

**Derecho Concursal español y alemán en la práctica:
Necesaria modificación de la exoneración de deudas no satisfechas (“segunda
oportunidad”) a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del
Consejo de 20 de junio de 2019**

**Die nötige Anpassung des Restschuldbefreiungsverfahrens in Spanien
gem. der Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des
Rates vom 20. Juni 2019**

La crisis ocasionada por el Coronavirus va a conducir inevitablemente a un aumento del endeudamiento de las empresas y de los consumidores, entendidos éstos como personas físicas que no desempeñan una labor empresarial. El Derecho Concursal español, que permite a las personas jurídicas con responsabilidad limitada el desendeudarse, no lo permite de facto a las personas físicas, pues aún existiendo una “exoneración” de las deudas no satisfechas en el concurso, las exigencias y el plazo para su concesión son excesivos. La consecuencia de ello es, aparte del problema social generado, el forum shopping de los deudores que se lo puedan permitir (trasladando su domicilio a otro estado de la UE para influenciar el procedimiento aplicable), el miedo a asumir riesgos empresariales, la práctica generalizada del alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores, la economía sumergida o la concesión de créditos sin garantías suficientes.

Se observa en general que los países con tradición empresarial y emprendedora se han decidido por abrir una vía de desendeudamiento para empresarios que hayan fracasado, si han actuado, naturalmente, de buena fe; vía que se abre a los consumidores. Otros países, como España, tienen dificultades en aceptarlo.

En el año 2019 se dio cuenta el legislador europeo de la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados Miembros. En la directiva citada, que se ha de incorporar a los ordenamientos de los Estados Miembros **hasta el 17.07.2021**, se establece, entre otras medidas para aumentar la efectividad del procedimiento y facilitar los planes de reestructuración anteriores al mismo, que los “Estados miembros velarán por que los **empresarios insolventes** tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la **plena exoneración de deudas** de conformidad con la presente Directiva” (Art. 21). En su art. 22 se establece un **plazo** para conceder la exoneración “**no superior a tres años**, que empezarán a contar a más tardar a partir de las fechas siguientes: a) en el caso de los procedimientos que incluyan un plan de pagos, la fecha de la decisión de una autoridad judicial o administrativa de confirmar el plan o el inicio de la aplicación del plan, o b) en todos los demás procedimientos, la fecha de la decisión de la autoridad judicial o administrativa de abrir el procedimiento, o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor.”

En este artículo nos limitaremos a los temas de fundamental importancia desde el punto de vista de la persona física afectada según se ha manifestado en nuestra práctica jurídica. Los detalles del procedimiento en un país u otro o los efectos del procedimiento no serán objeto del análisis. Tanto la legislación española como la alemana tendrán que ser modificadas hasta el 17 de julio del 2021.

1. **Objetivo del concurso de la persona física y del consumidor, la exoneración de deudas**

En Alemania no existe para las personas físicas, precisamente por su responsabilidad patrimonial universal, la obligación de presentar una solicitud para iniciar un procedimiento de insolvencia. En España teóricamente sí (art. 5 LC), pero en la práctica hay relativamente pocos procedimientos de insolvencia para consumidores. La misma sólo se presentará si la ejecución del procedimiento tiene ventajas suficientes para el deudor. La ventaja fundamental es la exoneración de deudas insatisfechas: Para los empresarios son, generalmente, las deudas de derecho público, de alquiler, bancarias y de carácter comercial; para los consumidores, las deudas bancarias con garantía real.

Una ventaja añadida puede ser el orden que impone el procedimiento, evitando que los acreedores ejerzan una presión excesiva, a veces por vías no legales, para que sus deudas se satisfagan lo antes posible y la actuación de un administrador concursal o fiduciario que asume la administración y la relación con las partes. El “inconveniente” para el deudor es que está obligado a que un tercero liquide su patrimonio, en tanto sea embargable, a favor de sus acreedores; inconveniente que no es tal, pues las acciones de los acreedores tendrán el mismo efecto. En este análisis juega un gran papel el valor del patrimonio (activo) existente, así como el importe de las deudas. Fundamental es por ello hacer una lista con todos los acreedores y el patrimonio existente, con valores de mercado reales. Un acuerdo con los acreedores suele ser preferible a un procedimiento concursal.

Todos los deudores pueden y deben acceder al concurso de acreedores, pero sólo los de buena fe obtendrán la exoneración del pasivo remanente.

2. **Sujeto de la exoneración de deudas. Generalidades del procedimiento.**

La directiva mencionada sólo exige que se establezca un sistema de exoneración de deudas **para empresarios**, y deja a disposición de los Estados Miembros el ampliarlo a personas físicas no empresarios (consumidores). En ambos países es seguro que se extenderá a los consumidores, pues ya es el caso. En Alemania no hay que modificar muchas normas; en España sería conveniente un repaso general.

En España no se prevé un procedimiento concursal especial para usuarios. El acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores – *außergerichtliche Schuldenbereinigung* - (art. 231 ss. LC, Ley Concursal), **preconcursal**, es recomendable si se pretende solicitar la exoneración de la deuda remanente (ver art. 178bis LC). Es aplicable para deudores (empresarios o no, personas físicas o jurídicas) con un pasivo no superior a 5 millones de EUR y con menos de 50 acreedores, vigilado por un mediador concursal (puede ser un notario) e intenta evitar precisamente el procedimiento concursal. Si hay acuerdo con los acreedores, no es necesario un concurso. Está sometido a otras condiciones, como que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por determinados delitos o no se haya beneficiado anteriormente de él. La apertura del procedimiento de insolvencia no se evitará si no hay acuerdo con los acreedores o si se incumple por parte del deudor (art. 241 LC). Entonces se seguirá un procedimiento concursal, ya sea normal o abreviado (éste normalmente para los consumidores). Según el art. 231.5 LC no se verán afectados por este acuerdo, entre otros, los **créditos de derecho público** (Hacienda y Seguridad Social, por ej.), deudas típicas en los concursos de empresarios.

La posterior exoneración de deudas la podrá solicitar toda persona natural de buena fe al concluir el procedimiento concursal. Este es entre otros el caso, por ej. cuando el concurso no ha sido declarado culpable, y el deudor en los 10 años anteriores no haya sido condenado por un delito contra la Hacienda pública o la Seguridad Social.

En Alemania, como en España, es necesaria la ejecución de un procedimiento concursal para conseguir la exoneración del pasivo insatisfecho. El procedimiento concursal de la persona física puede ser de empresarios o de usuarios (Verbraucherinsolvenzverfahren):

- a) La apertura del procedimiento de insolvencia para usuarios (Verbraucherinsolvenzverfahren) puede ser solicitada por una persona física que no desempeñe o haya desempeñado una actividad empresarial, pero también por una persona física que sí haya desempeñado una actividad empresarial, si se dan dos condiciones: su situación patrimonial es de fácil examen (se entiende que éste es el caso si hay menos de 20 acreedores) y no existen créditos contra él derivados de relaciones laborales (§ 304 InsO, Ley Concursal alemana). Es preceptivo el haber intentado antes un acuerdo extrajudicial con los acreedores. En los demás casos se ejecutará un procedimiento concursal de empresas, para el que no es necesario un acuerdo extrajudicial. Un acuerdo se puede conseguir también durante el procedimiento.
- b) La solicitud de condonación de deudas la puede solicitar toda persona física que solicite la apertura de un procedimiento concursal, ya sea como empresario-persona física (en el marco de un procedimiento concursal de empresa) o como consumidor (en el marco de un procedimiento concursal de usuarios) y responda personalmente de las deudas. **Se solicitará con la solicitud de apertura del procedimiento concursal o en el plazo de 2 semanas tras la advertencia del Juzgado de la posibilidad de solicitarlo.** Por lo general se le concederá si ha sido de buena fe y ha cumplido con las obligaciones que le impone la ley.

Esta solicitud supone que se iniciará un procedimiento especial de condonación de deudas al finalizar el procedimiento concursal, siempre que el concurso haya durado menos que la duración total del procedimiento de exoneración de deudas, y que no se le haya denegado la misma por haber sido solicitada por un acreedor y darse las circunstancias del § 290 Inso (entre otras haber sido condenado por un delito importante, haber derrochado patrimonio, haber mentido sobre su situación patrimonial o negarse a trabajar) en la última Junta de acreedores del procedimiento concursal. Responsable del procedimiento no es el administrador concursal, sino un "Treuhänder" o fiduciario, con poderes mucho más reducidos que el administrador concursal, sin el poder de disposición y administración del patrimonio del deudor. La duración total de este procedimiento incluye la duración del procedimiento concursal, para tener cierta seguridad jurídica.

Durante este procedimiento el deudor tiene determinadas obligaciones, especificadas en el § 295 Inso: En resumen, ha de trabajar, entregar la mitad de posibles herencias, informar a su Treuhänder de las circunstancias personales relevantes y no privilegiar a ningún acreedor. El deudor cede al Treuhänder su salario embargable, que éste recibirá directamente de la empresa donde trabaja el deudor. Si el salario fuera demasiado "reducido" en comparación con otros trabajadores, podrá exigir la parte embargable del salario adecuado. También se le permite al deudor el desempeñar una actividad como autónomo. En este caso, ha de entregar a la masa la parte embargable de las cantidades (ficticias) que él

hubiera podido ganar si hubiera desempeñado un trabajo dependiente, que, en su caso, serán decididas por el juez del procedimiento.

3. La exoneración de deudas: Naturaleza jurídica, alcance y plazo de concesión

La exoneración, o más bien “liberación de deudas insatisfechas” (Restschuldbefreiung) en Alemania, dogmáticamente no es una condonación de las mismas, sino sólo se impide su persecución. La deuda se convierte en una obligación natural, que sólo puede ser satisfecha de forma voluntaria. Esto tiene importantes consecuencias de tipo práctico, por ejemplo: Si el deudor pagara tras haberse producido la exoneración, no puede exigir la devolución de lo pagado; en ciertos casos puede ser posible una compensación de deudas (típico acreedor en estos casos es la Hacienda Pública). Con ello no hay contradicción con el principio de responsabilidad patrimonial universal.

En España parece configurarse igualmente como un impedimento a la persecución de créditos (ver Art, 178bis.5 LC); de hecho persiste el crédito contra avalistas y fiadores. Por ello tampoco hay discrepancia con el art. 1911 Cc.

Alcance y duración en Alemania:

La exoneración de deudas incluye **todas las deudas, salvo contadas excepciones**, recogidas en el § 302 InsO: Quedan excluidos aquéllos créditos que estén relacionadas con un acto ilícito (generalmente un delito, el más típico es la estafa o delitos contra la seguridad social o Hacienda), así sean comunicados por los acreedores y no sean contradichos por el deudor (en este caso tendría que presentarse una denuncia y decidir un juzgado de lo penal si hay un acto ilícito o no, lo cual no suele suceder en la práctica), los créditos de alimentos, las multas consecuencia de un delito o falta, y los costes del mismo procedimiento, para los que se haya concedido una moratoria de pago. La clasificación de los créditos (§§ 38, 39 InsO) **es irrelevante** para la misma.

En Alemania hay créditos ordinarios o subordinados. Los créditos con derecho de garantía (derecho de ejecución preferente, como la hipoteca o prenda) son un crédito concursal ordinario en la cuantía no cubierta por la garantía (Insolvenzforderung). Los créditos de derecho público, como los de Hacienda o la Seguridad Social no son acreedores privilegiados, son créditos concursales ordinarios. Ésta es una diferencia importante entre las dos legislaciones. Los créditos subordinados (§ 39 InsO) tienen una insignificante relevancia práctica. Y todos se ven afectados por la exoneración, con la excepción del § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO: multas.

También quedan exoneradas las deudas de un acreedor en otro país de la UE (con la excepción de Dinamarca), como es reconocido por la normativa europea o incluso los créditos no incluidos en la lista de acreedores, si el crédito fuera concursal.

La duración del procedimiento de condonación de deudas depende de diversos factores, como veremos a continuación (§ 300 InsO). El plazo **comienza a contar con la apertura** del procedimiento concursal (ya sea de empresarios o usuarios) y termina:

- al transcurrir 6 años (plazo general), § 287 Abs. 2 InsO
- al transcurrir 5 años, si el deudor ha podido pagar los costes del procedimiento, independientemente de la cuota que hayan recibido los acreedores

- al transcurrir 3 años, si además de los costes del procedimiento al fideicomisario se le han transferido en este tiempo cantidades suficientes para conseguir una cuota de por lo menos un 35 %.

Para incorporar la directiva mencionada (ver art. 22 .1. Alt. b))se prevé la reducción paulatina del procedimiento hasta los 3 años y que esa duración no dependa de que estén cubiertos los costes del procedimiento o una determinada cuota.

La directiva prevé expresamente que el término del plazo de los 3 años no será óbice para que pueda seguir la ejecución y distribución de los activos empresariales que forman parte de la masa concursal cuando se produce la exoneración de deudas. Este sería el caso si el procedimiento concursal durara más de tres años. Ya es el caso actual en Alemania. Aquí no son tan efectivas las medidas del control del deudor en la fase de exoneración, en parte por falta de interés de los acreedores.

Existe la posibilidad de denegar la exoneración de deudas (en cuyo caso termina el procedimiento) o de revocarla en el plazo de 1 año desde su concesión si se dan los requisitos legales (ver § 290 y § 303 InsO)

Alcance y duración en España:

La solicitud de condonación de deudas se ha de presentar **después** de haber terminado la fase de liquidación (o sea el concurso) en el plazo que determine el juez. Si el deudor puede satisfacer los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados (especialmente créditos por salarios, de retenciones de Hacienda y Seguridad Social, y por lo general 50% de los créditos de derecho público, o por responsabilidad civil extracontractual, ver art. 90 ss LC) y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos un 25 % de los créditos concursales ordinarios, recibirá la exoneración del pasivo insatisfecho de forma inmediata.

Si no fuera éste el caso (caso habitual), deberá someterse a un plan de pagos de 5 años de duración por esas deudas anteriores: créditos privilegiados, contra la masa y 25% de los créditos ordinarios. Al finalizar este plazo se le condonarán los créditos concursales ordinarios, los privilegiados con garantía en el importe que ésta no cubra el crédito y subordinados (ver art. 178 bis LC). El juez tiene la posibilidad de conceder la exoneración de deudas a pesar de no haber cumplido el plan, si el deudor hubiera dedicado por lo menos la mitad de sus ingresos sin el carácter de inembargable al cumplimiento del plan o incluso menos en circunstancias especiales. Contra la decisión del juez no hay recurso, lo cual conduce a cierta inseguridad jurídica, si el deudor no tiene recursos y poco control del cumplimiento. La ley dice que la exoneración del pasivo insatisfecho incluirá los créditos ordinarios y subordinados **“exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos”**. Llama la atención que para la concesión inmediata, se incluya en la exoneración de deudas el 50% de las deudas de derecho público, que no tengan privilegio especial del art. 90.1 y 91.2 LC, pero en el caso de sometimiento a un plan de pagos, se excluyan todas las deudas de derecho público (o sea todo, incluso el 50% de determinadas deudas ante Hacienda y Seguridad social, que serían ordinarias).

En este sentido se ha de destacar la Sentencia del **Tribunal Supremo** (STS 381/2019) de 02.07.2019 (recurso 3669/2016). El Tribunal ve ilógico que a los deudores con menos medios, y que por ello se han de someter al plan, se les exonere menos que a los deudores con más recursos. Como consecuencia, las deudas de derecho público se pueden incluir en el plan de pagos para poder ser exoneradas. El Tribunal decide en esta sentencia que los créditos públicos también pueden ser

incluidos en el plan de pagos. Se remite también a la directiva 2019/1023 mencionada. En el apartado 2 del art. 20, la misma prevé la posibilidad de que en algún Estado la plena exoneración de deudas se supedita a un reembolso parcial de la deuda, y que en esos casos deba garantizarse "que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario, y, en particular, **sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores**". En este sentido determina el Tribunal Supremo que las deudas de derecho público pueden estar incluidas en el plan de pagos, e incluso en lo que se refiere a las demás deudas privilegiadas, el juez podrá determinar si quedan exoneradas en función de la capacidad del deudor y la equidad con respecto a los demás acreedores. El Tribunal Supremo ha apoyado su decisión en la directiva, aunque no haya concluido el plazo de incorporación de la directiva a la legislación española, una curiosidad jurídica.

En el caso de concesión de la exoneración de deudas hay un plazo de otros 5 años en el que se puede revocar el auto si lo solicita un acreedor con las causas que determina la ley.

La incorporación de la directiva mencionada al ordenamiento jurídico español tendrá dos efectos principales: La reducción del plazo para conseguir la exoneración de 5 a 3 años (ver art. 22.1 Alt.a) de la directiva) y la ampliación del alcance de la exoneración de deudas, sin tantas excepciones incluidas en un articulado disperso y con más claridad. Desde nuestro punto de vista sería aconsejable una revisión del derecho concursal, para conseguir efectividad, celeridad y seguridad jurídica y reducir costes. En tanto los procedimientos concursales puedan durar muchos años y, con ello, el plazo para la exoneración del pasivo insatisfecho sea incalculable, no se obtendrán los efectos deseados. Podría ser más práctico para el deudor confiar en la prescripción de las deudas y retardar la ejecución de bienes hipotecados. Sería conveniente analizar las implicaciones en otras fases del procedimiento y hacer una regulación completa para evitar discrepancias. Y todo, si la crisis Corona no lo impide, hasta el 17.07.2021.

4. Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 Mayo

El texto refundido de la nueva Ley Concursal se ha publicado en el BOE el 7 de mayo. Entrará en vigor el 1 de septiembre del 2020. La redacción y la estructura han mejorado indiscutiblemente, se han introducido cambios positivos. Pero en lo relativo a la exoneración del pasivo insatisfecho no se han producido cambios relevantes de tipo material. La regulación está ahora incluida en los art. 486 a 502 de la LC. La misma exposición de motivos deja claro que aún queda por transponer la directiva citada. Así que estemos preparados para la próxima modificación legislativa.

En nuestro Spanish Desk asesoramos especialmente a las empresas alemanas con propietarios españoles en su idioma o empresas españolas con intereses en Alemania. No duden en contactar con nosotros si necesitan apoyo en Alemania. Estamos a su entera disposición.

**Kurze Zusammenfassung:
Die nötige Anpassung des Restschuldbefreiungsverfahrens in Spanien
gem. der Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates
vom 20. Juni 2019**

Das aktuelle System der Restschuldbefreiung in Spanien hat ihr Ziel nicht erreicht. Durch eine große Zahl von ausgenommene Forderungen wird in der Regel nur eine teilweise Restschuldbefreiung erreicht. Darüber hinaus ist das Verfahren in der Praxis sehr lang. Diese Richtlinie, die bis zum 17.07.2021 in das jeweilige nationale Recht umgesetzt werden müsste, verlangt u. a. die Verkürzung des Verfahrens auf 3 Jahre und die Möglichkeit, eine umfassende Restschuldbefreiung für den Unternehmer, natürliche Person, zu erlangen. Die Umsetzungsfrist sollte aus unserer Sicht auch für eine Überarbeitung des spanischen Insolvenzrechts, zumindest des Restschuldbefreiungsverfahrens, genutzt werden.

Villingen-Schwenningen, 24.04.2020

Eva Camiña Giral
Rechtsanwältin

ÜBER SCHRADE & Partner :

SCHRADE & Partner berät Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts an den Standorten Villingen-Schwenningen, Singen, Berlin, Freiburg und Lahr. Schwerpunkte der Tätigkeit von SCHRADE & Partner bilden das Gesellschafts- & Handelsrecht, Arbeitsrecht, Wettbewerbsrecht, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, Erbnachfolge, Sanierungs- und Restrukturierungsberatung und das Recht des Gesundheitswesens. Wir beraten unsere Mandanten insbesondere bei der Gründung oder bei dem Erwerb bzw. dem Verkauf von Unternehmen, Umstrukturierungs- und Umwandlungsvorgängen und dem Gang an die Börse sowie bei allen sonstigen Fragen der vertraglichen Gestaltung und der Rechtsberatung des laufenden Geschäftsbetriebs. Im internationalen Bereich beraten wir unsere Mandanten im Rahmen unseres Verbundes SCHRADE EWIV in Zusammenarbeit mit befreundeten Anwaltskanzleien in Österreich, Italien, Frankreich, Polen, Tschechien, Ungarn und der Slowakei sowie in Kooperation mit Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften. Unsere tägliche Arbeit ist immer geprägt von unserem Credo:

SCHRADE

Wir geben der Wirtschaft Recht.

Kontakt zu der Autorin dieser NEWS / Contacto con la autora de este Artículo:

Eva Camiña Giral
Rechtsanwältin / abogada
SCHRADER & PARTNER RECHTSANWÄLTE PartmbB
Max-Planck-Straße 11
78052 Villingen-Schwenningen / Germany
Telefon: +49/7721/20626-420
Telefax: +49/7721/20626-100
eva.camina-giral@schrade-partner.de
www.schrade-partner.de

