

EL VALOR HERMENÉUTICO DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS ANTES DE FINALIZAR SU PLAZO DE TRANSPOSICIÓN: INTERPRETACIÓN CONFORME *VERSUS* INTERPRETACIÓN DISCONFORME

Ricardo ALONSO GARCÍA

Decano de la Facultad de Derecho
Catedrático de Derecho Administrativo
y de la Unión Europea
Universidad Complutense de Madrid
rag@der.ucm.es

Se cumplen poco más de tres décadas desde que el TJUE emitiera su respuesta prejudicial a una de las primeras cuestiones suscitadas por la judicatura *social* española (asunto *Wagner Miret*¹). Y se cumplen poco más de dos décadas desde el fallecimiento de mi padre, Manuel Alonso Olea, el 23 de febrero de 2003.

En *Wagner Miret*, el TJUE manejó dos principios capitales en lo que concierne a las relaciones entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y de sus Estados miembros, a saber, el principio de interpretación conforme (significativamente, de las Directivas, una vez finalizado su plazo de transposición), y el —por aquel entonces recién nacido (en *Francovich e. a.*²)— de responsabilidad de los Estados frente a los particulares por los daños y perjuicios provocados por las infracciones del Derecho de la Unión.

Mi padre no llegó a poder entretenerse con los avatares de este último principio de responsabilidad en nuestro país, con dos declaraciones sucesivas de incumplimiento por parte del TJUE, en los años 2010 y 2022³.

Tampoco se pudo entretener (intuyo que muy a su pesar, habida cuenta no solo de la naturaleza marcadamente jurisprudencial del principio, sino de su particular incidencia en el quehacer de la judicatura) con la evolución de la doctrina acerca de la interpretación conforme, cuando con-

¹ C-334/92, resuelto por Sentencia de 16 de diciembre de 1993.

² Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, resueltos por Sentencia de 19 de noviembre de 1991.

³ SSTJUE de 26 de enero de 2010 (asunto *Transportes Urbanos*, C-118/08) y de 28 de junio de 2022 (asunto *Comisión v. España*, C-278/20).

textualizada en el periodo que abarcaría desde la entrada en vigor de las Directivas hasta la finalización de su plazo de transposición; evolución en extremo compleja en relación con la cual un reciente pronunciamiento del TJUE (asunto *Julietta y Rogelio*⁴), ha intentado aportar algo de claridad.

Sucede, además, que el referido pronunciamiento responde a cuestiones suscitadas por un Tribunal español (la Audiencia Provincial de Alicante), en el ámbito de lo civil/mercantil, retomando así el protagonismo de antaño de la mencionada jurisdicción con ocasión del célebre asunto *Marleasing* (1990), en el que, como es sabido, el TJUE extendería la obligación de búsqueda de una lectura del Derecho interno conforme con el Derecho europeo en general, y las directivas en particular, al Derecho nacional pre-existente: «al aplicar el Derecho nacional», sostuvo el Tribunal, «ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado (actual 288 TFUE)».

Y «si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional», puntualizaría aún más el Tribunal en el asunto *Pfeiffer e. a.* (2004), «se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho interno a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración *todo el Derecho nacional* para apreciar en qué medida puede este ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva».

* * *

Lo primero que debe advertirse es que la aproximación del TJUE al principio de interpretación conforme desde la perspectiva del plazo de

⁴ C-687/22, resuelto por Sentencia de 11 de abril de 2024. Conviene recordar que, a partir del 1 de enero de 2023, se procedió a asignar en Luxemburgo un nombre ficticio, generado automáticamente por un programa informático, a todos los asuntos anonimizados en los que se enfrentaren personas físicas (cuyos nombres se habían sustituido por iniciales desde el 1 de julio de 2018, por motivos de protección de los datos personales), o en los que se enfrentaren personas físicas y personas jurídicas cuyo nombre no fuere distintivo. Se adoptó tal medida, según el TJUE, para identificar más fácilmente los asuntos anonimizados, con la esperanza de que sería más sencillo recordar tales asuntos y ser citados más fácilmente tanto en la jurisprudencia como en otros contextos.

transposición, en el capital asunto *Adeneler e. a.* (2006), no estuvo exenta de discrepancias en el seno del propio TJUE.

En efecto, para la AG Juliane Kokott, «la obligación de interpretación conforme también existe independientemente de si se ha adaptado efectivamente el Derecho interno a la correspondiente directiva y, de ser así, en qué momento se ha hecho»⁵.

Y es que, argumentó Kokott, «el hecho de que se conceda a los Estados miembros un plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva y que, por ese motivo, no estén obligados a adoptar antes de que expire ese plazo las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas necesarias para proceder a dicha adaptación, no impide afirmar la existencia de una obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme con la directiva a partir de la entrada en vigor de esta. En efecto, el hecho de que una directiva conceda un plazo al legislador nacional no significa en absoluto que el poder jurisdiccional tenga derecho a acogerse al mismo plazo. El plazo de adaptación está más bien destinado a tener en cuenta las dificultades técnicas de la adopción de leyes, como las que pueden producirse en el procedimiento legislativo parlamentario o en las negociaciones entre los interlocutores sociales».

El TJUE, sin embargo, sostuvo, desmarcándose de la opinión de su Abogada General, que «en caso de adaptación tardía del Derecho interno a una directiva, la obligación general en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar su Derecho interno de conformidad con la directiva nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva».

La primera aclaración que debe hacerse al respecto es que la puntualización del Tribunal, en el sentido de que el principio de interpretación conforme «nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva», debe entenderse en el contexto en el que fue formulada, a saber, «en caso de adaptación tardía del Derecho interno a una Directiva».

Ello significa que *Adeneler e. a.* no descartó la posibilidad de que el principio pudiera entrar en juego, por exigencias del propio Derecho de la Unión (esto es, al margen de posibles exigencias derivadas del Derecho interno), antes de la expiración del plazo de transposición de la Directi-

⁵ En la misma línea se había pronunciado unos meses antes el por aquel entonces también Abogado General, después Vicepresidente del Tribunal de Justicia, Antonio Tizzano, en el asunto *Mangold* (TJUE de 22 de noviembre de 2005, C-144/04); igualmente la propia Kokott, en el asunto *Wippel* (TJUE, de 18 de mayo de 2004, C-313/02).

va; concretamente, *en el supuesto de que dicha transposición hubiese tenido lugar antes de esa expiración del plazo*.

Partiendo de tal premisa, el primer problema radicaría en concretar cuándo una intervención del poder normativo nacional, antes de finalizar el plazo de transposición, podría considerarse como una transposición anticipada, determinante para la entrada en juego, de manera asimismo anticipada, del principio de interpretación conforme. De no ser posible concluir en tales términos, lo que tendríamos sería una normativa interna sobre la que ya no pesaría una obligación de interpretación conforme, sino otra, más sutil, de «abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por esta»⁶.

En abstracto, el TJUE ha sostenido que la transposición anticipada (y con ella, la anticipación de la interpretación conforme), para ser considerada como tal, ha de ser «definitiva y completa»⁷. Y a esos efectos, los preámbulos o las exposiciones de motivos de las normas pueden entrañar indicios significativos en uno u otro sentido. Como también pueden resultar particularmente relevantes las notificaciones a la Comisión dando por bueno el Derecho nacional, por hipótesis preexistente a la Directiva en cuestión⁸.

¿Y qué pasaría si se llegara a la conclusión de que la legislación interna adoptada antes de finalizar el plazo de transposición no respondería una transposición anticipada?

Como se acaba de señalar, la aproximación del juez nacional a la misma debería eludir el comprometer gravemente la consecución del objetivo previsto por la Directiva, llegado el momento de la finalización del plazo de transposición (deber negativo, pues, de abstención, frente a la naturaleza positiva inherente a la búsqueda de una interpretación conforme).

⁶ Surgiendo tal obligación de abstención «a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva» (*Adeneler e. a.*, *op. cit.*, FJ 123), a la que sustituiría, resaltemos una vez más, la obligación de interpretación conforme en el momento de producirse una transposición anticipada, o, en ausencia de esta, en el momento de finalizar el plazo de transposición.

⁷ Cfr. asunto *Inter-Environnement Wallonie*, resuelto por STJUE de 18 diciembre 1997 (C-129/96), FJ 48.

⁸ Cfr., p. ej., las Conclusiones de Pedro Cruz Villalón en el asunto *E.ON Földgáz Trade*, resuelto por STJUE de 24 de abril de 2015 (C-510/13): «El deber de interpretación conforme a la luz de una directiva solo comienza en el momento en que el ordenamiento nacional opera específicamente una transposición (y por tanto se notifica) o, en ausencia de dicha transposición, desde el momento del vencimiento del plazo de transposición» (cdo. 28).

Lo cual nos sitúa ante otro problema, a saber, el de apreciar en qué medida la interpretación en cuestión supondría poner en jaque, de manera particularmente onerosa («gravemente»), la armonización europea pretendida por la Directiva de que se trate; problema cuya resolución, más allá de posibles elucubraciones, exigirá un análisis caso por caso, en el que, también aquí, el juez nacional no debería soslayar su responsabilidad, trasladando en exceso al TJUE la tarea de, por recurrir a una fórmula habitual en la jurisprudencia de Luxemburgo, «proporcionar[le] indicaciones útiles para llevar a cabo esta apreciación».

* * *

Cabría así advertir que mientras la interpretación conforme impone a los jueces nacionales la obligación de alterar el tradicional manejo de los criterios hermenéuticos reconocidos por los sistemas jurídicos nacionales en la búsqueda de una lectura del Derecho interno compatible con la Directiva, el deber interpretativo de abstención se limita a imponer una obligación de no manipular dichos criterios obstaculizando el objetivo marcado por la norma europea.

Imaginemos un sistema jurídico nacional que favorezca el valor de las exposiciones de motivos a la hora de interpretar su ordenamiento, frente a la incidencia que al respecto pudieran tener los trabajos preparatorios. La interpretación conforme obligaría, llegado el caso, a invertir tal prelación en favor de estos últimos, si ello condujera, a diferencia de la exposición de motivos, a una lectura del Derecho interno compatible con la Directiva en cuestión. El deber de abstención, en cambio, no obligaría en principio a nada, por mucho que la interpretación del Derecho nacional, a la luz de su exposición de motivos, desembocara en una lectura del mismo contraria a la Directiva. Ahora bien, y siguiendo con el ejemplo, si en el momento de la entrada en vigor de la Directiva el Derecho nacional entonces vigente⁹ fuese susceptible de una lectura compatible con aquella según los cánones hermenéuticos propios del sistema jurídico nacional en cuestión (en el ejemplo manejado, a la luz de la exposición de motivos), lo que sí impediría la doctrina del TJUE es alterar el manejo de tales cánones (favoreciendo en el ejemplo el recurso a los trabajos preparatorios), conducente, en

⁹ O el adoptado con posterioridad, siempre y cuando no implicase una adaptación completa y definitiva a la Directiva antes de la finalización de su plazo de transposición.

una suerte de acción positiva de interpretación disconforme, a una lectura del Derecho nacional incompatible con la Directiva.

Adviértase, pues, que el deber de abstención no penaliza interpretaciones por el solo hecho de resultar contrarias a las Directivas. Lo que penaliza, esencialmente, son comportamientos interpretativos contrarios al deber de cooperación leal para con la Unión que pesa sobre todas las autoridades nacionales, incluidas las judiciales.

Con otras palabras, el deber de abstención no está destinado, *per se* y a diferencia de la interpretación conforme, a corregir las imperfecciones del Derecho nacional que surjan al cotejar este con la Directiva que cubra su ámbito de aplicación. Así, el deber de abstención, aplicado a un supuesto en el que ya exista una interpretación judicial del Derecho interno que convierta a este en incompatible con la Directiva, no obliga, en términos de acción positiva, a modificar tal jurisprudencia en la búsqueda de una interpretación conforme, misión esta, se insiste, que solo habría que iniciar, por imposición del Derecho de la Unión, una vez anticipada la transposición de la Directiva de manera plena y definitiva, o, en ausencia de esta, finalizado el plazo de transposición. Dicho deber de abstención, en cambio, sí que impediría una modificación *in pejus* de la jurisprudencia preexistente, esto es, una modificación conducente a acentuar o intensificar esas posibles imperfecciones del Derecho nacional, necesariamente leído tomando en consideración la Directiva en cuestión¹⁰ desde el momento mismo de la entrada en vigor de esta última¹¹.

En fin y ligado a lo anterior, si bien el deber de abstención no está destinado, según se acaba de señalar, a corregir las imperfecciones del Derecho nacional que surjan al confrontar este con la Directiva que cubra su radio de acción, sí que impone, en el supuesto de presentar la norma interna varias interpretaciones posibles, la obligación de evitar, de entre ellas, las que puedan «comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de

¹⁰ O «teniéndola en cuenta», según similar expresión del AG Mazák en el asunto *Kadzoev*, resuelto por STJUE de 30 de noviembre de 2009 (C-357/09 PP, cdo. 42). Adviértase que tal fue la expresión utilizada por el TJUE en el asunto *Grimaldi* (STJUE de 13 de diciembre de 1989, C-322/88) a los fines de perfilar la eficacia interpretativa del *soft law* europeo, imponiendo la obligación a los jueces nacionales de motivar sus lecturas del Derecho nacional contrarias a las Recomendaciones.

¹¹ Recordemos, una vez más, que, según tiene declarado el TJUE, «a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por esta».

adaptación del Derecho interno a la Directiva, la realización del objetivo perseguido por esta»; lo cual no nos sitúa, necesariamente, ante la elección, singular, de la más compatible con la Directiva, terreno este que sería el propio de la interpretación conforme.

De nuevo con otras palabras: mientras que en el ámbito de la interpretación conforme, pudiendo existir esta, no cabría otra, en el ámbito del deber de abstención, pudiendo también existir la interpretación conforme, esta no cerraría las puertas a otras interpretaciones no ya menos conformes, sino incluso disconformes, siempre y cuando, y aquí estaría la clave, tal disconformidad no responda a un comportamiento por parte del juez nacional incorrecto (por omitir la toma misma en consideración de la Directiva ya en vigor al interpretar el Derecho interno) o incluso desleal (mediante una manipulación del sistema nacional de cánones hermenéuticos o una modificación *in pejus* de su jurisprudencia).

* * *

Veamos cómo abordó esta problemática el TJUE en el asunto ya mencionado al inicio de estas páginas, *Julietta y Rogelio* (que no *Julietta y Romeo*), en relación con el alcance, en nuestro ordenamiento jurídico, de la Directiva de 2019 sobre reestructuración e insolvencia¹², cuyo objetivo, a la luz de su primer Considerando, sería el de «contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de 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». En particular, la Directiva pretendería «eliminar tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la

¹² 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, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades.

plena exoneración de sus deudas después de un periodo de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración».

En tal contexto, las cuestiones suscitadas por la Audiencia Provincial de Alicante al TJUE versaban, concretamente, sobre las condiciones concernientes a la referida «segunda oportunidad», en conexión con su alcance, en nuestro ordenamiento, antes de la finalización del plazo de transposición; más específicamente, en relación con las posibilidades que, si alguna, abriría la Directiva a los Estados miembros, y, en su caso, bajo qué exigencias, para excluir de la exoneración de las deudas a los créditos públicos.

Comencemos por advertir que el plazo de transposición finalizaba el 21 de julio de 2021, y que España procedió, mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, a su *expresa transposición*¹³ (es decir, *más de un año después* de finalizar el mencionado plazo de transposición). Advuértase, asimismo, que los hechos que originaron el litigio que terminaría por sustentar la activación del art. 267 TFUE, se remontaban al 3 de marzo de 2021 (esto es, *unos meses antes* de finalizar dicho plazo), fecha en la que los deudores en el marco de un procedimiento concursal presentaron una solicitud de exoneración plena de deudas. Y la legislación por entonces reguladora de la materia se contenía en un Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado en mayo de 2020¹⁴ (es decir, vigente ya la Directiva de 2019).

La clave de la cuestión, por tanto, y a los efectos que aquí interesan, consistía en dilucidar, por un lado, la correcta interpretación de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, y, por otro, los efectos que la misma desplegaría sobre una legislación, como la española, anterior a la finalización de su plazo de transposición y posterior a su entrada en vigor.

* * *

¹³ La Ley fue de hecho bautizada como «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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)».

¹⁴ Concretamente, mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

La dudas interpretativas atañían, a su vez y por un lado, a si las categorías enunciadas en el art. 23.4 de la Directiva, susceptibles de quedar excluidas de la plena exoneración de las deudas de empresarios insolventes, constituirían o no un elenco cerrado; en segundo lugar, para el caso de considerar tales categorías como no exhaustivas, las dudas se concentraban en el margen de apreciación del que dispondrían los Estados miembros a la hora de excluir de la exoneración de deudas categorías distintas de las enunciadas en el citado precepto.

A lo primero respondió negativamente el TJUE, a la luz del propio texto de la Directiva, en su versión resultante de una corrección de errores relativa, precisamente, a la versión en lengua española del art. 23, apartado 4: la redacción original, según la cual los Estados miembros podían «excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas [...], en los siguientes casos», fue sustituida por la de «*como* en los siguientes casos» (alineándose así la versión española con el resto de versiones lingüísticas).

Tal interpretación literal, en el sentido de considerar el elenco de categorías enunciadas en el art. 23.4 como simplemente ilustrativo, quedaría además corroborada, añadió el TJUE, por el Considerando 81 de la Directiva, del que se desprendería «que el legislador de la Unión Europea consideró que los Estados miembros “deben poder excluir otras categorías de deudas cuando esté debidamente justificado”».

Por lo que respecta a las dudas concernientes al margen de apreciación de los Estados miembros a la hora de activar la referida facultad de exclusión, el TJUE consideró que dicho margen debería ser suficiente como para permitir a los Estados miembros, al transponer la Directiva, «tener en cuenta la situación económica y las estructuras jurídicas nacionales», supeditado a una «debida justificación» en términos de puesta de manifiesto del porqué de los motivos excepcionales de la exclusión, que habrían de responder, en todo caso, a un interés público legítimo.

* * *

Expongamos ahora, sintéticamente, cuál era el panorama jurídico español en cuyo contexto se suscitaron las referidas dudas, para luego analizar el impacto que en el mismo tendría la referida interpretación de la Directiva sentada por el TJUE.

Ello, no sin dejar de adelantar que la legislación aplicable al caso de autos era, como vimos, un Texto Refundido de la Ley Concursal, aproba-

do en mayo de 2020 (anterior, pues, a la finalización del plazo de transposición en 2021), cuyo Preámbulo explicaba, literalmente, que «la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado», habida cuenta de que «España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019». Lo cual, conviene destacar ya mismo, *descartaría la consideración del Texto Refundido como un supuesto de transposición anticipada*.

La evolución del Derecho español hasta llegar al Texto Refundido, había sido la siguiente¹⁵.

La Ley Concursal de 2003¹⁶ no contemplaba ningún tipo de exoneración de deudas en el marco del procedimiento concursal.

La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización de 2013¹⁷, introdujo por vez primera en el Derecho español un mecanismo de exoneración del pasivo no satisfecho denominado «remisión de deudas insatisfechas») para los casos de conclusión del concurso por liquidación de la masa activa. Ninguna previsión se hacía sobre la extensión de la exoneración ni, por tanto, sobre si alcanzaba o no al crédito público.

El Real Decreto-ley 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, introdujo la institución de la denominada «segunda oportunidad», la cual requería, para su entrada en juego, que el concursado fuera una persona natural y que se hubiera concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, debiendo cumplir además una serie de requisitos. Se permitía, entonces, optar bien por una exoneración inmediata, bien por una exoneración en cinco años, sujeta a un plan de pagos. Así las cosas, el Real Decreto-ley se refería también a la no exoneración del crédito público, indicando que, en caso de haberse optado por un *plan de pagos*, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extendería a la parte no satisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de declaración de concurso, *exceptuando los créditos de Derecho público*.

Dicha regulación sería después mantenida, una vez convalidado el Real Decreto-ley por la Ley 25/2105.

¹⁵ Dicha evolución está perfectamente resumida en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial (Roj: AAP A 33/2022-ECLI:ES:APA:2022:33.*).

¹⁶ Ley 22/2003, de 9 de julio.

¹⁷ Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

El 2 de julio de 2019, el Pleno de la Sala de lo Civil del TS dicta un capital pronunciamiento¹⁸, en el que dio respuesta a la paradoja que se producía en relación con la exoneración del crédito público, según el concursado optara, como se acaba de señalar, por la exoneración inmediata o por el plan de pagos: tras una interpretación teleológica de la institución de la «segunda oportunidad», a la luz del Preámbulo del Real Decreto-ley de 2015, de una Recomendación de la Comisión de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial¹⁹, y de la posterior Directiva de 2019, sobre reestructuración e insolvencia, el TS entendió que la finalidad de nuestra legislación sería, como la de la europea, facilitar la segunda oportunidad mediante la condonación plena de las deudas; por ello, tal exoneración *plena* (incluidos, pues, los créditos públicos) alcanzaría también a la opción de plan de pagos, con su fraccionamiento y aplazamiento a lo largo de cinco años.

Sin embargo, el Texto Refundido de la Ley Concursal vino a modificar, apenas un año después, tal panorama, al optar (sobre la base de la delegación operada, un año antes, por la Ley de Secretos Empresariales²⁰) por la solución contraria a la que había llegado el TS; esto es, se previó específicamente, *sin ningún tipo de justificación al respecto*, que el crédito público quedaba excluido de la exoneración, tanto en el marco del régimen general, como del especial por la aprobación de un plan de pagos.

A partir de ese momento, los jueces españoles comenzaron a mantener posturas radicalmente enfrentadas sobre la materia: unos consideraron que el Texto Refundido habría incurrido en *ultra vires* al excederse en el ejercicio de la delegación legislativa, lo que les habilitaría para inaplicarlo, de manera que el crédito público quedaría exonerado: otros, en cambio, sostuvieron lo contrario, haciendo prevalecer la regulación del Texto Refundido sobre la interpretación mantenida por el TS.

En ese contexto, se le suscitaron a la Audiencia Provincial de Alicante una serie de dudas referidas a los siguientes extremos: «i) sobre la justificación, debida, que la Directiva exige para que la normativa nacional de

¹⁸ Roj: STS 2253/2019-ECLI:ES:TS:2019:2253.

¹⁹ 2014/135/UE: Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014.

²⁰ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, cuya disposición final tercera establecía lo siguiente: «Al objeto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa, en un plazo de ocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, un texto refundido de la citada norma. *Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos*».

transposición pueda excluir determinadas categorías de deudas; *ii*) sobre si la relación contenida en el art. 23.4 constituye o no *numerus clausus*; *iii*) sobre si el crédito público puede ser objeto o no de exoneración»²¹.

* * *

A ello respondió el TJUE, como ya adelanté, negando la naturaleza de *numerus clausus* de la relación de categorías enunciadas en el mencionado art. 23.4 de la Directiva, admitiendo la posibilidad de que los Estados miembros excluyeran los créditos públicos de la exoneración, siempre sobre la base de una debida justificación.

Tal sería la solución finalmente adoptada por el legislador español al transponer tardíamente la Directiva (mediante, recordemos, la Ley 16/2022, que seguía así el enfoque que había adoptado el Texto Refundido), justificando en su Preámbulo la exclusión de los créditos públicos²² en una genérica necesidad de satisfacer la justicia y la solidaridad en una sociedad asentada en el Estado de Derecho²³; lo cual, a ojos del TJUE²⁴, resultaría suficiente a los efectos de respetar la exigencia de la «debida justificación» de la Directiva.

Ahora bien, ¿a qué respondió esta incursión del TJUE acerca de la compatibilidad de la Ley 16/2022 con la Directiva, si la premisa de la que partió, siguiendo a la Audiencia Provincial de Alicante, fue que la legislación aplicable al caso de autos no era la mencionada Ley, sino el Texto Refundido de 2020?

La respuesta, como veremos a continuación, se encuentra en la necesidad de tomar en consideración la Ley 16/2022 para determinar si el Texto

²¹ La Audiencia Provincial de Alicante habría dado así por bueno el desplazamiento de la interpretación del TS por la del Texto Refundido, asumida después por la Ley 16/2022, albergando dudas sobre la compatibilidad de ambas normas con la Directiva, en la medida en que tanto el uno como la otra habrían previsto la exclusión de los créditos públicos de la exoneración de deudas.

²² Justificación, recordemos, ausente en el Texto Refundido.

²³ Según la Sección IV del Preámbulo, «las excepciones [a la exoneración] se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho (como las deudas por alimentos, las de Derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabilidad extracontractual)».

²⁴ Que invocó en el FJ 54 el hecho de que, «de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los preámbulos y las exposiciones de motivos de disposiciones legales españolas forman parte integrante de ellas y son pertinentes para interpretarlas, dado que el órgano del que emanan explica allí la *ratio legis*».

Refundido y, a partir del mismo, su interpretación por los tribunales españoles, habría respetado el deber que pesaría sobre las autoridades españolas, a partir de la entrada en vigor de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, de abstenerse de adoptar disposiciones y de interpretarlas «de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de transposición de dicha Directiva, la realización del objetivo perseguido por esta».

En efecto, recordemos, una vez más, que, si bien había coincidencia entre ambos textos, el Refundido de 2020 y el de la Ley de 2022, en cuanto a la exclusión de los créditos de Derecho público de la exoneración de deudas, existía, no obstante, discrepancia en cuanto a la «debida justificación» de tal exclusión, ausente en el Texto Refundido, pero presente, por parca y genérica que pudiera considerarse, en la Ley.

Pues bien, en ese preciso contexto, el TJUE (FJ 51) comenzaría por sostener que «el hecho de que, antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, un legislador nacional no haya justificado debidamente la exclusión de la exoneración de deudas de una categoría de créditos, como los créditos de Derecho público, no puede, como tal, comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por dicha Directiva».

El motivo de ello, según el TJUE, sería el siguiente: «Por un lado, a pesar del objetivo de esta de otorgar a los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados una segunda oportunidad al ofrecerles acceso a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas, la referida Directiva permite a los Estados miembros excluir categorías de créditos, como los créditos de Derecho público, de la exoneración de deudas. Por otro lado, esa ausencia de justificación, por parte del legislador nacional, de la exclusión de los créditos de Derecho público de los procedimientos de exoneración de deudas no afecta a la posibilidad de que dicho legislador proporcione una justificación adecuada de tal exclusión en caso de que la mantenga tras el plazo de transposición de la misma Directiva».

A partir de tal premisa, el TJUE, no sin antes recordar que era al juez español a quien correspondía implementar tal razonamiento en el caso de autos, y que ello, no obstante, no le impedía aportarle indicaciones útiles a tal efecto²⁵, sostuvo (FJ 54) que, tras la expiración del plazo de transposi-

²⁵ FJ 52: «Si bien corresponde, en definitiva, al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, en el litigio principal y teniendo en cuenta todos los elementos de este asunto, el

ción de la Directiva, el hecho de que legislador español hubiera justificado debidamente, en el Preámbulo de la Ley, la exclusión de los créditos públicos de la exoneración de deudas, parecería sustentar, *a priori*, la idea de que «la falta de justificación, en particular, en la versión del Texto Refundido de la Ley Concursal aplicable al litigio principal, no puede tener como efecto comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, la realización del objetivo perseguido por dicha Directiva».

* * *

Como advertí en su momento, creo que este asunto *Julieta y Rogelio* constituye un buen ejemplo para adentrarse en la práctica de los matices y las complejidades que rodean la distinta manera con la que los operadores jurídicos, en última instancia los jueces nacionales, deben aproximarse a la interpretación y aplicación del Derecho interno, en función de que la normativa aplicable responda, o no, a una a una transposición del Derecho europeo, respetando, o no, el plazo correspondiente.

Tal diferente aproximación, así como sus potenciales resultados dispares, creo que pueden ya advertirse, a estas alturas de la exposición, en relación con las cuestiones abordadas en *Julieta y Rogelio*:

- 1) el principio negativo de abstención, proyectado sobre una determinada norma, en el caso, el Texto Refundido de la Ley Concursal de 2020, desembocaría, en relación con las exoneraciones de deudas solicitadas hasta la expiración del plazo de transposición (el 17 de julio de 2021), en una exclusión de los créditos públicos de tales exoneraciones (pues a pesar de no estar «debidamente justificada» dicha exclusión, la misma resultaría operativa al no comprometer gravemente ese silencio en la motivación el objetivo de la Directiva al expirar su plazo de transposición);
- 2) el principio positivo de interpretación conforme, activado una vez expirado el plazo de transposición y proyectado sobre esa misma norma (el Texto Refundido), conduciría, en relación con

TRLR aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2020 puede comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, la realización del objetivo perseguido por esta Directiva, el Tribunal de Justicia puede, sobre la base de los datos que figuran en los autos que obran en su poder, proporcionar a ese órgano jurisdiccional indicaciones útiles para llevar a cabo esta apreciación».

las exoneraciones de deudas solicitadas entre la fecha de expiración de dicho plazo (el mencionado 17 de julio de 2021) y la de transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia (el 26 de septiembre de 2022, fecha de entrada en vigor de la Ley 116/2022²⁶), al resultado contrario de incluir en la exoneración los créditos adeudados (al carecer su exclusión en el Texto Refundido de la «debida justificación» exigida por la Directiva, lo que convertiría a dicha exclusión, vía interpretación conforme, en inoperante)²⁷.

²⁶ De acuerdo con el apartado 3.6.º de la disposición transitoria primera de la Ley 16/2022, la nueva normativa se aplicará a las solicitudes de exoneración del pasivo que se presenten después de su entrada en vigor. La Ley entraba en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (disposición final 19a). Dado que dicha publicación se produjo el 6 de septiembre de 2022, la Ley entró en vigor el siguiente 26 de septiembre.

²⁷ Adviértase, por lo demás, que, aunque tal operación hermenéutica conduciría, a su vez y por otro lado, al mismo resultado que el derivado de la STS de 2 de julio de 2019, en su momento referida al exponer la evolución de nuestro Derecho en esta materia, no cabría en modo alguno equiparar ambos contextos: ni la norma española a interpretar era la misma (el Real Decreto-ley de 2015 en la STS de 2019, frente al Texto Refundido de 2020 en el ejemplo al que se refiere la presente nota), ni la interpretación conforme habría podido/debido tener cabida en la STS de 2019 (pues como se ha venido explicando a lo largo de estas páginas, la única virtualidad hermenéutica de la Directiva, por aquel entonces, se habría limitado, por mor del propio Derecho de la Unión, al deber de abstención, evitando comprometer el objetivo de la Directiva expirado su plazo de transposición).