conducta en el administrador que se relacione con el propio presupuesto de la infracción reveladora de no haber puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de la obligación tributaria.**

Por su parte, la derivación de responsabilidad tributaria fundada los presupuestos de hecho que deben concurrir para que exista la responsabilidad prevista en el en el **artículo 43.1.b) de la Ley General Tributaria**, según la jurisprudencia, son:

- a) El **cese de hecho en la actividad.**
- b) Existencia de **obligaciones tributarias pendientes de pago.**
- c) **Concurrencia de la calidad de administrador.**
- d) **Que el administrador no hubiera hecho lo necesario para el pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.**
- e) Que hayan sido **declarados fallidos los deudores principales y los posibles responsables solidarios.**

La diferencia entre estos dos tipos de procedimientos radica esencialmente en que mientras que el del apartado a) contempla un supuesto de responsabilidad directamente vinculada a una infracción tributaria, en el del apartado b), lo que se “penaliza” esencialmente es la existencia de una actitud omisiva, es decir, que la sociedad haya cesado en su actividad de facto y que el administrador no haya procedido a su cierre ordenado o a la declaración de concurso de acreedores conforme exigen la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Concurso de Acreedores.

Ambos procedimientos exigen la concurrencia de unos **requisitos objetivos** (se dan o no se dan como la condición de administrador en un momento dado) y la concurrencia de un **elemento o requisito puramente subjetivo** que, **en el caso del 43.1.a)** es la concurren-



cia de una conducta del administrador que se relacione con el propio presupuesto de la infracción tributaria de la sociedad reveladora de no haber puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de la obligación tributaria y, **en el caso del 43.1.b)** es que el administrador no hubiera hecho lo necesario para el pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.

Pues bien, es este elemento subjetivo en el que radica el quid de la cuestión, pues el boom de derivaciones de responsabilidad en los últimos años radica, precisamente, en la ligereza con la que la AEAT ha tratado el mismo, empleando formulas genéricas que, en la práctica, han supuesto la anulación de un gran número de resoluciones de este tipo en sede contencioso-administrativa por falta de motivación de este elemento subjetivo, pues la AEAT no se ha preocupado en la mayor parte de las ocasiones de deslindar la conducta de la sociedad o el devenir de la misma de las conductas propias e independientes del administrador, que son las que posibilitan la derivación de la deuda a su persona. Se ha recurrido a formulas tan básicos como: si una mercantil ha sido sancionada por la AEAT por impagar una deuda tributaria, aunque el impago de-

rive de una situación de insolvencia fortuita e incluso generada en el seno de un concurso de acreedores, se considere que en última instancia la gestión del administrador es la responsable de que la sociedad no hay satisfecho sus deudas, empleando el axioma de si la sociedad no ha pagado es responsable el administrador que debería haberlo procurado.

No hay que perder de vista que nos encontramos en el seno de expedientes administrativos que tienen reconocido carácter sancionador (véase la reciente STS 1217/2023 de 2 de octubre recaída en el recurso 8791/2021) y a los que, por tanto, resulta de aplicación los mismos principios del Derecho Penal, por lo que el elemento subjetivo, objetivado en los últimos años por la AEAT reviste una importancia capital y su concurrencia debe ser constatada de forma exquisita.

La objetivación del elemento subjetivo aboca a los administradores en la práctica a una inversión en la carga de la prueba, ha acreditar que se ha desempeñado el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, inversión de la carga de la prueba respecto de la que se tendrá que pronunciar nuestro más Alto Tribunal tras el



reciente Auto de la sección 1ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2024, en el recurso de casación 3452/2023, que ha admitido un recurso que versa sobre dicha cuestión.

### **DERIVACIONES DE LA TGSS. EL LEVANTAMIENTO DE UN VELO MÁS LIVIANO.**

Al contrario de lo que ocurre en el caso de las derivaciones de deudas tributarias, las derivaciones de deudas con la seguridad social no tiene previsto un procedimiento concreto, sino que encuentra su fundamento último en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), precepto que prevé que los administradores puedan asumir personalmente la responsabilidad por deudas societarias originadas a causa de daños en los que haya intervenido de forma dolosa o culposa (negligente). Como vemos, es el mismo precepto al que recurriría cualquier acreedor ordinario que pretendiese que el administrador respon-

diese personalmente del pago de las deudas societarias, en ejercicio de la acción individual de responsabilidad de administradores, y además, uno de los artículos reflejo de la doctrina clásica del levantamiento del velo.

Este tipo de derivación normalmente se produce en base al incumplimiento por parte del administrador de la obligación prevista en el artículo 367 de la LSC (de carácter objetivo y presuntivo), que le exige solicitar la disolución de la sociedad o el concurso de acreedores en el plazo de 2 meses cuando concurra una causa legal de disolución (las del 363 LSC fundamentalmente).

Se trata por tanto de una transmutación de la clásica acción individual de responsabilidad del administrador en un expediente administrativo, por lo que en contraposición con lo que ocurre en el caso de los acreedores ordinarios, no se exige el inicio de una acción judicial y, a mayor abundamiento, la actuación de la administración estará siempre revestida de la presunción de veracidad que el perjudicado tendrá que esmerar en desmontar (inversión de la carga de la prueba).

En la práctica profesional del despacho nos hemos encontrado con casos en los que, dándose una causa de disolución de una mercantil, como por ejemplo la existencia de pérdidas que hubiesen dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, aun cuando dicha situación se hubiese revertido en los 3 meses posteriores, los Juzgados han considerado que la obligación era concursar o disolver la sociedad en los 2 meses siguientes a que sobreviniese la causa de disolución y, por tanto, han confirmado la procedencia de la derivación. Como vemos, la interpretación es estricta y en ocasiones también contraria a la lógica y la realidad del devenir empresarial.

### **DERIVACIONES EN SEDE CONCURSAL. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES Y LIQUIDADORES DEL 43.1C) DE LA LGT.**

Pese a que continúan sin ser frecuentes las derivaciones de responsabilidad tributaria a administradores concursales, existen y se están dando cada vez con mayor asiduidad. Es más, aun cuando la derivación de responsabilidad de un administrador concursal también puede declararse por la Agencia Tributaria en



base a los apartados a y b del artículo 43 de la LGT que hemos visto, el apartado c) de dicho precepto prevé un supuesto específico para estos profesionales, en los términos que se transcribe a continuación:

“Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria (...) Los integrantes de la administración concursal y los liquidadores de sociedades y entidades en general que no hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados tributarios. De las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones responderán como administradores cuando tengan atribuidas funciones de administración.”

Sin perjuicio de que la derivación a los administradores concursales en base al apartado c) del artículo 43 de la LGT apenas ha despertado el interés de la doctrina, más aún, si lo comparamos con los apartados a) y b) del precepto, la jurisprudencia de los Tribunales se ha encargado de perfilar algunas cuestiones relevantes, como por ejemplo, la resuelta por la Sala de conflictos jurisdiccionales del Tribunal Supremo en su Sentencia 2/2018 de 21 de marzo, en la que se reconoció la competencia de la AEAT durante la sustanciación del concurso para declarar y exigir la responsabilidad subsidiaria del administrador concursal frente al requerimiento de inhibición del Juez del concurso a la AEAT para que la misma se abstuviese de continuar conociendo del procedimiento administrativo en el que ya había declarado la responsabilidad subsidiaria del administrador concursal de unas deudas tributarias pendientes de la entidad concursada por ser administrador de la misma en el momento en que se cometieron las infracciones tributarias en base al artículo 43.1 c) LGT. Con carácter previo, la AEAT había liquidado las correspondientes deudas de la entidad concursada y declarado su carácter fallido. La novedad de dicha Sentencia radicó en haber admitido que esa responsabilidad pueda ser declarada por la AEAT vigente el concurso, sin necesidad de esperar al Auto de conclusión, siendo aplicable el artículo 176 LGT sobre la competencia de la Administración Tributaria para declarar fallidos al deudor principal y en su caso a los deudores solidarios para, después, dictar acto de declaración de responsabilidad del administrador concursal con las consecuencias pertinentes.

## **EL CONCURSO DE ACREEDORES COMO HERRAMIENTA PREVENTIVA ESENCIAL, LA AEAT Y LA TGSS COMO “ACREEDORES MUY PRIVILEGIADOS”.**

Sin perjuicio de que como hemos visto la declaración de concurso y su sustanciación no es óbice para que se deduzcan expedientes de derivación de responsabilidad tanto frente a los administradores societarios como a los administradores concursales, resulta indiscutible que no recurrir a la declaración de concurso cuando concurren las circunstancias para ello, en un contexto de deudas tributarias y/o con la TGSS, supone un riesgo elevado o más bien una garantía de que los órganos de recaudación acabarán por recurrir a esta figura.

En un momento como el actual en el que el uso de esta figura se ha generalizado, resulta todavía más importante si cabe la labor preventiva que deben desempeñar los órganos de administración de las entidades, tratando de ser lo más diligente posible cuando sobrevienen circunstancias adversas a la compañía y adoptando con carácter urgente medidas para revertir la situación (intentos de acuerdos con acreedores, peticiones de aplazamiento y fraccionamiento, medidas de reestructuración de la compañía...).

En el caso concreto de los administradores concursales, las circunstancias actuales obligan a los mismos a procurarse un conocimiento exhaustivo de la situación tributaria de la concursada, tanto con carácter previo a la declaración del concurso como a lo largo de su transcurso.

### **IGNACIO ROMERO CORELL**

*Abogado.  
Socio director de  
Romero&Llodrá  
Abogados  
y Asesores  
Tributarios.*



# VIRTUALIDAD PRÁCTICA DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (EPI) CUANDO EL CONCURSADO, PERSONA FÍSICA, TIENE UN BIEN INMUEBLE EMBARGADO EN SU CONDICIÓN DE AVALISTA DE ANTERIOR DEUDOR. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 37.BIS.D TRLC.

## INTRODUCCIÓN.

Una de las principales novedades incluidas en el Proyecto de Ley de Reforma del texto refundido de la Ley Concursal (1), fue la inclusión de un régimen completamente novedoso para los concursos sin masa, que supone un cambio radical en el enfoque de los mismos. Eso tuvo su refrendo en lo que, a fecha de hoy, está en vigor, la Ley 16/2022 (2).

## LA EXONERACIÓN DE DEUDAS EN LA LEY DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

Con el RD 1/2015 (y, posteriormente, la Ley 25/2015), se introdujo en el ordenamiento español jurídico el mecanismo de segunda oportunidad. Este tipo de instrumentos presentan varias ventajas económicas tales como que incentivan la recuperación económica del deudor, evitan la promoción de la economía sumergida, facilitan un cobro parcial de los acreedores y mantienen el nivel de emprendimiento y empleo.

Además de las motivaciones económicas, la Ley de la Segunda Oportunidad tiene objetivos ético-sociales. Como reconoce en su propia Exposición de Motivos, uno de sus obje-

tivos fue facilitar la recuperación económica de una sociedad todavía lastimada por la crisis económica de 2008. Así, propone una serie de medidas cuyo objetivo es que el insolvente, que lo sea de buena fe, pueda cancelar sus deudas y volver a empezar. Sin embargo, resulta sorprendente que, dentro de este carácter ético-social, la Ley no amparara a los avalistas y fiadores del quebrado. De hecho, el artículo 492 TRLC, en su apartado 1º, refleja expresamente:

“Artículo 492. Efectos de la exoneración sobre obligados solidarios, fiadores, avalistas, aseguradores y quienes, por disposición legal o contractual, tengan obligación de satisfacer la deuda afectada por la exoneración.

1. La exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores, avalistas, aseguradores, hipotecante no deudor o quienes, por disposición legal o contractual, tengan obligación de satisfacer todo o parte de la deuda exonerada, quienes no podrán invocar la exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor.



Por su parte, el artículo 1847 del Código Civil, al hacer referencia a la fianza, refleja una aparente contradicción. Y es que consta que la fianza es una obligación accesoria y, como tal, sigue la suerte de su principal, bajo el principio general del derecho *“accessorium sequitur principale”*. Esto impide que la obligación accesoria exista por sí misma, si se cancela la obligación principal. Por tanto, la extinción de la deuda principal (en este caso mediante la EPI) debería llevar asociada la extinción de sus obligaciones accesorias (en este caso la fianza o aval). En este sentido, el propio Código Civil determina, en su artículo 1847 que:

*“La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones”.*

Esto quiere decir que, si el deudor se ha acogido a la EPI, se libraría de sus deudas y el avalista de su responsabilidad. No obstante y, aquí la aparente contradicción, según el artículo 492 TRLC, la responsabilidad de los avalistas sigue siendo exigible.

De una lectura literal del TRLC se concluye que existe un mecanismo (EPI) que permite al insolvente librarse de sus deudas impagadas. No obstante, en caso de tener avalistas o fiadores que deban responder por tales deudas, la concesión de la EPI al quebrado no salvará a aquellos. Por ello, estos avalistas o fiadores, en algunos casos simplemente familiares tales como cónyuges, padres, hermanos, etc, que firmaron en su momen-

to, sin más conocimiento, deben realizar su propio procedimiento concursal, ya que son demandados por los acreedores, que no han visto satisfechos sus créditos por el obligado principal.

Y es aquí donde se produce la situación del caso de la persona física, avalista de su empresa o del obligado principal, que tiene, en su casa o segunda residencia, anotado un embargo de ejecución de título judicial consecuencia de su consideración de fiador. Y tras realizar (o no, si no existían) los bienes de la mercantil o del deudor principal en concurso, los acreedores han embargado su vivienda para tratar de alcanzar el cobro de su deuda, tras la interposición de una ejecución de título judicial ante un Juzgado de Primera Instancia. Es muy frecuente que la deuda de la persona física provenga mayoritariamente de su condición de fiador solidario al momento de la contratación de la financiación bancaria de las mercantiles en las que actuaba como administrador o, sin serlo, únicamente como fiador. Al momento de esa contratación, el avalista no es un deudor solidario, sino fiador solidario. Lo que eran deudas de tercero, hoy son deudas en su propio concurso de persona física, pero no lo eran al nacimiento de las mismas.

Así, el concepto de *‘segunda oportunidad’* en el que se basa la idea de concurso de acreedores no se aplicaba a la persona física, negándole a ésta el derecho a volver a empezar y salir de una situación de endeudamiento que podría lastrar indefinidamente. Esto cambió, afortunadamente, desde que,

en el 2015, momento en que se comenzó a desarrollar un mecanismo(a día de hoy perfeccionado) para resolver las situaciones de endeudamiento de particulares, incluyendo a profesionales autónomos, sin que deban responder de las deudas, con sus bienes presentes y futuros (1911 CC responsabilidad patrimonial universal).

El gran descubrimiento práctico es que, acreditando la realidad del contenido del apartado d) del artículo 37 bis TRLC (3), permite que se pueda mantener y poder volver a tener actos de disposición sobre el bien, pero pasada la travesía del concurso.

**«Sección 4.ª De la declaración de concurso sin masa»**

*Artículo 37 bis. Concurso sin masa.*

*Se considera que existe concurso sin masa cuando concurren los supuestos siguientes por este orden:*

...

**d) Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.**

Respecto de este último apartado, se debe acreditar con una tasación actualizada del bien inmueble, que el valor de mercado del citado bien es inferior a la deuda que figura anotada respecto del mismo. No es requisito imprescindible que la tasación haya sido realizada por entidad adscrita al Banco de España, pero sí debe hacerse y los Juzgados mercantil así lo están aceptando, al menos, por un Perito Tasador Judicial Inmobiliario.

Suele ser habitual, por parte del acreedor que no satisfizo la totalidad de las deudas, ir posteriormente a por el avalista – fiador y, consecuencia de ese camino, acabar anotando en el Registro de la Propiedad el embargo sobre la finca del avalista por el principal, intereses y costas.

Acreditado, pues, que la deuda que consta anotada (siempre como base mínima ya que los intereses podrán ser actualizados por el acreedor que anotó el embargo consecuencia de una ETJ) es, si quiera un euro mayor que la tasación actualizada aportada, podremos

defender y, sobre todo, conseguir, al abrigo de este apartado d) del artículo 37 bis, que el concurso finalice con la exoneración de las deudas de la persona física y además, con el levantamiento de la anotación del embargo que pesaba sobre el inmueble del concursado, haciendo que, transcurridos unos meses desde la solicitud de concurso, el bien siga en la esfera del ex concursado persona física, sin traba o embargo alguno y pudiendo ejercitar las acciones que, como propietario, permite dicho bien, ya sea venderlo, gravarlo, etc..., sin más cortapisas e impedimentos que los propios de cada operación, pero ya sin el yugo del embargo. Y eso porque la deuda del acreedor tiene la naturaleza de exonerable, de manera que la totalidad de la deuda desaparece.

Finalmente, con la EPI dictada en los autos del concurso, habría que acudir al Juzgado de Primera Instancia donde se siguió la Ejecución de Título Judicial para que levante el embargo y dicte mandamiento de levantamiento de cargas, en base a la exoneración conseguida en el Juzgado de lo Mercantil. Con ello, debemos acudir finalmente al Registro de la Propiedad, para que se produzca el levantamiento efectivo registral de las cargas que pesaban sobre el inmueble, concluyendo que dicho bien quedará sin carga alguna derivada de la deuda comentada.

- (1) aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.
- (2) de 5 de Septiembre de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.
- (3) De la reforma de la Ley Concursal en cuanto al capítulo V del título I del libro primero una nueva sección 4.ª

**RAÚL OLMOS  
CANET**

*Abogado.*



# LA LEY DE SEGUNDA OPORTUNIDAD EN ESPAÑA: EL RESCATE DE LA MUERTE CIVIL DEL CIUDADANO INSOLVENTE Y LA ASIGNATURA PENDIENTE DEL CRÉDITO DE DERECHO PÚBLICO



España ha sido uno de los estados miembros de la Unión Europea que más ha tardado en adaptar su legislación interna a los estándares del Derecho Comunitario. En nuestro país, el legislador español ha sido siempre reactivo a incorporar a nuestro derecho interno la normativa europea encaminada a resolver el problema del sobreendeudamiento.

Desde la Unión Europea se han realizado distintas propuestas para armonizar las distintas legislaciones nacionales. En un primer momento, la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 aconsejó a los Estados miembros la condonación de deudas a

los ciudadanos insolventes. Posteriormente, la Directiva UE 2019/1023 obligó a los estados de la UE a transponer en su legislación nacional medidas para resolver situaciones de sobreendeudamiento, insolvencia y exoneración de deudas, con la finalidad de rescatar de la muerte civil a ciudadanos insolventes de buena fe condenados durante años a vivir en situación de exclusión social y economía sumergida.

Mientras otros estados miembros ya contaban a finales del siglo XX con sistemas de exoneración de deudas operativos, nuestra Ley Concursal del año 2003 no hizo mención

alguna de esta institución, han sido necesarias varias reformas legislativas para disponer en nuestro derecho concursal de un mecanismo operativo y eficiente de Segunda Oportunidad.

Hasta la Ley 14/2013, en nuestro derecho no existía alternativa alguna al principio de responsabilidad patrimonial recogido por el artículo 1911 del Código Civil, que obliga a los ciudadanos españoles a responder del pago de sus deudas con todos sus bienes, presentes y futuros.

Por fin, la Ley 25/2015 introdujo por primera vez en nuestro derecho la Segunda Oportunidad, donde tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocieron la necesidad de condonar, entre otras, las deudas de derecho público.

La aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) tampoco impidió a la jurisprudencia pronunciarse a favor de la condonación de las deudas de derecho público, argumentando entre otras razones de técnica legislativa.

La Ley 16/2022 ha transpuesto la Directiva 2019/1023, estableciendo un único régimen jurídico de exoneración de pasivo insatisfecho, aplicable a todos los ciudadanos, tanto empresarios como consumidores, a través de un procedimiento judicial que les permite elegir entre el cumplimiento de un plan de pagos o la liquidación del patrimonio.

El TRLR vigente reconoce excesivos privilegios a favor de las deudas de derecho público. Se cuestiona el reconocimiento de la buena fe a los ciudadanos insolventes que tienen deudas de derecho público y se limita cuantitativamente el importe máximo de las deudas exonerables a diez mil euros con la AEAT y otros diez mil euros con la TGSS.

Entre las deudas no exonerables, se cuestionan las deudas de derecho público, que únicamente se exoneran hasta un máximo de diez mil euros de las deudas recaudadas por la AEAT y otros diez mil euros de la TGSS. No es fácil entender el porqué de este importe máximo exonerable, que es el mismo para todos los ciudadanos, sean consumidores o empresarios, sin distinguir si el crédito de derecho público es privilegiado, ordinario o subordinado. Tampoco se hace referencia alguna al cierre imperativo decretado durante

la pandemia del COVID, que afectó a todas y cada una de las actividades declaradas no esenciales, a lo largo de dos estados de alarma, declarados inconstitucionales, sin que se haya suspendido o condonado ni el pago de impuestos devengados a favor de la AEAT ni el pago de las cotizaciones a la Tesorería General de la Seguridad Social.

La no exoneración de deudas de derecho público, perpetua un ciclo de deuda y exclusión social que contraviene el espíritu de la Ley de Segunda Oportunidad y la propia Directiva Europea, cuyo objetivo es precisamente reintegrar económicamente a los ciudadanos y permitirles una verdadera segunda oportunidad.

En conclusión, mientras que la actual legislación que regula la Segunda Oportunidad ha supuesto un avance significativo en la legislación española, aún quedan aspectos críticos por resolver, especialmente en lo referente a las deudas de derecho público. La adaptación completa y efectiva de la normativa europea en esta materia es esencial para garantizar que los ciudadanos insolventes de buena fe, puedan beneficiarse de una auténtica Segunda Oportunidad y así evitar la perpetuación de situaciones de insolvencia y exclusión social.

**SALVADOR  
IBÁÑEZ**

*Abogado  
Ibañez Alcañiz y  
asociados.*



# *BOLETIN JURISPRUDENCIA*



**1.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (ECLI:ECLI:ES:APV:2023:2894) de 17 de Octubre de 2.023 (Ponente: Sr. De la Rúa Navarro): La sala resuelve un recurso de apelación para su desestimación, por entender que no procede la exoneración del crédito público titularidad de la TGSS más allá del límite establecido en el artículo 489.1.5º TRLC aun cuando dicha ausencia de exoneración, en un futuro próximo impida al deudor-concurrido la obtención de la correspondiente pensión de jubilación por no hallarse al corriente en el pago de las deudas a la propia TGSS y ello sin perjuicio de que la problemática debatida en este particular extremo pueda ser resuelta en otra jurisdicción.**

**2.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (ECLI: ECLI:ES:APMA:2023:2337A) de 29 de Noviembre de 2.023 (Ponente: Ilmo. Sr. D Luis Shaw Morcillo):** Ante una solicitud de concurso necesario desestimada en la instancia, la sala de apelación resuelve el recurso interpuesto contra la misma para estimarlo por entender que el acreedor ostentaba legitimación aun cuando su crédito no estuviese vencido o su cuantía fuera incierta, bastando para tal solicitud un principio de prueba del crédito que ostenta. Además concreta qué debe entenderse por “*afectación general al patrimonio del deudor*”, por “*sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones*” y la “*existencia de sobreseimientos sectoriales con la TGSS y la AEAT*” como hechos externos de la insolvencia.

**3.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (ECLI: ECLI: ES: APM: 2023:1935A) de 29 de Noviembre de 2.023 (Ponente: Sr. Ripoll Olazábal),** en un procedimiento de reclamación de cantidad originado por la situación de insolvencia del Banco Popular Español S.A, la sala de apelación estima el recurso interpuesto por el banco para, tras analizar la normativa aplicable en situaciones de insolvencia de entidades financieras en relación a determinado órgano administrativo de la unión europea, concluir que será el conjunto de los socios y los acreedores quienes deberán de asumir las pérdidas derivadas de la situación de crisis económica sufrida por la entidad, siempre que éstas no sean mayores que aquellas que debieran de haber asumido en un procedimiento concursal.

**4.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (ECLI: ECLI:ES:APV:2024:35) de 27 de Marzo de 2.024 ( Ponente: Sra Molina Pla):** la sala acoge el recurso de apelación suscitado contra un auto de homologación de un plan de reestructuración tras el análisis de diversas cuestiones jurídicas en relación a la naturaleza de determinados créditos y la configuración de clases en el seno del plan.

**5.- Sentencia del TJUE (ECLI: ECLI:EU:C:2024:389) de 8 de Mayo de 2.024 (Ponente F.Biltgen), Procedimiento núm. C 20/2023.** La sala resuelve determinada cuestión prejudicial planteada por la Audiencia de Oporto para concretar que el artículo 23.4 de la Directiva 2019/1023 carece de carácter exhaustivo y que la justificación para ampliar el elenco de deudas no exonerables previstas en tal listado por parte de los países miembros puede basarse en el interés general sin que resulte necesario que tal justificación se encuentre en la propia normativa de transposición.

**6.- Sentencia del TJUE (ECLI: ECLI:EU:C:2024:331) de 18 de Abril de 2.024 (Ponente Küllike Jürimäe), Procedimiento núm. C 765/2022.** La sala resuelve determinadas cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado de lo mercantil 1 de los de Mallorca en relación al concurso de *air berlin* y la interpretación que debe darse a ciertos preceptos del Reglamento europeo de insolvencia 2015/848/UE, para concluir que la ley del estado de apertura del procedimiento de insolvencia secundario se aplica únicamente a los créditos nacidos después de la apertura de ese procedimiento y no tras la apertura del procedimiento principal. Al tiempo se señala que la masa de los bienes situados en el estado en que se haya apertura el procedimiento secundario, está constituida por los bienes que se encuentren en el estado en que se haya abierto dicho procedimiento en el momento de su apertura y, el AC del procedimiento de insolvencia principal puede trasladar bienes del deudor fuera del territorio de un estado miembro distinto del de ese procedimiento de insolvencia, aun cuando existan créditos laborales o embargos preventivos reconocidos por los tribunales. El administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundario puede ejercitar una acción revocatoria contra un acto realizado por el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal.



## FORMACIÓN REALIZADA

En este último trimestre, como viene siendo habitual la Comisión Ejecutiva de la Sección de Derecho Concursal del ICAV, en su compromiso con la formación de todos los compañeros de la Sección, ha organizado diversas ponencias, cursos y seminarios. Entre ellos:



### Desayuno concursal.

17/05/24

Últimos pronunciamientos judiciales en relación a la exoneración del pasivo insatisfecho. Jorge de la Rúa Navarro.

## FORMACIÓN PROGRAMADA

### DESAYUNO CONCURSAL ICAV:

Las relaciones laborales en la transmisión de la unidad productiva. Estado de la cuestión.

Se celebrará el viernes 28 de junio de 2024, en presencial en Aula ICAV.

Organiza la sección de derecho concursal y derecho laboral.

### VI ENCUENTRO INTERCOLEGIAL CONCURSAL.

Se celebrará los días 4 y 5 de julio de 2024 en el Hotel Balneario las Arenas.

Organiza el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Colegio de Censores Jurados de Cuentas de la C.V., Colegio Oficial de Titulares Mercantiles y Empresariales de Valencia, Colegio de Economistas de Valencia y Colegio de Procuradores de los tribunales de Valencia.

### 8ª EDICION DEL CURSO DE EXPERTO EN DERECHO CONCURSAL.

Se celebrará desde el 23 de septiembre de 2024 hasta el 30 de enero de 2025. Semipresencial

Organizado por el ICAV.



# SECCIÓN DERECHO CONCURSAL

SIGUE TODA LA  
INFORMACIÓN DE NUESTRA  
SECCIÓN

Si quieres  
colaborar en  
nuestra revista,  
escuchamos tus  
ideas y opiniones

escribenos a:

*[seccionconcurisal@icav.es](mailto:seccionconcurisal@icav.es)*

