



Jornada Técnica 15 de marzo de 2019 Insolvencia del empresario y segunda oportunidad: Perspectivas de futuro



El objetivo perseguido con la aprobación de la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, era posibilitar al empresario persona física que fracasaba económicamente encarrilar nuevamente su vida, incluso arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una deuda que no podrá satisfacer.

Sin embargo, la importancia y utilidad empresarial del concepto de segunda oportunidad o *fresh start* contrasta en nuestro país con su escasa aplicación práctica. De hecho, son pocas las empresas y particulares que consiguen sobreponerse a una situación de insolvencia y acceder de nuevo al mercado del crédito. Como ha constado la Comisión Europea, ello obedece a que nuestra regulación como la de otros muchos Estados de la UE resulta insuficiente.

Para paliar este déficit normativo la Unión Europea presentó, a finales de 2016, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración. El objetivo de la Propuesta es permitir que los empresarios que gocen de buena



reputación y se encuentren en concurso de acreedores puedan tener una segunda oportunidad, así como facilitar el acceso temprano de empresas viables con dificultades financieras a marcos de reestructuración preventiva que permitan evitar su insolvencia. Concebida con la idea de mejorar la cultura del rescate en la Unión Europea, la Propuesta deja bastante espacio a los Estados miembros para concretar el modelo de transposición a seguir y abre la posibilidad de mejorar sustancialmente el régimen de insolvencia, particularmente, del empresario persona física.

CONCLUSIONES DE LA JORNADA

“La segunda oportunidad en España: una visión desde el análisis económico del Derecho”

D. FERNANDO GÓMEZ POMAR

*Catedrático de Derecho Civil, Universidad Pompeu Fabra;
Counsel de Uría Menéndez*

PRESENTACIÓN:

D. EDUARDO ESTRADA ALONSO

Cátedra Fundación Ramón Areces de Distribución Comercial



Fernando Gómez Pomar es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1986). Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, Real Colegio de España en Bolonia en 1988. Desde el año 2001, es Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Es *counsel* de las oficinas de Madrid y Barcelona de Uría Menéndez. Cuenta con una amplia experiencia como consultor en procedimientos y operaciones complejas mercantiles y civiles y es miembro del Colegio de Abogados de Madrid, la American Law and Economics Association, la European Association of Law and Economics o la Society for European Contract Law. Cabe destacar asimismo que en 2010 fue designado por la Comisión Europea miembro del Comité de Expertos que redactó la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea.



Fernando Gómez Pomar centró su intervención en el análisis del contexto económico en relación al cual debe abordarse la problemática regulatoria del régimen de segunda oportunidad o *fresh start* en nuestro ordenamiento jurídico. Partiendo de la base que la liberación de deudas inherente a la concesión del beneficio de la segunda oportunidad constituye un incentivo al trabajo, al emprendimiento y a la no ocultación de ingresos del deudor, el ponente destacó la singularidad del caso español en el ámbito comparado, dado el bajo número de concursos individuales tramitados en España en comparación con los países de nuestro entorno.

Dicha singularidad española permite concluir que el régimen concursal no se utiliza adecuadamente para la salida de empresas del mercado. Hasta tal punto ello es así que puede decirse que en nuestro ordenamiento jurídico el instrumento a través del cual se instrumenta fundamentalmente la insolvencia es la ejecución hipotecaria, dado el elevado número de deudas/créditos garantizados con hipoteca en nuestro país. Procedimiento de ejecución hipotecaria que a lo largo de estos años pasados ha sido revisado en profundidad tras la Sentencia del Tribunal de Justicia recaída en el asunto *Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa* en 2013. Asimismo, el Profesor Gómez Pomar subrayó que la mayor parte de ejecuciones hipotecarias llevadas a cabo en nuestro país a lo largo de estos años atrás tenían su origen en préstamos concedidos en la fase álgida de la burbuja inmobiliaria.

Valiéndose a tal efecto de los correspondientes datos estadísticos, el ponente destacó también cómo la alternativa instrumentada a través del Código de Buenas Prácticas Bancarias ha tenido un escaso acogimiento por las entidades financieras de nuestro país, como demuestra la inexistencia de quitas a los deudores por parte de tales entidades.

La introducción en el año 2015 del régimen de segunda oportunidad en el Derecho español no ha supuesto grandes avances hasta el momento en el régimen descrito, al menos en opinión de Gómez Pomar. Pese a que la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social prevé la exoneración de deuda del empresario que cumpla determinados requisitos y se han incrementado las solicitudes de concurso individual -sobre todo de personas físicas no empresarios-, tres años después la tasa de utilización del nuevo modelo introducido sigue siendo irrelevante, sobre todo en relación al empresario persona física.



La escasa utilización del régimen de segunda oportunidad del empresario persona física evidenciada por los datos estadísticos obedece, en buena medida, a la escasez de medios y de formación en el sistema judicial y administrativo español. En este sentido, destaca el ejemplo del *Insolvency Service* en Irlanda y la inversión de Alemania en su sistema judicial (doble de jueces per cápita que España), criticando al mismo tiempo la calificación del concurso como culpable o no culpable inherente al sistema concursal español, lo que a su modo de ver constituye un error y desincentiva el recurso al procedimiento concursal como mecanismo de cese/reestructuración de la actividad económica empresarial.



Propuesta de Directiva Europea y segunda oportunidad

D. FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

*Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de Madrid;
Counsel de Linklaters*

PRESENTACIÓN:

D^a. PILAR JIMÉNEZ BLANCO

Profesora Titular Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo



Francisco J. Garcimartín es Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Madrid y autor de numerosos libros y artículos sobre temas de derecho procesal internacional y comercio internacional publicados en revistas y editoriales nacionales e internacionales. Cabe destacar a este respecto, entre otras muchas, su coautoría junto al Profesor Virgós de *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, Kluwer, 2004 y su trabajo *Cross-border listed companies*, Nijhoff, La Haye: Académie de droit international, 2008 (traducida y publicada en China). Es asesor del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Exteriores en temas de derecho internacional privado. Ha participado como representante del estado español en la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, en UNIDROIT y en el Comité del Derecho Civil del Consejo de la Comunidad Europea. En el seno de este último, fue miembro de la delegación española en las negociaciones que condujeron a la adopción del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo o de los Reglamentos Roma I y Roma II. Recientemente ha sido el responsable, junto con el Profesor Michael Veder, del informe de la *Conference of European Restructuring and Insolvency Law* sobre las consecuencias del Brexit en relación con la normativa aplicable a las relaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido en materia de reestructuración y concurso de empresas. Ha participado también, como experto designado por UNCITRAL, en la redacción de las guías sobre derecho concursal y garantías reales de esta organización. Actualmente es *Counsel* en Linklaters, S.L.P.

El Profesor Garcimartín Alférez centró su ponencia en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. Propuesta que como el ponente tuvo ocasión de



destacar es ya Directiva desde el mes de diciembre y de la que ya tenemos texto definitivo, si bien por el momento únicamente en inglés.

El ponente destacó la escasa atención dedicada por la Directiva al régimen de segunda oportunidad -únicamente los artículos 20 a 24-, restringiéndolo además al concurso o sobreendeudamiento de empresarios y persona física empresario, no consumidor. En su opinión la parquedad regulatoria de la Directiva en esta materia no debe sorprender, ya que resulta coherente con las dificultades regulatorias que existen a nivel europeo, dadas las divergencias normativas entre los 28 Estados miembros de la Unión Europea, cada uno de los cuales pretende siempre imponer sus propios criterios. Al mismo tiempo las carencias regulatorias de la Directiva ofrecen una oportunidad en nuestro ordenamiento para la puesta en marcha de la Directiva, dado el elevado margen de transposición a los ordenamientos nacionales que en ella se deja.

El Profesor Garcimartín realizó un análisis de los preceptos de la Directiva dedicados a la segunda oportunidad, analizando las principales novedades que la Directiva introduce. Así, explicó:

- La condonación de deudas en un plazo no superior a tres años regulado en el artículo 21, condonación que está supeditada a un reembolso parcial de forma proporcional a la renta de que dispone el empresario (art. 20).
- El período de inhabilitación para el ejercicio profesional asociado a la condonación de deudas propia del régimen de segunda oportunidad, cuyo período de hace coincidir con el plazo de condonación de la deuda (art. 22), salvo en supuestos excepcionales (art. 23).
- La posibilidad de los Estados miembros de restringir la condonación o de incrementar ese plazo de tres años para la condonación o el plazo de inhabilitación empresarial en supuestos excepcionales, y algunos particulares previstos por la propia Directiva en atención al comportamiento deshonesto o de mala fe del empresario, su abuso de los procedimientos de condonación, etc. (art. 23).
- La posibilidad de excluir determinadas categorías específicas de deudas de la condonación o incrementar el plazo para su condonación, caso por ejemplo de las deudas garantizadas o de las derivadas de sanciones penales o de responsabilidad delictual (art. 23).



- La regla de consolidación de procedimientos, que obliga a los Estados miembros a velar por que cuando un empresario sobreendeudado contraiga deudas derivadas de su actividad comercial, profesional, etc. y deudas personales al margen de dicha actividad todas ellas se ventilarán en único procedimiento a efectos de su posible condonación (art. 24).

Propuestas para una necesaria reforma del régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente a la luz de la Propuesta de Directiva europea

D^a. MATILDE CUENA CASAS

*Catedrática de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid;
Vicepresidenta de la Fundación Hay Derecho*

PRESENTACIÓN:

D. JULIO CARBAJO GONZÁLEZ

Profesor Titular Derecho Civil, Universidad de Oviedo



Matilde Cuenca Casas es licenciada y doctora en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Actualmente, es catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense, vicepresidenta de la Fundación Hay Derecho y miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense. Asimismo, es investigadora visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard y de la Facultad de Derecho Universidad de Perugia. Destaca su asesoramiento al Ministerio de Justicia durante los últimos meses del año 2009 y primeros de 2010, dentro de los trabajos de preparación de la propuesta de reforma de la Ley Concursal, en lo que se refiere al concurso de persona física. La Profesora Cuenca es autora de varias monografías y artículos de revista, habiendo desarrollado varias líneas de investigación entre las que destaca el Derecho de familia y concurso de acreedores; derecho de los consumidores; insolvencia de la persona física y tutela de clientes de servicios FinTech. En concreto, en los últimos años ha centrado su actividad investigadora en torno a temas relacionados con la insolvencia de la persona física con el apoyo de proyectos de investigación I+D del Ministerio de Ciencia y Tecnología, destacando entre sus resultados la coordinación del I Congreso Internacional sobre endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, y del Congreso sobre Insolvencia y Mercado de crédito. Así como varias publicaciones sobre el régimen de la segunda oportunidad a tenor de la Ley 25/2015, de 28 de julio.



La jornada concluyó con la ponencia de la profesora Cuenca Casas titulada "las Propuestas para una necesaria reforma del régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente a la luz de la Propuesta de Directiva europea". La ponente analizó las principales novedades que introduce la Propuesta de Directiva de cara a una reforma de nuestra normativa interna.

La Propuesta de Directiva limita su aplicación a la persona física empresaria, excluyendo de su régimen a los consumidores. Esta limitación señala la profesora Cuenca es el aspecto más criticable de la reforma, dando lugar a una discriminación injustificada respecto de los consumidores. Es más, el artículo 23 de la Directiva admite la exoneración de deudas, no sólo empresariales (derivadas del ejercicio comercial y profesional), sino también las deudas domésticas contraídas por la persona física empresaria. Esta discriminación no parece justificada porque un empresario puede ser insolvente no por consecuencia de su actividad empresarial. En consecuencia, propugna que el régimen de segunda oportunidad debe ser único y aplicable a toda persona natural, sin distinción entre persona física empresario o no.

Otra de las novedades introducidas por la Propuesta de Directiva, que celebra la profesora Cuenca, es el límite máximo del plazo de tres años para la condonación de deuda. Sin embargo, la Directiva al ser de mínimos, permite a los Estados miembros establecer plazos distintos (siempre inferiores), lo que suaviza la armonización y acentúa el *turismo concursal*; a ello hay que sumar que el *dies a quo* puede ser muy variado y los supuestos excepcionales en los que se admite la ampliación del plazo (art. 22.2 PDSOP).

La novedad más sobresaliente, destaca la profesora Cuenca, es la exigencia de un plan de pagos ajustado a la situación patrimonial del empresario y proporcionada a sus ingresos disponibles durante ese periodo. Es más, no resulta conforme a la Directiva una regulación que impone al deudor el pago de un umbral de pasivo mínimo, es decir, no resulta conforme con la normativa europea nuestra Ley Concursal que exige al deudor abonar el pasivo no exonerable para poder obtener la condonación de las deudas exonerables (art. 178 bis LC).

Conforme a ello, propone dos itinerarios para obtener la exoneración, primero un sistema de exoneración automática con liquidación de patrimonio sin plan de pagos y, segundo un plan de pagos de deudas exonerables aprobado judicialmente y adaptado a la situación patrimonial del deudor en el plazo máximo



de los tres años. El plan será oponible a los acreedores afectados por las deudas exonerables. Ahora bien, los acreedores mantienen sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas: la condonación de la deuda no debería exonerar también al fiador o avalista a su modo de ver.

Respecto de las deudas no exonerables (deudas garantizadas, las sanciones penales y deudas derivadas de responsabilidad civil) destaca la no inclusión de la deuda de alimentos y de los créditos públicos, a pesar de que es el que más afecta al empresario e impide su recuperación. El silencio del legislador europeo determina que no es contrario a la norma la no exoneración del crédito público, pudiendo nuestra Ley mantener el carácter no exonerable de los créditos públicos. Por ello, estima conveniente incluir dentro de las deudas no exonerables, por un lado, los alimentos y, de otro, el cincuenta por ciento del importe de los créditos públicos.

Por último, sobre el requisito de la conducta que debe reunir el deudor para obtener la exoneración, opina la profesora Cuenca que la Propuesta de Directiva deja bastante margen de maniobra a los Estados miembros. De acuerdo con la Directiva al deudor de mala fe se le puede conceder la exoneración, pero con un plazo más largo para su obtención. Sin embargo, sería más aconsejable que el deudor de mala fe sea excluido del régimen de segunda oportunidad. Además, debería también analizarse la actuación del prestamista, incluyendo un incentivo positivo al deudor respecto del préstamo irresponsable.