

MÁSTER EN ABOGACÍA

Ilustre Colegio de Abogados de Santa cruz de Tenerife.

Escuela de Práctica Jurídica

Curso 2021/2022

Convocatoria de Marzo

PRESENTE Y FUTURO DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Alumno: William S. Hurtado Vélez
Tutora: Dra. Lourdes Melero Bosch
Área de conocimiento: Derecho Mercantil

Tabla de contenido

I. INTRODUCCIÓN	3
II. LOS CRÉDITOS PÚBLICOS	5
A. CONSIDERACIONES PREVIAS RESPECTO DE LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN MATERIA CONCURSAL.	5
B. CONCEPTO DE CRÉDITOS DE DERECHO PÚBLICO	7
III. LAS SOLUCIONES PRE CONCURSALES Y LOS CRÉDITOS PÚBLICOS CON LA REDACCIÓN ACTUAL DEL TRLC	10
A. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN	10
B. LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO	14
C. EL RÉGIMEN DE EXONERACIÓN DE DEUDAS DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS.	16
IV. LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023, DE 20 DE JUNIO DE 2019, SOBRE RESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA	19
A. CONSIDERACIONES COMUNES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.	19
B. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2019/1023	20
1. Los marcos de reestructuración preventiva	20
2. Las herramientas de alerta temprana	22
3. Los planes de reestructuración	23
4. La exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor de buena fe	25
V. EL PROYECTO DE REFORMA DE LEY DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL	26
A. CONSIDERACIONES PREVIAS DEL PROYECTO DE REFORMA DE LEY DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL	26
B. LOS CRÉDITOS DE DERECHO PÚBLICO EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.	29
VI. CONCLUSIONES	32
VII. BIBLIOGRAFÍA	34

RESUMEN

La transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, supone la oportunidad efectiva para que el legislador amplíe el ámbito de aplicación de los instrumentos pre concursales, y elimine aquellos obstáculos que impiden la consecución de sus objetivos principales que son asegurar la pervivencia de aquellas empresas viables, y reducir las pérdidas económicas de los acreedores.

Uno de los mayores obstáculos que dificultan la efectividad de los mecanismos pre concursales son los créditos de derecho público en la medida en que, los mismos, se encuentran protegidos por unas prerrogativas que aseguran su indisponibilidad y tratamiento diferenciado en los procedimientos.

En el presente trabajo abordaremos desde una perspectiva crítica y cronológica el origen de las prerrogativas de los créditos de derecho público, sus consecuencias y razonaremos el por qué el legislador nacional ha decidido mantenerlas en el Proyecto de Reforma de Ley del Texto Refundido de la Ley Concursal.

ABSTRACT

The transposition of Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council, of June 20, 2019, on restructuring, insolvency and debt relief, provided the effective opportunity for the legislator to expand the scope of application of the instruments pre-bankruptcy, and eliminate the obstacles that prevented the achievement of its main objective, which is none other than to ensure the survival of those viable companies, and reduce the economic losses of creditors.

One of the biggest obstacles that prevent the effectiveness of pre-bankruptcy mechanisms are public law credits, to the extent that they are protected by prerogatives that ensure their unavailability and differentiated treatment in the procedures.

In the present work we will approach from a critical and chronological perspective the origin of the prerogatives of public credits, their consequences and we will reason why the national legislator has decided to maintain them in the Bill of the Bankruptcy Law.

I. Introducción

La transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, supone para el legislador español la posibilidad de establecer los cambios necesarios para adaptarse al marco común que, en materia concursal, se pretende instaurar en el panorama legislativo europeo.

La publicación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 mayo, y por el cual se aprobó el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (En adelante, TRLC), pretendía, regularizar, aclarar y armonizar las sucesivas reformas que venía sufriendo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal desde su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004. Todo ello, con la intención de alcanzar el fin perseguido por este instrumento jurídico, que no es otro que la satisfacción de los diferentes créditos que perviven en el patrimonio del deudor, y en su caso, permitir la continuidad de la actividad empresarial sin el lastre económico y social que implica encontrarse en dicha situación de insolvencia.¹

En este sentido, era esperado por parte de los operadores jurídicos que la reforma introducida en el Texto refundido de la Ley Concursal tuviera en consideración lo establecido en la Directiva.

Sin embargo, la realidad fue otra, el Texto Refundido de Ley Concursal, a pesar de introducir numerosas reformas en las diferentes instituciones del Derecho Concursal, como pueden ser los instrumentos pre concursales, nuevos regímenes de ordenación y regularización de la masa, la sucesión de empresas en los supuestos de transmisión de

¹ RODRIGUEZ ALBA, “Los créditos públicos, los grandes olvidados en la Directiva (UE) 2019/1023” *Legal Today*, 2021, disponible en <https://www.legaltoday.com/>, (Fecha última de consulta 13 de diciembre de 2021)

unidades productivas, etc.; no transpuso ninguno de los instrumentos previstos en la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración e insolvencia.

Bajo este contexto de reunificación, el legislador nacional, quizás de manera apresurada, ante el cambio económico radical que implicaba la existencia de una pandemia que afectaría de forma negativa a la gran mayoría de empresas, no se pronunció sobre determinados aspectos, como puede ser, el analizado en el presente trabajo de fin de máster, sobre el tratamiento de los créditos de derecho público en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, arrastrando una serie premisas y disposiciones que abocaban al deudor insolvente a una muerte prematura para con sus acreedores, contraviniendo ilógicamente lo establecido en la Directiva.

Es esta la razón por la que se ha hecho necesario, a pesar de su breve periodo de vigencia, la conjugación de un nuevo Proyecto Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, donde se recojan las principales ideas de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia; así como la interpretación establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio, en lo referente al tratamiento privilegiado que ostentan los créditos públicos en el ámbito concursal.

Así las cosas, en un análisis pormenorizado del Proyecto de Reforma de la Ley Concursal podremos observar como el legislador a lo largo, del que pretende que sea el nuevo cuerpo normativo, ha continuado extralimitándose *ultra vires* a la hora mantener privilegios respecto a los créditos públicos, transponiendo la directiva a su antojo, creando un panorama jurídico desconcertante.

En efecto, tal y como propugna la patronal de fomento del trabajo catalana, Foment del Treball Nacional, la visión prevista en el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal basada en los privilegios de los créditos públicos

únicamente servirá para certificar en los juzgados mercantiles más insolvencias y reducción de empleo.²

En este sentido, el hecho de dotar de carácter preferente a los créditos públicos supone la existencia de una deuda perpetua con la Administración Pública, principalmente, con la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, que impide cumplir el objetivo primordial del concurso de acreedores, que es la continuidad de la empresa con la totalidad de sus unidades productivas, generar empleo, y permitir al deudor insolvente tener una nueva oportunidad en el escenario económico actual.

Habida cuenta lo anterior, en el presente trabajo de fin de máster estudiaremos de manera detallada la institución de los créditos de derecho público, entrando a discutir el por qué de sus prerrogativas y preferencias, así como las consecuencias de su mantenimiento en el Proyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, sobre todo en el ámbito de la exoneración de deudas.

II. Los créditos públicos.

A. Consideraciones previas respecto de la calificación de los créditos privilegiados en materia concursal.

Desde su promulgación en el año 2003, así como en sus sucesivas reformas, la Ley Concursal, se ha erigido como el instrumento de ordenación de los créditos en el concurso de acreedores.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 269 del Texto Refundido de la Ley Concursal, los créditos concursales se pueden clasificar en privilegiados, ordinarios y subordinados.

² *La prioridad debe ser la continuidad de la empresa y no el privilegio de los créditos públicos*, Agosto 2021, Recuperado de <https://www.foment.com/es/prioridad-continuidad-empresa-no-privilegio-creditos-publicos/> (fecha última de consulta 13 de diciembre de 2021)

La existencia de créditos privilegiados en materia concursal muestra la intención del legislador de dotar de una protección superior a determinados créditos, respecto de aquellos se encuentran recogidos dentro de la masa común, configurando créditos que tal y como señala VEIGA COPO poseen un *'status único, diferente y sobre todo autónomo'*³

Para el establecimiento de tales privilegios no solo ha tenido en consideración al sujeto titular del crédito, sino también a los intereses que el mismo satisface, dotando de un carácter mutable a los créditos privilegiados de acuerdo las circunstancias sociales, económicas e históricas del momento.⁴

Tanto los créditos que gozan de un privilegio general como especial, poseen una serie de connotaciones comunes, y es que ambas preferencias son dotadas mediante disposiciones legales, respecto a un *numerus clausus* de créditos y poseen carácter accesorio. Si bien es importante remarcar que la realización de los créditos con privilegio general queda subordinada a la satisfacción de aquellos que se encuentran afectados por privilegios especiales.⁵

Para una gran parte de la doctrina la capacidad del legislador de otorgar privilegios a determinados acreedores, supone la oportunidad de conseguir la aplicación efectiva del principio de *par conditio creditorum*, es decir, la igualdad de trato entre los acreedores, ya que tal y como enunciaba ALONSO LEDESMA, *'el fundamento principal del concurso de acreedores, es la correcta distribución de las pérdidas entre los acreedores, de acuerdo con el principio de paridad de tratamiento'*⁶

³ VEIGA COPO, ABEL, *'La masa pasiva del concurso de acreedores'* Ed. Civitas, Navarra, 2017, pág. 786

⁴ GARCIA PÉREZ C. *'Nociones previas y breve referencia a los antecedentes de la actual regulación'* en AA. VV (ROGER VIDEL C. Dir.) *'Los créditos con privilegio general: supuestos y régimen jurídico'* Ed. Reus, Madrid, 2009. Pág. 6

⁵ LÓPEZ ALARCÓN, M.: *'El derecho de preferencia'*, Murcia, 1960, pág. 101

⁶ ALONSO LEDESMA, C. *'La clasificación de los créditos'* Jornadas sobre La Reforma del Derecho Concursal Español, Edit, Consejo General de Economistas, Madrid, 2002, pág. 117

Así las cosas, por medio de las sucesivas reformas que han devenido desde el origen de la Ley Concursal el legislador ha venido a intentar limitar la existencia de aquellos créditos que por alguna razón tenía reconocidas preferencias cuyo origen toman en consideración diferentes criterios de política jurídica y económica difícil de conjugar, siendo este aspecto uno de los más controvertidos a la hora de redactar el Proyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, pues es lógico que el mismo se ha visto sometido a presiones de los diferentes ‘*stakeholders*’, sobre todo de aquellos créditos que de alguna manera tienen efecto directo en las arcas públicas del estado.⁷

B. Concepto de créditos de derecho público

El Texto Refundido de la Ley Concursal en ninguno de sus artículos incluye una definición de lo que se considera créditos públicos, sino que hemos de remitirnos a lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley General Presupuestaria que delimita el concepto de esta institución después de afirmar que ‘*Son Derechos de naturaleza pública de la Hacienda pública Estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de sus potestades administrativas*’.

Bajo el paraguas de la mentada definición son numerosas las normas que hacen referencia a dicho término, como es el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, al enumerar los recursos de las entidades locales, o respecto a la Comunidad Autónoma de Canarias el artículo 8 de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria.

Desde un punto de vista subjetivo, el concepto de crédito público únicamente alude a aquellos en los que el titular del crédito, es decir, el acreedor, es la Administración

⁷ AGUILAR RUBIO, M. ‘*Crédito tributario y concurso de acreedores*’ Edit. La Ley, Madrid, 2009. Pág. 82

Pública o sus organismos autónomos, quedando fuera de esta definición cualquier alusión a instituciones de Derecho Privado.

Desde el punto de vista objetivo, para que un crédito pueda considerarse como un público es necesario que sea un derecho de contenido económico que cuyo origen se remita al ejercicio de potestades administrativas, destacando especialmente en este aspecto los créditos que hacen referencia los ingresos tributarios y a las cuotas de la Seguridad Social.⁸

Sin embargo, desde una postura pragmática en el seno del concurso de acreedores, la delimitación de lo que se entiende por crédito público o no, no ha dejado de ser un problema, en la manera en la que se le son de aplicación las categorizaciones establecidas tanto desde la Administración Pública como en el ámbito mercantil.

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 mayo, y por el cual se aprobó el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal, tuvo como uno de sus objetivos eliminar las disonancias terminológicas existentes entre los conceptos de créditos públicos y créditos de derecho público, que venían establecidas, como mencionábamos en el párrafo anterior, por las categorizaciones provenientes de las diferentes ramas del Derecho.

De esta manera, el artículo 280.4º del Texto Refundido, al establecer el orden de prelación de los créditos con privilegio general, tiene en consideración los créditos de derecho de derecho público de la siguiente manera *“4.º Los créditos tributarios, los créditos de la seguridad social y demás de derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2.º de este artículo. Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número solo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para*

⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo nº 472/2013, de 16 de julio, vincula el privilegio general del antiguo artículo 91.4 LC a la concurrencia de ambos requisitos, subjetivo (titularidad de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos) y objetivo (ejercicio de potestades administrativas), en aplicación del artículo 5 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria.

el cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2.º de este mismo artículo y los créditos subordinados.’⁹

De igual consideración deben reconocerse como créditos públicos los dispuestos en el artículo 265 del mencionado cuerpo normativo al recoger en ese apartado como ‘*créditos públicos*’ a los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas, y sus organismos que se encuentren en fase de recurso; los créditos que pudieran derivar de los procedimientos de comprobación o inspección, que se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, así como aquellos créditos públicos derivados de la defraudación de cantidades a la Hacienda Pública o a Tesorería General de la Seguridad Social, que se considerarán contingentes desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia hasta que los mismos sean reconocidos mediante sentencia, igual consideración tendrán las liquidaciones vinculadas a las cantidades controvertidas.¹⁰

Por otro lado, el TRLC no considera como créditos públicos a ciertos créditos derivados de instituciones públicas, como son, los del Instituto de Crédito Oficial, también denominados como ‘Créditos ICO’ en la medida en que los mismos sean utilizados como un instrumento de financiación empresarial¹¹.

En conclusión, el legislador ha optado por una acertada conceptualización integradora de los conceptos créditos públicos y créditos de derecho público, asumiendo una utilización indistinta de ambos términos, dando por zanjado una discusión terminológica cuya aportación jurídica era de escasa entidad, debido a que lo realmente importante era delimitar qué créditos se incluían dentro de esta categoría.

¹⁰ CASTRO-RIAL LADO, C, ‘*Posición del crédito público en reestructuraciones preconcursales y exoneración de pasivo*’ *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Edit. Revistas Iustel, núm 3-2021.

¹¹ El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, dispuso la utilización de los créditos ICO, como instrumento de las empresas para ‘*atender necesidades derivadas, entre otras, de la gestión de facturas, pago de nóminas y a proveedores, necesidad de circulante, vencimientos de obligaciones financieras o tributarias u otras necesidades de liquidez*’; así, entre otras cosas, estableció en el Real Decreto 25/2020, su procedimiento de devolución, dando lugar a la posibilidad de verse afectado por acuerdos de refinanciación o acuerdos extrajudiciales de pago; así como la posibilidad de que el mismo sea objeto de exoneración.

III. Las soluciones pre concursales y los créditos públicos con la redacción actual del TRLC.

A. Los acuerdos de refinanciación.

Los acuerdos de refinanciación son instrumentos pre concursales dispuestos para personas físicas o jurídicas que se hallen en una situación de insolvencia actual o inminente, que permiten la pervivencia de la actividad empresarial del deudor a medio y a corto plazo respondiendo a un plan de viabilidad previamente establecido.

El TRLC, a pesar de regular esta figura en los artículos 596 y ss. bajo el título de ‘*Los acuerdos de refinanciación*’, no establece una definición sobre qué es este instrumento, sino que simplemente delimita su ámbito de aplicación, sus clases y formas de adoptarlos.

Principalmente, se tratan de acuerdos entre el deudor y los acreedores en los que se dispone de las cantidades objeto de obligación, bien mediante la prorroga del plazo de vencimiento a las que se encuentren sometidas; la disminución de los tipos de interés o el establecimiento de exoneraciones. Se podrán adoptar ampliaciones del crédito con el objeto de obtener más liquidez y asegurar la viabilidad de la actividad económica.¹²

La actual redacción del TRLC dispone, en su artículo 598, que la adopción de los acuerdos de refinanciación se encuentra sometida a un presupuesto subjetivo y otro objetivo, esto es que el deudor, como enunciábamos anteriormente, se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente, y que en la formalización del acuerdo se encuentren incluidos mayoría de los acreedores, sin perjuicio de los acuerdos singulares de refinanciación que solo afectaran a uno o varios acreedores concretos.

¹² SANCHEZ GARGALLO, I, en *La refinanciación desde la perspectiva de las acciones de reintegración*, pone de manifiesto acertadamente que ‘*En cuanto dejan de haber obligaciones exigibles, que el deudor no estaba en condiciones cumplir de forma regular, porque son novadas por otras sujetas a termino o se satisfacen mediante daciones en pago, se remueve el estado de insolvencia, y con ello tanto la posibilidad de que sea instado por un acreedor el concurso*’.

En este sentido, de acuerdo con la definición de los acuerdos de refinanciación expuesta anteriormente, cabría llegar a la conclusión de que los créditos de derecho público podrían verse incluidos dentro de dichos acuerdos, teniendo la posibilidad la Administración Pública, de negociar los términos en los que va a ceder como acreedor.

Sin embargo, la realidad es otra, pues se ha de tener en cuenta lo establecido en el artículo 7.3 de la Ley General Presupuestaria la cual configura el principio de indisponibilidad de los créditos de derecho público al establecer que *“No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes. 2. Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública estatal, sino en los casos y formas que determinen las leyes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de esta ley. 3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno.”*

Este principio de indisponibilidad es asumido por los diferentes cuerpos normativos que regulan aquellos créditos de derecho público que gozan de una protección superior; estos son; en primer lugar, los créditos tributarios, y en segundo lugar, los créditos derivados de las obligaciones con la Seguridad Social.

De esta manera, el artículo 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, recoge expresamente que *“El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa”*, sin perjuicio, de la posibilidad por parte de la Administración Tributaria de realizar acuerdos en los que se establezca con el deudor, condiciones singulares de pago, *ex art 164 de la LGT.*

Asimismo, el Artículo 27 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, además

de configurar la imposibilidad de realizar transacciones sobre los derechos de la Seguridad Social, establece en su apartado segundo la posibilidad de alcanzar acuerdos singulares de pago en el seno de los procedimientos concursales, al igual que ocurre con los créditos tributarios.¹³

A pesar de lo dispuesto en estos dos artículos que versan sobre el sometimiento de los créditos, tanto tributarios como de la Seguridad Social, a lo establecido en la legislación concursal, no existe ninguna norma que avale la adopción de acuerdos respecto de aquellos créditos cuya titularidad sea la Hacienda Pública del Estado.

Otra de las causas por las cuales se excluyen los créditos de derecho público de los acuerdos de refinanciación, es que estos no encuentran expresamente recogidos en las disposiciones referentes a los acuerdos de refinanciación colectivos, ni tampoco a en las relativas a los acuerdos de financiación singulares.

En este sentido, los acuerdos de refinanciación colectivos deben reunir los requisitos recogidos en el artículo 598.1 del TRLC¹⁴, de manera que, en una visión general de los mismos, nada impide, *a priori* que los créditos de derecho público puedan ser objeto de un acuerdo de refinanciación colectivo no homologado, a pesar de no existir

¹³ El artículo 25 de la Ley General de la Seguridad Social dispone el carácter preferente los créditos de la seguridad, asimismo dispone cuales de ellos se verán afectados en caso de concurso de acreedores, siendo en primer lugar, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, y en su caso los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, así como los demás créditos de la Seguridad Social.

¹⁴ El artículo 582 del TRLC, establece que los acuerdos colectivos de refinanciación han de poseer los siguientes requisitos ‘1.º *Que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo.* 2.º *Que el acuerdo tenga como objeto, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan.* 3.º *Que el acuerdo haya sido suscrito por el deudor y por acreedores que representen, en la fecha en que se hubiera adoptado, al menos, las tres quintas partes del pasivo del deudor, computado conforme a lo establecido en esta ley, según certificación emitida por el auditor de cuentas del deudor. Si el deudor o las sociedades del grupo no tuvieran la obligación de someter las cuentas anuales a auditoría, el auditor que emita la certificación será el nombrado a este efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, en los casos de acuerdos de grupo o de subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.* 4.º *Que el acuerdo se haya formalizado en instrumento público por todos los que lo hubieran suscrito.*’

en ninguna disposición legal que permita la inclusión de los créditos públicos en el acuerdo de refinanciación.

En otro orden de las cosas, cuestión distinta es la que se refiere a los acuerdos de refinanciación colectivos homologados judicialmente, debido a que esta clase de acuerdos únicamente podrán afectar a los créditos financieros. En efecto, si se atiende a lo establecido en el artículo 607 del TRLC, el legislador de manera expresa ha excluido los créditos públicos como elemento computable de los acuerdos de refinanciación homologables, al preceptuar que *“En ningún caso tendrán la consideración de créditos financieros los créditos de derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales, aunque cualquiera de ellos tuviera aplazada la exigibilidad del crédito”*

Otra de las prerrogativas que avalan el carácter indisponible de los créditos de derecho público en los acuerdos de refinanciación expuestos anteriormente, es la imposibilidad de que el acreedor de derecho público pueda verse incluido en las suspensiones de las ejecuciones, preceptuadas en el artículo 592 del TRLC, cuando se adopten los acuerdos de financiación; de manera que, todos los créditos de derecho público se podrán hacer efectivos por las vías de apremio correspondientes, con independencia del estado de las negociaciones previas al concurso de acreedores, causando un perjuicio irreparable para cualquier deudor, que verá como de modo irreparable sus bienes y patrimonios se comprometen, agravando su situación de insolvencia.

Por este motivo, el legislador ha configurado instrumentos alternativos a los acuerdos de refinanciación, que no rompen con el carácter indisponible de los créditos a la vez permiten al deudor tener un respiro financiero.

La Ley General Tributaria, en su artículo 65, ampara la posibilidad de que el deudor que se encuentre en una situación de dificultad económica solicite un aplazamiento o fraccionamiento de sus obligaciones, siempre que se encuentre en un

periodo voluntario de pago, y no afecte a las deudas establecidas en apartado segundo del artículo mencionado.¹⁵

Respecto a las deudas con la Seguridad Social, las mismas, podrán ser sometidas aplazamiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de la Seguridad Social, con efecto suspensivo en los procedimientos de apremio, comprendiendo no solo la deuda principal, sino también los recargos, intereses y costas del procedimiento.

B. Los acuerdos extrajudiciales de pago

El acuerdo extrajudicial de pago hace referencia a un instrumento pre concursal, que pretende mediante la adopción de un convenio entre el deudor y los acreedores, dirigido por un mediador, sobreponerse a la situación de insolvencia actual o inminente, de manera que, en el caso de incumplimiento del acuerdo, se procedería a la apertura del concurso de acreedores.

El acuerdo extrajudicial de pago se dispuso por primera vez con la promulgación de la Ley 14/2013 de apoyo a emprendedores y su internacionalización, al reformar la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, sufriendo este instrumento sucesivas modificaciones como las efectuadas por Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; y así como las introducidas por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo

¹⁵ El artículo 65.2 de la Ley General Tributaria establece un listado de aquellas deudas tributarias que no podrán ser objeto de fraccionamiento o aplazamiento, al disponer que: "No podrán ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento las siguientes deudas tributarias: a) Aquellas cuya exacción se realice por medio de efectos timbrados. b) Las correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta. c) En caso de concurso del obligado tributario, las que, de acuerdo con la legislación concursal, tengan la consideración de créditos contra la masa. d) Las resultantes de la ejecución de decisiones de recuperación de ayudas de Estado reguladas en el título VII de esta Ley. e) Las resultantes de la ejecución de resoluciones firmes total o parcialmente desestimatorias dictadas en un recurso o reclamación económico-administrativa o en un recurso contencioso-administrativo que previamente hayan sido objeto de suspensión durante la tramitación de dichos recursos o reclamaciones. f) Las derivadas de tributos que deban ser legalmente repercutidos salvo que se justifique debidamente que las cuotas repercutidas no han sido efectivamente pagadas. g) Las correspondientes a obligaciones tributarias que deba cumplir el obligado a realizar pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades." Así mismo, recoge la inadmisión automática de cualquier solicitud o aplazamiento de deuda tributaria que versen sobre las deudas enunciadas anteriormente.

de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, continuando con las establecidas en la actual redacción del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Respecto al papel de los créditos de derecho público en los acuerdos extrajudiciales de pago, la vigente redacción del TRLC, establece en su artículo 655, el deber del deudor de solicitar el aplazamiento o fraccionamiento de los créditos de derecho público, que se encuentren pendientes de ingreso. Además, impone la obligación de poner de manifiesto la relación de aquellas deudas de derecho público que a la fecha de presentación de solicitud estuvieran incluidas en solicitudes pendientes de resolución.

En este sentido, es importante el tratamiento diferenciado que tendrán los créditos de derecho público, de manera que, en primer lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 656.1 del TRLC, el aplazamiento y fraccionamiento de las deudas tributarias, se regirá por lo establecido en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en la normativa que la desarrolla.

En segundo lugar, conforme al artículo 656.2 del TRLC, *“la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o de fraccionamiento de las deudas de seguridad social se regirá por lo establecido en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio y en la normativa que la desarrolla”*, siendo en la actualidad únicamente posible la solicitud de aplazamiento de las deudas de la seguridad social conforme lo establecido en el artículo 23 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Respecto a la vigencia del aplazamiento de las deudas, el plazo máximo se dispone tomando en consideración el límite temporal pactado en el acuerdo extrajudicial de pago, sin perjuicio de que la periodicidad de los pagos podrá ser diferente a la aprobada por los acreedores privados en el acuerdo.

En este sentido, lo preceptuado en el artículo 658.1 del TRLC, relativo a los aplazamientos y fraccionamientos realizados con anterioridad a la solicitud de un acuerdo extrajudicial de pago, establece la vigencia de dichos pactos; sin perjuicio, de la necesidad de que los mismos se incluyan en la solicitud siempre que se prevea una modificación de aquellos acuerdos que ya hallan adquirido firmeza. De este modo, conforme a dispuesto el artículo 658.2 del TRLC, dicha modificación deberá tramitarse de forma conjunta a la solicitud principal.

Respecto a la resolución sobre el aplazamiento, señala el artículo 657.1 del TRLC que únicamente podrá dictarse resolución sobre el aplazamiento o fraccionamiento de deuda cuando el acuerdo extrajudicial de pagos se haya formalizado, sin perjuicio de la posibilidad que poseen las Administraciones Públicas competes de resolver antes de la solicitud si hubieran transcurrido más de tres meses sin que se haya publicado en el Registro Público Concursal el acuerdo extrajudicial de pago; o si el deudor hubiera sido declarado en concurso de acreedores.

C. El régimen de exoneración de deudas de los créditos públicos.

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, por sus siglas BEPI, es un instrumento creado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción financiera y otras medidas de orden social, que permite la exoneración del pago total o parcial de las deudas pendientes.

En este sentido, la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 julio, supuso la introducción del artículo 178 en la anterior Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dispuso dos mecanismos para la exoneración de deudas. El primero, responde a la posibilidad de exonerarse definitivamente de las deudas, si el deudor cumplía con los requisitos establecidos en el derogado 178.bis.3 de la LC, entre los que destaca por su relevancia la obligación de, previa solicitud de la exoneración, haber cancelados los créditos contra la masa y los créditos privilegiados.

Y un segundo mecanismo de exoneración, establecido en el artículo 178. bis 5º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que se correspondía a la exoneración parcial de las deudas, en caso de no haber cancelado los créditos contra la masa y privilegiados, si el deudor se sometía a un acuerdo de plan de pagos, cuya duración máxima sería de cinco años.

Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 178.bis.8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Juez transcurrido el plazo para el cumplimiento del plan de pago, siempre que se hubiere apreciado la intención del deudor de poner fin a la situación de insolvencia y su buena fe, podría acordar de oficio el beneficio de exoneración de la totalidad del pasivo insatisfecho, incluyendo las deudas derivadas de los créditos de derecho público.

En esta línea, antes de la entrada en vigor del vigente TRLC, la conocida Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 385/2019, Sala 1ª, de 2 de julio del 2019, estableció que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho debía alcanzar a todos los créditos, incluidos los de derecho público sin establecer discriminación alguna, ya que de acuerdo a lo emulado en todo el cuerpo normativo, era visible que la intención del legislador era la exoneración total de las deudas y que, por lo tanto, los créditos de derecho público, también podrían ser objeto de exoneración.¹⁶

¹⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo nº 385/2019, de 2 de julio, expone de forma clara la contradicción que en aquel momento acusaba la Ley Concursal, al establecer que *“Por una parte se prevé un plan para asegurar el pago de aquellos créditos (contra la masa y privilegiados, en cinco años que ha de ser aprobado por la autoridad judicial, y de otra se remite a los mecanismos administrativos por la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de sus acreedores, en este caso el acreedor público.”* Asimismo, ratifica la idea de que hemos expuesto a lo largo del trabajo y es que nada sirve la existencia de instrumentos pre concursales, si los créditos públicos gozan de unas prerrogativas que siguen un cauce ajeno al concurso, para posteriormente afectar directamente al sentido de este; bajo este contexto, de manera correcta el Tribunal dispone que *“Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el artículo 178.bis LC, por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial.”*

Bajo este contexto de controversia normativa, se promulgó el Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020 de 5 de mayo; se pretendía que, el mismo, aclarara y armonizara la práctica jurisdiccional, siguiendo el camino marcado por la de la directiva 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.

Sin embargo, la actual redacción del TRLC, de forma rotunda, niega la inclusión de los créditos públicos en los acuerdos extrajudiciales de pago al establecer en el artículo 588.1 que *“ Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.”*

Bajo esta incongruencia práctica y normativa, gran parte de la doctrina,¹⁷ entiende que el legislador ha incurrido en una extralimitación a la hora de fijar el criterio normativo, ya que la contextualización de la norma no se corresponde con la interpretación dada por el Alto Tribunal.

Por este motivo, numerosos Tribunales han hecho caso omiso a lo establecido en el Texto Refundido, y en aplicación a lo preceptuado en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han procedido correctamente a incluir los créditos públicos en las

¹⁷ LOZANO CUTANDA, B, *“Un juzgado de lo Mercantil declara inaplicable el artículo 491 TRLC (exoneración del pasivo insatisfecho) por exceder de la delegación para la refundición”*, GOMEZ ACEBEDO POMBO, Octubre 2020. Recuperado de https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/10/Análisis_Un-juzgado_Mercantil_declara_inaplicable_art.-491.pdf (fecha de última revisión 1 de marzo 2022)

solicitudes de la exoneración del pasivo insatisfecho, abriendo la veda para que tanto las personas físicas puedan hacer uso de este instrumento pre concursal.¹⁸

IV. La Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración e insolvencia.

A. Consideraciones comunes y ámbito de aplicación.

El día 26 de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (la anterior Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

La misión principal de la Directiva era contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de los Estados Miembros, así como la eliminación de los obstáculos respecto al libre ejercicio de las libertades fundamentales, como son la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitación; garantizando que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras gocen de marcos efectivos de reestructuración que les permita continuar el desarrollo de su actividad. Además, la Directiva pretende que aquellos empresarios insolventes de buena fe puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas.¹⁹

¹⁸ GARCIA CALVO, G, “Sobre la exoneración de créditos de Derecho Público”, Economy & Jurist, 2021, Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/sobre-la-exoneracion-de-creditos-de-derecho-publico/> (fecha última consulta 19 de febrero de 2022)

¹⁹ MENCHANGA, J. “La nueva Directiva Concursal 2019/1023, de 20 de junio de 2019, Economy-& Jurist, 2019, recuperado de https://www.agmabogados.com/wp-content/uploads/2019/11/Qué-cómo-y-cuándo-puntos-clave-de-la-Directiva-de-procedimientos-de-reestructuración-e-insolvencia_amplaido-EJ.pdf (fecha última de consulta 23 de febrero de 2021)

En lo que respecta al ámbito subjetivo de la Directiva principalmente está dirigida al deudor que sea persona física o jurídica que actúe en calidad de empresario, si bien en atención a lo dispuesto en el considerando 21 de la misma establece que *“aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores”*, recogándose esta posibilidad en el artículo 1.4 al preceptuar que *“4. Los Estados miembros podrán ampliar la aplicación de los procedimientos previstos en el apartado 1, letra b), a personas físicas insolventes que no sean empresarios.”*

De igual manera establece un ámbito de exclusión en el caso de que los deudores sea refieran a empresas de seguros o reaseguros, entidades de crédito, o empresas de inversión y financieras, así como organismos públicos con arreglo al Derecho nacional, incluyéndose dentro de este apartado de exclusión a las personas físicas que no tengan la condición de empresario, sin perjuicio de lo enunciado anteriormente.

B. Contenido de la Directiva 2019/1023

Respecto al contenido normativo de la Directiva existen ciertos puntos reseñables que se refieren a elementos novedosos introducidos en el panorama pre concursal como los marcos de reestructuración preventiva; los mecanismos de alerta temprana; la suspensión de las ejecuciones singulares, con el objeto de promocionar una mejor comunicación en las negociaciones de los planes de reestructuración; así como mecanismos de protección de estos últimos, además de novedades en el régimen del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

1. Los marcos de reestructuración preventiva

La aplicación de la Directiva se refiere concretamente a los procesos, mal llamados *“marcos”* de reestructuración, cuyo ámbito de aplicación afecta a aquellos deudores que se hallen en situaciones de dificultad financiera suficiente para continuar su actividad empresarial; esto es de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Directiva el estado de la insolvencia sea inminente.

Aun así, en el considerando 28 se preceptúa la posibilidad de que el legislador nacional amplié el ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración a aquellas situaciones que no supongan una dificultad financiera, pero si una amenaza real y grave para la capacidad del deudor para pagar sus deudas al vencimiento de estas.

En este sentido, la Directiva no establece la creación de procedimiento de reestructuración alguno, ni establece un marco común de desarrollo para los con Estados Miembros; así mismo tampoco prevé el establecimiento de instrumentos extrajudiciales o judiciales, sino que limita a preceptuar la disponibilidad de los Estados a acogerse a los marcos de reestructuración supuestamente fijados en ella, dejando carta abierta al legislador nacional para delimitar el alcance de marco normativo que se va a instaurar.

Los marcos de reestructuración preventiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Directiva se basarán en uno o más procedimientos, medidas, o disposiciones orientadas a conseguir una *“modificación de la composición, las condiciones o estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura de capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos”* con el objetivo de asegurar la viabilidad empresarial, planteándose como una alternativa ambiciosa que impida la materialización del concurso de acreedores.²⁰

Una de las singularidades respecto a los marcos de reestructuración preventiva es que el legislador europeo ha establecido que el desarrollo de los mismos pueda tener carácter extrajudicial, sin perjuicio de aquellos marcos que de acuerdo con lo establecido

²⁰ GARCIMARTÍN, F, *“La narrativa de los “marcos de reestructuración preventiva” en el Derecho europeo”* recuperado de <https://almacenederecho.org/la-narrativa-de-los-marcos-de-reestructuracion-preventiva-en-el-derecho-europeo>, enero 2019, (última fecha de revisión viernes 25 de febrero de 2022)

en el artículo 4.5 de la Directiva se encuentren previstos en la norma nacional de los Estados miembros.

Asimismo, se establece la posibilidad de que los marcos de reestructuración preventiva se encuentren disponibles a petición de el propio deudor, los acreedores, así como los representantes de los trabajadores. Sin perjuicio de la posibilidad que los poseen los Estados miembros de limitar el acceso a los marcos de reestructuración, a modo de penalización, respecto de aquellos deudores que hubieran incurrido en incumplimientos graves en materia de contabilidad o llevanza de libros.

Por tanto, los marcos de reestructuración se plantean como un instrumento ambicioso que permitirá a los deudores tener un respiro que les permita atravesar momentos de dificultades financieras, recogiendo la posibilidad de que los mismos se puedan someter a planes de viabilidad empresarial, *ex art.* 4.3 de la Directiva.

2. Las herramientas de alerta temprana

Las herramientas de alerta temprana son mecanismos que permiten advertir las dificultades financieras del deudor, lo que realmente el legislador europeo ha intentado con la introducción de esta figura es evitar las situaciones de insolvencia inminente para aquellas empresas que estén pasando momentos de crisis con el objetivo principal de tomar las medidas oportunas a tiempo.

El legislador europeo, entiende la falta de herramientas que posee el deudor para advertir su propia situación de insolvencia, ya que, de forma común, cuando el deudor se da cuenta del bache financiero por el que está pasando, se encuentra prácticamente en una situación de concurso, donde sus facultades de disposición y actuar se encuentran bastante limitadas.

De esta manera, el legislador europeo esboza a una idea para que los Estados miembros instauren estos instrumentos de '*early warning*', recogándose en el apartado

2 del artículo 3 de la directiva que “ *las herramientas de alerta temprana podrán incluir lo siguiente: a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos; b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados; c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa.*” Además, recoge una premisa en su apartado tercero y cuarto que permite la intervención en esta clase de instrumentos a los trabajadores y sus representantes.²¹

3. Los planes de reestructuración

Los planes de reestructuración constituyen el núcleo esencial de la Directiva, no hay que obviar la idea de que este nuevo instrumento se prevé para sustituir a los deficientes e ineficaces acuerdos de refinanciación homologados²², la regulación referida a los planes de reestructuración se establece en el artículo 8 de la Directiva; el cual preceptúa, en primer lugar, el contenido mínimo que han de tener dichos acuerdos.²³

Una de las cuestiones más importante recogidas en la Directiva que se relacionan inmediatamente con el papel de los créditos de derecho público, es la facultad que se dispone en el apartado c del artículo 8.1; en este sentido, preceptua la posibilidad de delimitar a las partes afectadas por el plan de reestructuración por categorías, cuestión

²¹ La Directiva en su Considerando 22 establece la posibilidad de que las herramientas de alerta temprana atiendan a indicadores que alerten cuando el deudor ha incurrido en el impago de algunos créditos de derecho público, como por ejemplo impago de impuestos o de cotizaciones a la Seguridad Social.

²² Cabe mencionar en este sentido, la poca predisposición de los acreedores de participar en los acuerdos de refinanciación homologados, esto se debe principalmente al escaso atractivo que suponen para los acreedores públicos o instituciones financieras las medidas y resoluciones que se podrían adoptar, teniendo en consideración las características especiales de sus créditos.

En otro orden de las cosas, dicha falta de predisposición se traduce en largas esperas para la adhesión de estos acreedores a los acuerdos realizados; a pesar de todo ello, el funcionamiento de los acuerdos ha quedado más que palpable cuando el deudor tiene esperanzas de continuar su actividad profesional.

²³ El contenido mínimo de los planes de reestructuración puede entenderse como un verdadero *written disclosure Statement* tácito, en el sentido en el que los mismos hacen referencia a la descripción del deudor, los activos y pasivos que posee, así como las partes afectadas, además de un análisis de las causas y posibilidades de pervivencia empresarial.

que abordaremos con posterioridad, pero que indica la posibilidad de que los créditos de derecho público puedan verse afectados por este instrumento.

El establecimiento de las mencionadas categorías de acreedores supone un hito importante, debido a que, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 9.4 de la Directiva, están deben *“reflejar una comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables”*, esto implica que la formalización de las categorías *“class formation”* no atenderá a las clasificaciones legales preestablecidas, que tanto problemas causaban, sino que se elaborarán de acuerdo a los derechos e intereses de los acreedores, los pactos realizados, así como a las prerrogativas y consecuencias que poseen sus créditos en atención a la ruta establecida al plan de reestructuración.²⁴

En otro orden de las cosas, la Directiva dispone una serie de instrumentos que orientados a obtener una mejor negociación en los planes de reestructuración, poniendo especial consideración en dos detalles importantes, en primer , pone en relieve la necesidad de que el deudor conserve sus facultades de gestión financiera y actividad empresarial; en otro sentido, incide en la necesidad de que las ejecuciones singulares, como las que son llevadas por los acreedores públicos, se suspendan con el objeto de que no entorpezcan la adopción de planes.

Al hilo de lo anterior, conviene poner de manifiesto que la intención del legislador europeo es conseguir la aplicación efectiva del principio de *“par conditio creditorum”*, al menos en la adopción de los planes de reestructuración, ya que de otra forma no habría dispuesto en el artículo 6.2 relativo a la suspensión de las ejecuciones singulares que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los Estados miembros velarán por que una suspensión de ejecuciones singulares pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes.”*

²⁴ GOMEZ ASENCIO, C, la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español, Actualidad Jurídica Iberoamericana No 12, febrero 2020, recuperado de <http://www.revista-aji.com/wpcontent/uploads/2020/03/14.-Carlos-Gómez-pp.-472-511-1.pdf> (Última fecha de revisión viernes 25 de febrero de 2022)

La adopción de los planes de reestructuración se encuentra regulada en el artículo 9 de la Directiva, en dicho precepto se pone manifiesto la forma en la que se van a llevar a cabo las votaciones por parte de los acreedores, si bien, únicamente interesa destacar nuevamente lo establecido en el artículo 9.4 de la Directa respecto al tratamiento de las categorías de los acreedores, sin perjuicio de que el legislador nacional prevea un régimen diferente de tratamiento en los casos en los que el deudor sea una PYME.

Así mismo, es importante señalar la intención del legislador europeo de que dichos acuerdos de reestructuración sean confirmados bien por los entes judiciales o administrativos según su caso. De esta manera el artículo 10 la posibilidad de que los planes de restauración que se establezcan en una fase previa al concurso de acreedores, podrán ser ratificados por los órganos administrativos o judiciales que corresponda.

4. La exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor de buena fe

Uno de los objetivos buscados por el legislador europeo, en la redacción de la Directiva, era el establecimiento de un marco común que regulara el procedimiento de exoneración deudas, si bien esto se llevó a cabo de forma parcial, en el sentido de que únicamente se pronunció a acerca de los procedimientos de exoneración de deudas desde una perspectiva concursal, obviando la posibilidad de regular del establecimiento de un marco donde el instrumento de exoneración de deuda pudiera utilizarse en una situación de pre insolvencia.

La Directiva no solo incluye disposiciones referentes a establecer un marco común en lo referente a las reestructuraciones preventivas, sino que además incluye disposiciones en las que acertadamente establece su intención de incluir a los deudores de buena fe en los regímenes de exoneración del pasivo insatisfecho, una vez haya transcurrido un plazo razonable desde que causó insolvencia, con la posibilidad de que puedan volver a tener una oportunidad, *‘fresh star’* dentro del tejido empresarial del Estado miembro.

En relación con los créditos de derecho público, la Directiva cae en constantes contradicciones al establecer en su considerando primero el interés superior de conseguir la plena exoneración de deudas para los deudores buena fe, y luego dejar a discrecionalidad del legislador nacional la posibilidad de incluir los créditos de derecho público en los procedimientos de exoneración de deudas.

En este sentido, a tenor de lo dispuesto en el considerando 48 los créditos de derecho público se configuran al igual que se ha venido haciendo como una categoría autónoma de acreedores, así mismo, se establece prerrogativas que configuran un estatus superior de estos créditos como la dispuesta en el considerando 52, cuando dispone que *“ Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores ”*.

El hecho de que el legislador europeo, no se pronuncie acerca de la afectación de los créditos de derecho públicos en los marcos de reestructuración, y concretamente en lo relativo a la obtención de una exoneración total que supuestamente plantea, implica un permiso para el legislador nacional, equivalente a la posibilidad de mantener todos aquellos privilegios que característicos de los créditos de derecho público en la Ley Concursal.

V. El Proyecto de Reforma de Ley del Texto Refundido de la Ley Concursal

A. Consideraciones previas del Proyecto de Reforma de Ley del Texto Refundido de la Ley Concursal

El Proyecto de Ley 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, 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, fue publicado el día 14 de enero de 2022, causando un gran asombro en el panorama legislativo puesto que el mismo dejaba una sensación de incertidumbre sobre ciertos aspectos sobre los cuales el legislador no llegaba a profundizar y dejaba en un limbo normativo.

Así pues, resulta conveniente hacer un inciso para abordar todas aquellas cuestiones que de acuerdo con el Registro de economistas forenses REFOR, organismo especializado perteneciente al Consejo General de Economistas, no se han tenido en cuenta a la hora de redactar el Proyecto de Reforma de Ley.

En este sentido, el mismo día de publicación del que se pretende que sea el nuevo cuerpo normativo de referencia en materia concursal, en el Boletín Oficial de las Cortes General (BOCG), el REFOR emitía, de manera urgente, un informe en el que criticaba todos aquellos defectos que aquejaba el mayor Proyecto de Reforma de Ley que se ha llevado a cabo en el ámbito concursal, Y con el cual se pretendía que España se situara como un referente europeo en el marco de reestructuración de empresas.

Asimismo, sin entrar en profundidad a la hora de analizar los mismos, enunciaremos los defectos visibles que de manera singular el REFOR pone de manifiesto. Entre las principales cuestiones abordadas por el organismo, estos expresan su preocupación, en primer lugar, acerca de la imposibilidad de las personas naturales de conseguir una verdadera exoneración de deudas.²⁵

²⁵ Si se analiza lo establecido en el apartado IV de la exposición de motivos del Proyecto de Reforma de Ley, el legislador nacional ha puesto de manifiesto la intención de extender el ámbito de exoneración a las personas físicas cuyas deudas no provengan de una actividad empresarial, pero sin embargo, no recoge nada sobre dicho aspecto en su articulado.

Por otro lado, señalan la falta de definición de lo que se entiende por experto en reestructuración. A lo largo del cuerpo normativo del Proyecto de Reforma de Ley se enuncia constantemente un término ‘*experto en reestructuraciones*’, tal es así que hasta se preceptúa un régimen de incompatibilidades, sin embargo, no se concreta quien va a desempeñar esta función.

Tal y como expresa el REFOR ‘*esta figura es y será esencial en la gestión prematura de las insolvencias mediante el conocimiento especializado del mundo de la empresa. De hecho, entre las funciones que, de acuerdo con el propio proyecto, debe desempeñar el experto en reestructuraciones, se contemplan las valoraciones de empresa, análisis de viabilidad, etc. Si se pretende que esta institución sea una herramienta útil para garantizar el éxito de estos procedimientos, se debería enfocar el ámbito subjetivo hacia los profesionales del mundo de la economía de la empresa y expertos financieros, tales como economistas, titulares mercantiles o auditores.*’²⁶

Otro aspecto reseñable que pone de manifiesto este organismo, y con el cual no podemos estar más de acuerdo es la poca moralidad que han tenido a la hora de fijar como límite máximo una exención de hasta mil euros para las deudas con la Hacienda Pública y Seguridad Social señalando que ‘*se considera que esta cifra es meramente testimonial, claramente insuficiente y muy limitada.*’²⁷

Por otro lado, el Proyecto de Reforma de Ley, se limita únicamente a transponer lo establecido en la Directiva, en lo referente a los mecanismos de alerta temprana, sin crear mecanismo alguno que permita identificar cuando el deudor podría incurrir en una futura insolvencia, así las cosas. Desde el REFOR creen que, ‘*para que España se dote de un sistema eficaz y robusto de alertas tempranas, se precisan implantar modelos*

²⁶ El Proyecto de Ley de Reforma Concursal desoye a los expertos, dejando desprotegidos a los acreedores y negando una auténtica segunda oportunidad a empresarios y particulares, enero 2022, recuperado de https://economistas.es/cust_notas/14-de-enero-de-2022-el-proyecto-de-ley-de-reforma-concursal-desoye-a-los-expertos-dejando-desprotegidos-a-los-creedores-y-negando-una-autentica-segunda-oportunidad-a-empresarios-y-particulares/, (Última fecha de revisión lunes 28 de febrero de 2022)

²⁷ Ibidem.

*eficientes basados en mecanismos automatizados de control, tales como los test de estrés de solvencia y las certificaciones de solvencia y liquidez elaborados por profesionales financieros cualificados.*²⁸

B. Los créditos de derecho público en el Proyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.

En el Proyecto de Reforma de Ley se abordan modificaciones las cuales afectan directamente a los créditos de derecho público y a sus acreedores. En este sentido, es importante destacar la importancia que tendrán los mencionados créditos en los instrumentos pre concursales analizados con anterioridad.

En primer lugar, hemos de hacer referencia al papel de los créditos de derecho público en principal instrumento de la Reforma, esto es, en los planes de reestructuración.

En este sentido, el artículo 616 del Proyecto de Reforma de Ley, establece la posibilidad de los créditos de derecho público puedan verse afectados por los planes de reestructuración, de manera limitada, si el deudor acredita que se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

El apartado 616.bis del Proyecto de Reforma de Ley establece una disposición mutila toda esperanza para el deudor de ver reducidas o reestructuradas aquellas deudas que posea con los acreedores de derecho público *‘En ningún caso, el plan de reestructuración podrá suponer para los créditos de Derecho Público una reducción de su importe’*.

Desde un punto de vista meramente subjetivo, el hecho de que el legislador halla hecho tal manifestación, implica su intención de mantener todas aquellas prerrogativas que hacen a los vigentes acuerdos de refinanciación una institución ineficaz y carente de

²⁸ Ibidem.

aplicabilidad práctica, contraviniendo de una manera más que evidente lo dispuesto en la Directiva.

Asimismo, establece un plazo máximo para la satisfacción de aquellos créditos de derecho público afectados por el plan de reestructuración, en este sentido establece como novedad los siguientes plazos *“Doce meses a contar desde la fecha del auto de homologación en del plan de reestructuración con con carácter general. Seis meses para contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración, en el caso de que sobre dichos créditos se hubiese concedido un aplazamiento o fraccionamiento previamente. En cualquier caso, todos los créditos de derecho público deber estar íntegramente satisfechos en un plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha de comunicación de apertura de negociaciones.”*

Además, dentro de la *“class formation”* de las categorías de acreedores, se pone de manifiesto en el artículo 624.bis que los *“créditos de público derecho constituirán una clase única”*.

Así pues, se introduce como novedad relativa a la posibilidad de instar la resolución de los planes de reestructuración, y consiguiente apertura del concurso de acreedores, cuando el deudor incumpliese el abono de cualquiera de los plazos de amortización de la deuda de los créditos de derecho público, así como de cualquier derecho que se hubiera generado durante el periodo de vigencia del acuerdo, incluyendo las cuotas tributarias y de la Seguridad Social, ex art. 671 del Proyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.²⁹

En cuanto al procedimiento para alcanzar el beneficio exoneración del pasivo insatisfecho, segunda oportunidad, el Proyecto de Reforma de Ley, viene a establecer en su artículo 483.5º la posibilidad de que el deudor pueda exorase hasta un límite máximo

²⁹ MORENO, S. *“Proyecto de Ley de Reforma del TRLC: cómo afecta a los Planes de Reestructuración”*, recuperado de <https://www.economistjurist.es/podcast/proyecto-de-ley-de-reforma-del-trlc-como-afecta-a-los-planes-de-reestructuracion/>, febrero 2022, (fecha última de consulta 26 de febrero de 2022)

de mil euros, en aquellas deudas en las que el acreedor sea Agencia Estatal de Administración Tributaria o con la Tesorería General de la Seguridad Social, respectivamente.

Además, el artículo 487.1 del Proyecto de Reforma de Ley preceptúa una serie de condiciones necesarias para acogerse al BEPI, que constituyen un obstáculo más para que el deudor pueda hacer uso de este mecanismo.

Al hilo de lo anterior, en el apartado c del artículo 487 del Proyecto de Reforma de Ley, de manera totalmente desacertada se establece que *‘ ‘Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias, de seguridad social o del orden social, o, cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, apreciándose en su conducta dolo, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad. ’ ’*

Este hecho resulta contrario a los principios enunciados en la Directiva, puesto uno de los principales motivos que llevaron a la posibilidad de realizar un nuevo Proyecto de Reforma de Ley, era el hecho de eliminar todas aquellas barreras que impedían al deudor conseguir la plena exoneración de sus deudas.

De esta manera, surgen dudas sobre la forma en la que los Tribunales van a proceder, ¿Seguirán haciendo uso de sus potestades para implicar lo establecido, esta vez en el Proyecto de Reforma de la Ley Concursal?, o, por otro lado, ¿Entenderán que dentro de marco de discrecionalidad que el legislador europeo, daba para el tratamiento de los créditos de derecho público, se podía establecer correctamente un límite de exoneración de hasta mil euros?

Los expertos en procedimientos en segunda oportunidad se muestran escépticos a que el legislador nacional denote un cambio de su parecer, de manera que tendremos hasta

la aprobación definitiva del Proyecto Ley, para ver si sigue manteniendo estos privilegios carentes de sentido, que entorpecen cualquier intento de exoneración de deudas.³⁰

VI. Conclusiones.

Primera. Abordar una institución como los créditos de derecho público dentro del panorama legislativo actual no ha sido una tarea fácil, esto se debe en primer lugar a la gran cantidad de reformas a las que se ha sometido la Ley Concursal, la cual se denomina coloquialmente como ‘*La Ley de Concurso y de sus reformas*’, y es que uno de los aspectos más complicados en el estudio de esta institución, es la fugacidad de su normativa, lo que supone estar actualizado sobre todas las cuestiones jurídicas

Así, son numerosos los operadores jurídicos, que imploran al legislador la configuración final de un texto legal sin fisuras normativas ni incoherencias sustanciales que haga que caiga todo lo recogido en papel mojado.

Segunda. Ha quedado plasmado a lo largo del trabajo que los créditos de derecho público gozan de una serie de prerrogativas que, en lugar de ayudar a mejorar la situación económica del Estado, la empeoran. Dichos privilegios no atienden sino a cuestiones de política social, que varían según el momento en el que se encuentre el país.

Tercera. El legislador europeo, desde mi punto de vista, se ha mostrado blando a la hora de establecer las directrices que marcarían la hoja de ruta sobre los procedimientos de reestructuración, exoneración de deudas e insolvencias. De esta manera, el hecho de dejar tan amplio margen de discrecionalidad para el legislador nacional, lo faculta a establecer disposiciones irrisorias como las contempladas respecto al límite máximo de mil euros, en la exoneración de los créditos de derecho público.

³⁰ *El nuevo Proyecto de Ley Concursal y la Directiva Europea: dos visiones sobre la cancelación de las deudas públicas*, enero 2022, recuperado de <https://www.webdesegundaoportunidad.com/category/ley-segunda-oportunidad/> (fecha última de consulta 28 de febrero de 2022)

Cuarta. Se puede llegar a entender el sentimiento de frustración que poseen los operadores jurídicos con el Proyecto de Reforma de Ley del Texto Refundido de la Ley Concursal, pues todos ellos esperaban que la transposición de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencias trajera consigo novedades e instrumentos de gran relevancia práctica que hiciera efectivo el fin de los procedimientos pre concursales y concursales

El nuevo cuerpo normativo, en mi opinión, carece de relevancia práctica alguna, si bien es cierto que trae consigo buenas intenciones y mejoras, pero estas no son suficientes, máxime cuando la situación post pandémica ha dejado un panorama económico y empresarial devastado del cual seguramente miles de empresarios no logren levantar cabeza.

Quinta. Para concluir, aún estamos a tiempo de solucionar todas las deficiencias palpables en este cuerpo normativo, correspondiendo los operadores jurídicos levantar la voz, para que se tomen en consideración las necesidades reales que en materia de reestructuración e insolvencia se requieren.

VII. Bibliografía

AGUILAR RUBIO, M. “Crédito tributario y concurso de acreedores” Edit. La Ley. 2009. Madrid.

ANTONIO LEDESMA, C. “*La clasificación de los créditos*” *Jornadas sobre La Reforma del Derecho Concursal Español*, Edit, Consejo General de Economistas, 2002, Madrid,

CASTRO-RIAL LADO, C, ‘*Posición del crédito público en reestructuraciones preconcursales y exoneración de pasivo*’ *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Edit. Revistas Iustel, Sin fecha.

El nuevo Proyecto de Ley Concursal y la Directiva Europea: dos visiones sobre la cancelación de las deudas públicas, enero 2022, recuperado de <https://www.webdesegundaoportunidad.com/category/ley-segunda-oportunidad/>

El Proyecto de Ley de Reforma Concursal desoye a los expertos, dejando desprotegidos a los acreedores y negando una auténtica segunda oportunidad a empresarios y particulares, enero 2022, recuperado de https://economistas.es/cust_notas/14-de-enero-de-2022-el-proyecto-de-ley-de-reforma-concursal-desoye-a-los-expertos-dejando-desprotegidos-a-los-acreedores-y-negando-una-autentica-segunda-oportunidad-a-empresarios-y-particulares/,

GARCIA CALVO, G, “*Sobre la exoneración de créditos de Derecho Público*”, *Economy & Jurist*, 2021, Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/sobre-la-exoneracion-de-creditos-de-derecho-publico>

GARCIMARTÍN, F, “*La narrativa de los “marcos de reestructuración preventiva” en el Derecho europeo*” recuperado de <https://almacenederecho.org/la-narrativa-de-los-marcos-de-reestructuracion-preventiva-en-el-derecho-europeo>, enero 2019,

GARCIA PÉREZ C. *“Nociones previas y breve referencia a los antecedentes de la actual regulación”* en AA. VV (ROGER VIDEL C. Dir.) *“Los créditos con privilegio general: supuestos y régimen jurídico”* Ed. Reus, 2009, Madrid

GOMEZ ASENCIO, C, la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español, Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, recuperado de <http://www.revista-aji.com/wpcontent/uploads/2020/03/14.-Carlos-Gómez-pp.-472-511-1.pdf>

MENCHANGA, J. *“La nueva Directiva Concursal 2019/1023, de 20 de junio de 2019, Economy-& Jurist, 2019, recuperado de https://www.agmabogados.com/wp-content/uploads/2019/11/Qué-cómo-y-cuándo-puntos-clave-de-la-Directiva-de-procedimientos-de-reestructuración-e-insolvencia_amplaido-EJ.pdf*

MORENO, S. *“Proyecto de Ley de Reforma del TRLC: cómo afecta a los Planes de Reestructuración”*, recuperado de <https://www.economistjurist.es/podcast/proyecto-de-ley-de-reforma-del-trlc-como-afecta-a-los-planes-de-reestructuracion/>, febrero 2022,

LÓPEZ ALARCÓN, M.: *“El derecho de preferencia”*, Universidad de Murcia, Murcia, 1960,

LOZANO CUTANDA, B, *“Un juzgado de lo Mercantil declara inaplicable el artículo 491 TRLC (exoneración del pasivo insatisfecho) por exceder de la delegación para la refundición”*, GOMEZ ACEBEDO POMBO, Octubre 2020. Recuperado de https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/10/Análisis_Un-juzgado_Mercantil_declara_inaplicable_art.-491.pdf

La prioridad debe ser la continuidad de la empresa y no el privilegio de los créditos públicos, Agosto 2021, Recuperado de <https://www.foment.com/es/prioridad-continuidad-empresa-no-privilegio-creditos-publicos/>

RODRIGUEZ ALBA, “Los créditos públicos, los grandes olvidados en la Directiva (UE) 2019/1023” Legal Today, 2021, disponible en <https://www.legaltoday.com/>,

VEIGA COPO, ABEL, ‘*La masa pasiva del concurso de acreedores*’ Ed. Civitas, Navarra, 2017,