



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2012/47

Marzo 2012

**TITULO: DISCHARGE Y SOBREENDEUDAMIENTO DE PARTICULARES
EN EL ÁMBITO DEL DERECHO NORTEAMERICANO Y ESPAÑOL**

Santiago Senent Martínez

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E Mail Santiago Senent Martínez: ssenentm@telefonica.net
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense

<http://www.ucm.es/eprints>

Copyright © 2012 por el autor

DISCHARGE Y SOBREENDEUDAMIENTO DE PARTICULARES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO NORTEAMERICANO Y ESPAÑOL

(DISCHARGE AND CONSUMER OVER-INDEBTEDNESS IN AMERICAN AND SPANISH LAW)

SANTIAGO SENENT MARTÍNEZ
MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LO MERCANTIL

Resumen: En el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, no se ha dado especial relevancia al concurso de la persona física. Sin embargo, la crisis económica en la que estamos inmersos ha evidenciado la insuficiencia de nuestra Ley concursal para dar respuesta a los problemas que plantea el sobreendeudamiento y la insolvencia de los particulares, así como la subsistencia, tras la conclusión del concurso del principio de responsabilidad patrimonial universal. En el Derecho norteamericano si se da una solución al concurso de la persona física, bien a través del procedimiento de la liquidación o del plan de pagos, se permite acceder a la discharge o liberación de deudas, permitiendo al deudor un fresh start y su recuperación para el mercado de consumo o el ejercicio de una actividad económica, evitando así su marginación social. La experiencia del Derecho norteamericano debe servir al legislador español para abordar una reforma del concurso de la persona física que introduzca mecanismos liberación de deudas para los deudores honestos.

Palabras clave: Sobreendeudamiento, insolvencia, discharge, fresh start.

Abstract: In Spanish Law, unlike what happens in other systems, the insolvency proceeding of the physical person never has had a special relevance. However, the economic crisis that surrounds us has demonstrated the inadequacy of our insolvency Law to give answer to the problems that raises the over-indebtedness and the insolvency of the individuals, as well as the subsistence, after the conclusion of the insolvency proceeding of the principle of universal patrimonial responsibility. In American Laws, there is a solution to the over-indebtedness of the physical person, either through the procedure of liquidation or through the payment plan, it is allowed to accede to the discharge or liberation of debts, allowing the debtors a fresh start and its recovery for the consumer market or the exercise of an economic activity, thus avoiding its social marginalization. The experience of North American Laws must serve the Spanish legislator to adress a reform of individual insolvency introduces mechanisms of discharge to honest debtors.

Keywords: over-indebtedness, insolvency, discharge, fresh start.

DISCHARGE Y SOBREENDEUDAMIENTO DE PARTICULARES EN EL ÁMBITO
DEL DERECHO NORTEAMERICANO Y ESPAÑOL¹

(DISCHARGE AND CONSUMER OVER-INDEBTEDNESS IN AMERICAN AND
SPANISH LAW)

SANTIAGO SENENT MARTÍNEZ

MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LO MERCANTIL

SUMARIO

I.- CONCURSO E INSOLVENCIA DE PARTICULARES EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	4
II.- LAS SOLUCIONES A LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DE LOS PARTICULARES EN EL DERECHO NORTEAMERICANO	10
A.- El “ <i>chapter 7</i> ”: la liquidación	13
B.- El “ <i>chapter 13</i> ”: El plan de pagos	16
C.- La reforma del año 2005: aspectos críticos	18
III.- INSOLVENCIA, CONCURSO Y CONSUMIDOR EN ESPAÑA: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA	22

¹ Texto de la intervención presentada en el IX Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, celebrado entre los días 7 y 10 de noviembre de 2011 en la Harvard Law School, con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, J & A Garrigues, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

No cabe duda que la crisis económica mundial que padecemos ha puesto a prueba los sistemas de tratamiento de la insolvencia de los países afectados. El resultado de esa prueba, al menos desde la perspectiva del Derecho español, que es el que conozco y aplico en mi labor profesional, ha puesto de manifiesto las dificultades de nuestro sistema concursal para dar respuesta a una crisis de tal magnitud, lo que ha dado lugar a una reforma legal llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que intenta dar solución a algunas de las deficiencias que la aplicación práctica de la Ley concursal había puesto de manifiesto. Ciertamente las leyes concursales siempre nos pueden parecer insuficientes, entre otras cosas porque aspiramos a que den solución a un problema que se ha generado en un entorno completamente distinto, como es el mercado, y que por sus características no se concilia fácilmente con las formalidades de un entorno estrictamente legal. Ello no es óbice a que el legislador busque nuevas fórmulas, dotadas de suficientes garantías y flexibilidad, para solventar los efectos de la crisis en relación a todos los que la padecen: sector financiero, empresas y particulares o consumidores.

I.- CONCURSO E INSOLVENCIA DE PARTICULARES EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho español, no obstante, no se ha dado una especial relevancia al fenómeno del concurso de uno de los afectados por el fenómeno de la crisis: el consumidor. Ciertamente, hasta hace pocos años la mayoría de los concursos se referían a personas jurídicas, no pasando el de la persona física de ser un fenómeno casi anecdótico. Sin embargo, en una situación de crisis generalizada en la que nos encontramos, cada vez es más frecuente la solicitud de concurso de personas físicas, casadas o no, lo que ha motivado un incremento notable de los concursos de las personas físicas en los últimos años.

Son múltiples los factores que inciden en la insolvencia del consumidor. Por un lado puede existir una situación de sobreendeudamiento derivado de la evolución en los hábitos de consumo que ha conllevado un creciente recurso al crédito como instrumento de financiación, en particular por las economías familiares o domésticas. En efecto, a día de hoy éstas siguen siendo el sustento básico del consumo orientado básicamente, aun cuando no de modo exclusivo, a bienes de primera necesidad y en particular a la vivienda, aun cuando ésta en puridad, desde un punto de vista de teoría económica, no se considere bien de consumo, cuya adquisición se financia de manera generalizada. Precisamente, la situación económica favorable de hace pocos años favoreció el recurso a dicha financiación. Así, el aumento de la renta disponible, el incremento del empleo, así como el mantenimiento de facilidades crediticias y estrategias comerciales a través de impactantes campañas publicitarias seguidas por las entidades financieras, que han facilitado la concesión no solo de préstamos para la adquisición de viviendas, sino también de préstamos personales y tarjetas de crédito que han experimentado en los últimos años crecimientos respectivamente del 215,0% y del 225,0%, habiéndose incrementado también notablemente el creciente uso de otros instrumentos de crédito y pago².

Esta política blanda de concesión de créditos al consumo que se practicó por parte de las entidades financieras, que desde finales de 2004 hasta mediados de 2006 relajaron las condiciones para la concesión de esta clase de créditos, encontró su justificación en las expectativas favorables respecto del empleo y la actividad general. Todo ello, si bien ha incidido favorablemente en un incremento de la calidad de vida y bienestar material, también puede determinar situaciones en las que las obligaciones crediticias sean superiores a las rentas de que se dispone, constituyendo ello el origen de un importante problema de sobreendeudamiento y en su caso de insolvencia, determinado por distintos tipos de deudas³. Pero la insolvencia del consumidor no necesariamente debe tener su causa en un sobreendeudamiento, también puede deberse a una situación de desempleo, una crisis familiar o a una

² PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar" en Revista de Derecho concursal y paraconcursal. La Ley, nº 9. Pág. 43.

³ PULGAR EZQUERRA, J. *Ibíd.*, Pág. 43.

situación de enfermedad, entre otras posibles causas. No cabe de duda de que si además existe un sobreendeudamiento cualquiera de estas circunstancias agudizará la dificultad del deudor para saldar sus deudas.

Es ésta precisamente la situación en la que nos encontramos inmersos en el momento actual en el que desde diversos ámbitos se destaca el creciente crecimiento del sobreendeudamiento del consumidor, y su incapacidad para hacer frente a sus deudas, lo que genera un incremento de procedimientos de ejecución tanto singular, como de garantía real.

Este panorama ha propiciado un repunte importante del número de concursos de personas físicas. Así, frente a los 99 concursos de personas físicas que se tramitaron en el año 2005, en el año 2009 se tramitaron 1.261 y 1.150 en el año 2010, cifra que con seguridad se superará en 2011. Para un observador extranjero estas cifras no llaman la atención, ya que en otros países, como es el caso de los Estados Unidos, las cifras no admiten comparación posible, pues en el año 2010 se tramitaron 1.536.799 concursos de consumidores.

En España la insolvencia de la persona física y su sometimiento al proceso concursal lleva aparejadas graves consecuencias que, en el caso de que esté casado, afectan igualmente a cuestiones trascendentales en relación al cónyuge no deudor, al derecho de alimentos del cónyuge o de los hijos sometidos a su potestad o al régimen económico conyugal. Sin embargo, una de las mayores carencias de la Ley concursal, puesta de manifiesto a lo largo de estos siete años de vigencia, es el tratamiento del concurso de las personas físicas. Seguramente porque en el momento de redacción de la Ley la experiencia no mostraba un gran número de concursos de personas físicas, la Ley zanjó la cuestión con unas ligeras modificaciones, pero mantuvo la concepción global del procedimiento referida, fundamentalmente, al concurso de las personas dedicadas a la actividad empresarial. La primera carencia se refiere a la inaplicabilidad a las personas físicas de la paralización de la ejecución de garantías reales. La previsión del artículo 56 LC contempla la suspensión solo en el caso de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Buena parte de las solicitudes de concurso de personas físicas no comerciantes, lo que se conoce como

concurso del consumidor, tienen su fundamento en la imposibilidad de hacer frente al préstamo hipotecario, concertado en un momento de bonanza económica pero de condiciones en muchos casos inasumibles en un contexto de crisis y desempleo. La solicitud de concurso se formula con la intención de paralizar o evitar una eventual ejecución hipotecaria, algo que según el texto legal no es posible.

Tampoco las soluciones al concurso dan una respuesta satisfactoria al problema de la insolvencia familiar. De entre las dos posibles formas de conclusión del concurso, convenio o liquidación, solo la primera es apta para superar la situación de insolvencia del deudor y dar una satisfacción, siquiera parcial o aplazada a sus acreedores, por cuanto la eficacia novatoria del convenio, expresamente reconocida en el art. 136, supone la remisión de la deuda en la quita convenida una vez cumplido el convenio, incluso aunque el deudor venga posteriormente a mejor fortuna. Sin embargo, no siempre es fácil para el consumidor alcanzar un convenio con sus acreedores, generalmente acreedores financieros y cuyos créditos gozan de suficientes garantías que pueden realizar, haciendo innecesario en la mayoría de los casos pactar un convenio con su deudor.

La liquidación, por otro lado, difícilmente producirá el efecto de superar la situación de insolvencia. Téngase en cuenta que la liquidación, al margen de bienes gravados y afectos al pago de créditos con privilegio especial, se limitará a satisfacer los créditos con la parte embargable de sueldos y pensiones, lo que dará lugar a retenciones periódicas de pequeñas cantidades, alargando, en muchos casos, durante años la liquidación, lo que convierte a ésta en una solución poco operativa. En cuanto a la realización de los bienes hipotecados, fundamentalmente la vivienda habitual, la diferencia entre el valor de tasación en el momento de la constitución de la hipoteca y el valor actual, motiva que la adjudicación de la vivienda lo sea por un valor inferior al importe de la deuda, por lo que subsiste la responsabilidad personal por la diferencia.

Por otra parte, la conclusión del concurso con subsistencia de pasivo, lo que acaecerá, según el art. 178.2 LC, en los casos de conclusión de la fase de liquidación y conclusión por insuficiencia de masa, implica la subsistencia de la responsabilidad patrimonial del deudor, si bien la conclusión por dicha causa determinará, según el art. 178.3 LC la extinción y cancelación registral de la persona jurídica deudora. La extinción de la persona jurídica por conclusión del concurso por inexistencia de bienes ha supuesto un efecto depurador de numerosas sociedades formalmente vigentes por tener aún abierta su hoja registral, pero sin actividad alguna, que de otro modo no se hubiera podido producir. Sin embargo, precisamente, ese efecto, comporta que el principio de subsistencia de la responsabilidad, vinculado a la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del Código Civil, no opere del mismo modo en el caso de las personas jurídicas y de las personas físicas. En el caso de persona jurídica la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes según dispone el artículo 178.3 de la Ley concursal acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos, lo que equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, por haberse extinguido el titular de dicho pasivo. En el caso de la persona física, sin embargo, la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, no determina su extinción, por lo que subsiste su responsabilidad. Por ello, aún concluido el concurso la insolvencia subsiste, la deudas no se pagan y el deudor se ve abocado a una situación de marginalidad, que le impide el acceso al mercado del crédito y consumo y le impide o cuando menos le desmotiva el inicio de cualquier actividad económica.

A diferencia de otras legislaciones, la Ley española no contempla ningún mecanismo de liberación de deudas del deudor persona física tras la conclusión del concurso. La protección de los consumidores en el Derecho español se ha centrado en el ámbito preventivo del sobreendeudamiento de los particulares, la concesión abusiva del crédito y el préstamo responsable, en línea con la normativa comunitaria en esta materia, que se inició con la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, del Consejo, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, así como en los

documentos concernientes a la prestación de servicios financieros a los consumidores. La Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los Contratos de Crédito al Consumo, por la que se deroga la Directiva 87/102/CE, ha sido traspuesta al Derecho español por Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo y establece en nuestro derecho interno una batería de medidas en este ámbito.

De otro lado la protección del consumidor se ha limitado a establecer una serie de bienes inembargables que no son susceptibles de realización, ni en caso de ejecución individual (Art. 609 LECiv), ni en caso de concurso al no formar parte de la masa activa (Art. 76 LC). Para determinar el carácter embargable de un bien es necesario acudir a la LECiv que en su artículo 606 establece el carácter inembargable del mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. También considera inembargables, en general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia, o los instrumentos y libros necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada. Por su parte el artículo 607 en su apartado primero relativo al embargo de sueldos y pensiones establece el carácter inembargable del salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional, estableciéndose la inembargabilidad de un porcentaje en tramos superiores.

Estas medidas, sin embargo, no solventan el problema del sobreendeudamiento y ulterior insolvencia del particular, tan solo producen, en el mejor de los casos un efecto preventivo, o tienen una naturaleza meramente asistencial tendente a evitar que el deudor quede en situación de indigencia. Probablemente la falta de soluciones que nuestro derecho concursal ofrece a la insolvencia de los consumidores haya motivado que, a pesar de un incremento notable en los últimos años, haya sido escasamente utilizado por los particulares a diferencia de lo que ocurre en otros países

que si ofrecen soluciones eficaces que justifican el recurso de los consumidores a las instituciones concursales para salir de la situación de insolvencia.

II.- LAS SOLUCIONES A LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DE LOS PARTICULARES EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

El panorama cambia de modo sustancial en Estados Unidos. La legislación norteamericana acogió desde su inicio la idea de favorecer un nuevo inicio a los deudores (second chance) y evitar cualquier tipo de estigmatización social⁴. No obstante, el fundamento de la “discharge” en Estados Unidos también se encuentra en la idea de recuperar cuanto antes al deudor para el mercado de consumo.

Los Estados Unidos han ofrecido históricamente a sus ciudadanos necesitados económicamente una asistencia gubernamental menos generosa, comparada con la mayoría de las democracias occidentales. Al mismo tiempo, la normativa concursal estadounidense ha sido relativamente más generosa que la de sus países homólogos, lo que constituye una paradoja que no es una simple coincidencia. Las normas sobre concurso de consumidores son una parte crítica de una red más amplia de seguridad social, persiguiendo la mayor generosidad de las normas concursales en los Estados Unidos compensar en parte el relativamente mezquino nivel de asistencia pública⁵.

Al mismo tiempo que los beneficios del estado del bienestar y otras transferencias similares del Gobierno garantizaban unas condiciones de vida mínimas para los estadounidenses más pobres, el sistema concursal ofrecía

⁴ La discharge o exoneración de deudas se introdujo en la legislación estadounidense por medio de la Bankruptcy Act de 1898.

⁵ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. La Ley nº 6/2007. Pág.405. En el mismo sentido ÁLVAREZ RUBIO, J.: “Algunas reflexiones en torno a la reforma del “fresh start” del consumidor en USA” En Anuario de Derecho Concursal Aranzadi nº 14/2008. Pág. 259.

protección para las familias que habían acumulado un cierto patrimonio y que tenían un potencial futuro de generación de ingresos. Estas familias podían proteger parte de su patrimonio a través del concurso y liberar de las deudas pasadas su capacidad futura de generar ingresos. En efecto, para los que alcanzaban la clase media, las normas concursales aseguraban a los consumidores que no caerían por debajo de un nivel de vida mínimo, demostrando los hechos que el derecho concursal se entregó a esta idea y evidenciando que la normativa estadounidense había servido para proteger a las familias de clase media⁶.

Según los estudios llevados a cabo al efecto⁷, quienes solicitan el concurso en los Estados Unidos generalmente no se caracterizan por la pobreza crónica. En realidad, son una sección transversal de las familias estadounidenses en términos de nivel educativo, laboral o profesional y del régimen bajo el que se disfruta de la vivienda habitual, evidenciando los registros judiciales de estos solicitantes que recurrieron significativamente a la concesión formal de crédito. En este marco hay que destacar que la cantidad de deuda pendiente en el momento de solicitar el concurso no arroja luz sobre la cantidad de dinero que fue recibida a crédito por la unidad familiar, dado que el ordenamiento estadounidense tiene una escasa regulación sobre intereses y comisiones y, en consecuencia, una buena parte de la deuda total puede derivar de tasas de interés o comisiones tan elevadas que conviertan esas deudas en prácticamente impagables.

Quienes solicitan el concurso también han recurrido al crédito hipotecario, mostrando los estudios realizados que alrededor de la mitad de ellos son propietarios de una vivienda al tiempo de la solicitud, a los que se deben añadir aquellos que la han perdido en los años precedentes al concurso y que no se computan entre los primeros. En los Estados Unidos, los propietarios de una vivienda piden préstamos con la garantía del inmueble

⁶ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, Op. Cit. Pág.405.

⁷ JACOBY, M.B. en “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coordinadores. Cizur Menor, 2009. Pág., 383 y ss., ofrece un interesante estudio sobre las diversas circunstancias que han llevado a los consumidores norteamericanos a solicitar el concurso.

con finalidades diversas, tales como pagar los estudios universitarios de sus hijos, hacer frente a gastos médicos o emplear los fondos en otro tipo de consumo. De ahí que la mayoría de los propietarios de una vivienda que son declarados en concurso tienen al menos una hipoteca sobre ella, pero hay muchos que tienen dos o tres.

A pesar de que los solicitantes están claramente sobreendeudados con deudas de distinto tipo, sería erróneo asociar esta condición con el simple exceso en el gasto. Las familias estadounidenses emplean el crédito hipotecario y el crédito de consumo como “red de seguridad privada” cuando se enfrentan a situaciones problemáticas. La expansión del crédito de consumo ha permitido que las familias asuman deudas más arriesgadas, lo que incrementa el grado de insolvencia.

Los deudores afirman que los problemas que les han llevado a endeudarse más y, en definitiva, a solicitar el concurso, son de diferentes tipos, siendo la inestabilidad laboral siempre un telón de fondo persistente de las solicitudes de concurso. Así mismo, los deudores señalan con frecuencia los problemas médicos o éstos pueden inferirse de sus realidades contextuales, lo que se explica en gran medida dado que Estados Unidos no tiene un sistema de seguro de salud universal. Por el contrario, el sistema de seguro de salud se apoya en un mosaico de distintos tipos de seguros privados (sobre todo a través del trabajo por cuenta ajena, aunque no exclusivamente) y una cobertura para ciertos grupos sociales específicos que es subsidiada con fondos públicos. En este sistema, tanto quienes cuentan con un seguro como quienes carecen de él están expuestos a los riesgos de las cargas financieras derivadas de enfermedades o accidentes, habiendo analizado algunos estudios jurídicos han analizado cómo contribuyen los problemas médicos a los problemas financieros y al concurso, incluso sin ser gastos médicos catastróficamente elevados. En el estudio de 2001 antes mencionado, casi el noventa por ciento de quienes fueron consultados atribuyeron su concurso a una combinación de problemas laborales, médicos y rupturas familiares⁸.

⁸ Datos ofrecidos por JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág. 383 y ss.

El derecho concursal norteamericano ofrece a los consumidores diversas vías para la solución de su situación de insolvencia, sin embargo dos de ellas son las más utilizadas: la liquidación y el plan de pagos.

A.- El "chapter 7": la liquidación

El Derecho concursal norteamericano se encuentra inserto en el título 11 de las leyes federales norteamericanas (*U.S. Code*), siendo, por tanto, una ley "unificada" que cubre tanto la condonación de deudas de los particulares (*debt discharge*) como la reorganización y liquidación de empresas. Las personas físicas pueden emplear potencialmente cuatro tipos de procedimientos bajo el "*U.S. Bankruptcy Code*" que se corresponden con los siguientes capítulos: el capítulo 7 relativo a la liquidación; el capítulo 11, relativo a la reorganización de los créditos; el capítulo 12 relativos a las explotaciones agrarias o pesqueras familiares con ingresos regulares y el capítulo 13 relativo a personas físicas con ingresos regulares. Los capítulos 7 y 13 son las dos opciones preferidas de quienes solicitan el concurso para afrontar los problemas asociados a la crisis de consumo. De ahí que el sistema concursal estadounidense para consumidores suela caracterizarse generalmente como un sistema de doble procedimiento. La solicitud de un procedimiento concursal conlleva en la mayoría de las ocasiones, la paralización de las ejecuciones individuales para proteger al deudor y a la masa activa de la actuación individual de los acreedores, incluyendo aquellos que cuentan con una garantía real; tales acreedores han de obtener la autorización del juzgado encargado del concurso para continuar con la ejecución u otras acciones judiciales o extrajudiciales.

El Derecho concursal es, conforme a la Constitución estadounidense, normativa federal, siendo una buena parte de las disposiciones más importantes son de origen estatal. Sin embargo muchas cuestiones de trascendencia para el concurso como las leyes en materia de cobro y de inmunidades de ejecución de bienes o las normas sobre embargo son normalmente fruto del legislador estatal, prevaleciendo las normas estatales,

a menos que el deudor solicite la apertura de un concurso federal. Cuando, demasiados acreedores ejecutan o pretenden ejecutar los bienes del deudor según la normativa estatal, el deudor puede instar el concurso federal, de modo que las normas estatales de cobro quedan desplazadas y en buena medida pierden toda relevancia, siendo, no obstante ello, en los procedimientos concursales muy importantes las normas estatales sobre bienes exentos. No obstante, los Estados pueden desvincularse de la normativa federal y someter a los deudores domiciliados en ese Estado a las reglas estatales sobre exención de bienes, incluso cuando se haya abierto un procedimiento federal. En términos prácticos esto significa que el lugar de residencia del deudor determina qué bienes están exentos de embargo⁹.

Como ya se ha indicado, en el Derecho concursal norteamericano, los deudores individuales que querían acogerse a un procedimiento concursal generalmente podían elegir entre dos capítulos (*chapters*), siendo el más habitual en supuestos de concurso de persona física la solicitud de declaración de concurso conforme al capítulo 7, es decir la liquidación.

En este caso, el deudor insta la declaración, indicando todos sus bienes y deudas, con lo que paraliza automáticamente las acciones ejecutivas. Al deudor se le desposee de sus bienes, excluyendo los bienes exentos, que se entregan al patrimonio del concurso para que sean distribuidos entre sus acreedores, respetando, claro está, el principio de igualdad de acreedores con ciertas excepciones y prioridades. Una vez que se ha verificado este desapoderamiento y la distribución, el deudor queda legal y completamente liberado de toda responsabilidad y puede comenzar de nuevo (*fresh start*). Buena parte del millón y medio de solicitudes de concurso personal que se instan al año en los Estados Unidos son liquidaciones del *chapter 7*. La gran mayoría de estas solicitudes corresponden a supuestos en los que no existen bienes que puedan ser liquidados por los acreedores, o, lo que es más habitual, el deudor sólo posee bienes exentos, conforme a las categorías y en la cuantía que la ley prevé para su exención¹⁰. No obstante, este régimen de

⁹ POTTOW, J.A.E.: “Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. La Ley nº 3/2005. Pág. 356.

¹⁰ POTTOW, J.A.E.: *Ibíd.* Pág. 355-356.

discharge no se extiende a los créditos garantizados, como puede ser la hipoteca. Los créditos garantizados subsisten, lo que constituye una limitación del régimen previsto en *chapter 7*, si bien el deudor no compromete para el pago de sus deudas no garantizadas sus ingresos futuros.

Para acceder a este beneficio es necesario superar un estricto “test de discharge”, regulado en el art. 727 del “*US Code*”, que persigue garantizar que solo accede a este beneficio el deudor honesto o de buena fe. Las causas de exclusión se refieren, además de no ser persona física, fundamentalmente, a la realización de conductas relacionadas con la ocultación o alzamiento de bienes o con la ocultación o falseamiento de información y documentación relativo a la situación financiera y comercial del deudor dentro o fuera del procedimiento concursal, así como a la realización de actos al margen de los órganos del concurso. En general la realización de cualquier actuación tendente a perjudicar a los acreedores comporta la exclusión del deudor del procedimiento del capítulo 7, justificando la ausencia de insolvencia o la posibilidad de pagar las deudas, la inadmisión de la solicitud o su tramitación de acuerdo con lo establecido en el capítulo 13.

También es causa de exclusión el haber obtenido el beneficio de la *discharge* de acuerdo con lo previsto en este capítulo o en la Sección 14, 371, o 476 del “*Bankruptcy Act*” en un procedimiento iniciado dentro de los ocho años anteriores a la petición, o haber obtenido el beneficio en el ámbito de los capítulos 12 y 13 dentro de las secciones 1228 o 1328, o en el marco de la Sección 660 o 661 de la “*Bankruptcy Act*” en un caso iniciado dentro de los seis años anteriores a la solicitud, a no ser que se hayan realizado los pagos que se relacionan en el art. 727, o el no haber completado el curso de asesoramiento financiero legalmente previsto en el art. 111.

Cualquiera de las causas de exclusión puede ser alegada ante el Tribunal por el fiduciario, que asume la función de liquidar los bienes del deudor, o cualquier acreedor, en orden a la denegación del beneficio. A estos efectos el Tribunal puede ordenar al fiduciario la investigación sobre la concurrencia o no de dichas causas de exclusión (art. 727 c), siendo el beneficio de la

discharge revocable por el Tribunal en los términos del art. 727 d, hasta un año después de su concesión. La decisión se adoptará, a instancia de parte y previa audiencia de los interesados, siempre que el beneficio se hubiera obtenido de modo fraudulento; se hubieran realizado actos de disposición fraudulentos, hubiera realizado algún acto que daría lugar a la denegación del beneficio de los establecidos en el art. 727 a 6, o no hubiera sabido explicar satisfactoriamente errores u omisiones importantes en los documentos e informes económicos y financieros aportados al procedimiento a los efectos de la auditoría prevista en el art. 586 f del Título 28.

B.- El “chapter 13”: El plan de pagos

El capítulo 13 ofrece al consumidor individual una segunda vía de acceso al concurso; conforme a ésta, el deudor puede solicitar un plan de pagos o un *chapter 13*. Se trata de que se asegure a los acreedores no garantizados la obtención por esta vía de, al menos, lo que recibirían en una liquidación conforme al *chapter 7*¹¹. Esta vía le ofrece la oportunidad de negociar un calendario de pagos ajustado, en el que el deudor destina todos sus ingresos disponibles tras la solicitud de apertura, una vez delimitados los gastos razonables y necesarios, durante tres años al beneficio de sus acreedores, para que los gestione un administrador concursal (*bankruptcy trustee*). A cambio de someterse a este régimen, el deudor no tiene que entregar ninguno de sus bienes, consiguiendo así retener tanto sus propiedades exentas como los bienes no exentos. Al finalizar el plan, que puede ser de tres a cinco años, el deudor queda liberado de todas las deudas no pagadas pero, de nuevo, los derechos de garantía siguen gravando los bienes

¹¹ JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág. 393. Vid art. 1325 Título 11 del *US Code*.

garantizados. Como ocurría con el *chapter 7*, el principal beneficio de esta vía es la liberación de las deudas no garantizadas¹².

Aunque la vía del *chapter 13* parece más interesante para los deudores cuyos bienes no estén mayoritariamente exentos, en la práctica el *chapter 13* se utiliza de un modo minoritario. Todos los análisis concluyen que los deudores que se ven obligados a recurrir al concurso rara vez tienen muchos bienes no exentos que podrían perder si siguieran la vía del *chapter 7*. Al contrario, parece que son los propietarios de viviendas que no han podido hacer frente a los pagos hipotecarios los que más recurren al *chapter 13*. Así pueden emplear el plazo de tres años para ponerse al día en los pagos y reanudar la relación hipotecaria, puesto que la aprobación de pagos comporta la suspensión de las ejecuciones individuales y la prohibición de iniciarlas, salvo que en determinadas circunstancias previstas en el art. 362 d, el Juez autorice la continuación al acreedor garantizado. Al final del plan el acreedor hipotecario no puede invocar la mora como fundamento de la ejecución en tanto los atrasos se hayan subsanado totalmente con el plan y se haya vuelto a los pagos con normalidad¹³.

El recurso al procedimiento del *chapter 13* requiere el cumplimiento de ciertas exigencias formales en cuanto a la legitimación activa, así como la concurrencia de la buena fe del solicitante y otros requisitos previos. Además de la exigencia de un asesoramiento financiero anterior al concurso, que debe cumplir todo solicitante al margen del procedimiento, quienes solicitan el concurso al amparo del *chapter 13* deben ser “personas físicas con ingresos regulares” y sus deudas vencidas y líquidas deben estar por debajo de un límite legal. En este momento, el límite para deudas con garantía real es de un millón de dólares y de casi trescientos cincuenta mil dólares para las deudas sin garantía, ajustándose este límite, como sucede con otras cifras monetarias presentes en el *Bankruptcy Code*, cada tres años. No es necesario que la deuda sea principalmente derivada del consumo para que una persona física pueda acogerse al procedimiento del *chapter 13*: muchos

¹² POTTOW, J.A.E.: “Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005”. Op. Cit. Pág. 356.

¹³ POTTOW, J.A.E.: *Ibíd.* Pág. 357.

de quienes lo solicitan son simples propietarios con una pequeña actividad empresarial¹⁴.

Así pues, la elección ha sido uno de los pilares del Derecho americano del concurso individual. Si el deudor quiere empezar de cero (*fresh start*), puede entregar todos sus bienes no exentos, y empezar de nuevo, solicitando el *chapter 7*. Si pretende conservar sus bienes, sin embargo, deberá acomodar su solicitud al *chapter 13* y esperar durante tres años, pudiendo volver a empezar de cero saldando las deudas restantes, pero esta “puesta a cero” se pospone¹⁵. Esta característica del sistema relativa a la elección de la vía a la que acudir, que quedaba en manos del deudor, se ha visto limitada considerablemente, como veremos, por la reforma llevada a cabo en el año 2005.

El Derecho estadounidense ofrece, por tanto, un régimen amplio de discharge aplicable, tanto al consumidor como al pequeño empresario, aún cuando su operatividad sea más teórica que real. El hecho de que las deudas garantizadas queden exentas y que en muchos casos no pueden cumplirse los planes de pagos previstos impide que el sistema sea realmente eficaz en la práctica¹⁶.

C.- La reforma del año 2005: aspectos críticos

A pesar de ello durante años, la industria del crédito al consumidor atacó este modelo de derecho concursal¹⁷, lo que condujo a la Ley de 2005 que

¹⁴ JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág. 394. Vid art. 1304 Título 11 del *US Code*

¹⁵ POTTOW, J.A.E.: “Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005”. Op. Cit. Pág. 357.

¹⁶ JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág. 394.

¹⁷ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, Op. Cit. Pág.406.

modificó de manera considerable el régimen de discharge previsto en el Derecho norteamericano.

Uno de los cambios más importantes se refiere al asesoramiento financiero. Un consumidor, antes de la reforma de 2005, podía consultar con un abogado, rellenar un largo conjunto de formularios, pagar una tasa y solicitar el concurso. Ahora ese mismo consumidor tiene que haber pasado por un asesoramiento crediticio (*credit counseling*) dentro de los 180 días anteriores a la solicitud para poder ser declarado en concurso. Los bancos y las compañías de tarjetas de crédito señalaron que el asesoramiento crediticio sería un modo mediante el que la nueva legislación concursal ayudaría a los consumidores, pero ello no ha sido así¹⁸. En vez de ofrecer una oportunidad para un asesoramiento crediticio efectivo, el asesoramiento estandarizado que se proporciona es poco más que un obstáculo a superar (algo que consume tiempo y dinero, pero que da escasos beneficios). Además del requisito de que el consumidor pida asesoramiento crediticio antes de presentar la solicitud de concurso, es necesario que reciba formación adicional a lo largo del procedimiento concursal. Si el consumidor no lo hace, no podrá acceder a la condonación de deudas pendientes, al margen de merecerlo o no para el caso concreto¹⁹.

Otra novedad es el test de recursos. El nuevo derecho concursal también determina quién es susceptible de acogerse a los distintos mecanismos de *discharge* previstos en la legislación concursal, a través de una complicada fórmula que somete a prueba la capacidad patrimonial del consumidor para el pago de sus deudas. La finalidad era canalizar un mayor número de solicitudes hacia el plan de pagos previsto en el *Chapter 13*, debiendo los deudores que no superan esta prueba solicitar su concurso en el marco de dicho capítulo, en vez de escoger el *Chapter 7*, en el que se condonan al deudor sus deudas pendientes una vez que entregue la totalidad de su patrimonio no exento y no sujeto a derechos de garantía. Este nuevo test de

¹⁸ En opinión de LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: *Ibid.* Pág.408.

¹⁹ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: *Ibid.* Pág.409.

recursos cuestiona, primero, si el deudor tiene ingresos por encima o por debajo de la media para las unidades familiares del mismo tamaño en el estado del deudor. Si el deudor está por debajo de la media, se acaban ahí las averiguaciones y el deudor puede solicitar el concurso bajo el *Chapter 7*. Para los deudores con ingresos por encima de la media, el test de recursos se transforma entonces en una compleja fórmula para determinar si el deudor tiene ingresos suficientes como para elaborar un plan del *Chapter 13*.

Incluso en los casos en que el deudor cuente con ingresos suficientes como para elaborar un plan del *Chapter 13*, el Congreso impuso la necesidad de valorar otras deducciones. Por ejemplo, se autoriza al deudor a que deduzca cualquier pago realizado en obligaciones garantizadas o en seguros de salud. Estas reglas pueden crear incentivos perversos para que los consumidores gasten y tomen prestado más dinero antes de solicitar el concurso. Un consumidor que, por ejemplo, pida un préstamo para adquirir un coche caro a las puertas del concurso, puede deducir los pagos realizados a los efectos del test de recursos y así poderse acoger al procedimiento del *Chapter 7*²⁰.

La nueva ley impone, asimismo, cargas muy significativas a los abogados, pudiendo la solicitud de concurso de un consumidor estadounidense suponer docenas de páginas e incluye informes detallados del patrimonio y las deudas del deudor. Bajo la nueva ley, el abogado del deudor debe asegurar al tribunal que, tras investigarlo, no tiene razones para creer que esa información o parte de ella sea incorrecta. Con anterioridad, los abogados no podían remitir informes falsos con su conocimiento en el procedimiento concursal, pero la responsabilidad primaria de la corrección de esos informes recaía sobre el consumidor. Ahora, el abogado debe responder de que sea correcto y ha de adoptar una actitud de sospecha hacia el cliente, estando sujetos los abogados que contravengan estas previsiones legales a sanciones pudiendo verse obligados a pagar las costas procesales de los acreedores²¹.

²⁰ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: *Ibíd.* Pág.409 y ss.

²¹ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: *Ibíd.* Pág. 410.

Otras previsiones nuevas de la normativa tienen que ver con las agencias de asistencia para el concurso (*"debt relief agencies"*). En los Estados Unidos se había abusado, con negocios que ofrecían ayuda a los consumidores en la solicitud del concurso, y las previsiones para este tipo de agencias estaban directamente dirigidas a estas empresas. El Congreso redactó la ley de forma tan amplia que los abogados de los concursos de consumidores entraban también bajo la definición de las agencias de asistencia para el concurso. Los abogados concursalistas deben dar una voluminosa información a sus clientes e identificarse a sí mismos como agencias de asistencia para el concurso frente a sus clientes. Una previsión de la nueva normativa limita incluso el tipo de consejo que pueden dar los abogados a sus clientes, prohibiéndoles que les aconsejen para que asuman más deuda antes de solicitar el concurso. El resultado final es que las minutas de los abogados se han incrementado dramáticamente para los concursos de consumidores. El resultado de estos cambios es que las solicitudes de concurso han caído en picado tras la normativa concursal de 2005²².

La Ley de 2005 también ha traído auditorías aleatorias sobre la información en las solicitudes de concurso de consumidores, estableciendo la ley que uno de cada 250 casos, escogidos aleatoriamente, debe ser sometido a auditoría bajo el procedimiento establecido por la *Executive Office for U.S. Trustees*, un órgano del Ministerio de Justicia estadounidense²³.

La reforma llevada a cabo en el derecho concursal norteamericano en el año 2005 ha enfrentado a sus defensores, fundamentalmente, representantes de la entidades financieras y a los defensores de los consumidores, detractores de la norma, apoyados por un importante sector de la doctrina norteamericana que desconfían del éxito de las reformas, consideran que su

²² El índice de concursos en 2006 se situará entre el 35 y el 40% de lo que era en los años anteriores. Así lo indican LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: "Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad", Op. Cit. Pág. 410-411.

²³ LAWLESS, R.: "La ley concursal estadounidense de 2005. cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos" en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. La Ley nº 8/200. Pág.109.

redacción está plagada de errores y comportan un futuro incierto para el derecho concursal en ese país²⁴.

III.- INSOLVENCIA, CONCURSO Y CONSUMIDOR EN ESPAÑA: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

En cualquier caso, a la hora de estudiar los mecanismos de protección que para el deudor en situación de concurso se establecen en el U.S. Code, conviene recordar que las condiciones económicas y sociales que justifican tal regulación no son equivalentes ni extrapolables en su totalidad a otros países, sobre todo del ámbito europeo. Sin embargo, las instituciones que se vienen aplicando en Estados Unidos pueden servir de guía a una posible reforma de nuestro Derecho, tendente a introducir sistemas de liberación de deudas de los particulares, sobre todo si se tiene en cuenta que dichos sistemas aparecen recogidos en otras normas o iniciativas internacionales. En esta línea se pueden citar las Reglas UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, o diversas iniciativas adoptadas en el ámbito de la Unión Europea como son el Informe de la Comisión CEE sobre aplicación de la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de Crédito al Consumo, de 11 de mayo de 1995, (COM (95) 117, final, apdos. 35 y 364 a 383), en el que el grupo de expertos aboga por una normativa armonizada en esta materia y contempla la elaboración de un plan de

²⁴ En esta línea se sitúan: POTTOW, J.A.E.: "Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005". Op. Cit. Pág. 362 y ss.; JACOBY, M.B.: "Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos". Op. Cit. Pág.398; LAWLESS, R.: "La ley concursal estadounidense de 2005. cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos". Op. Cit. Pág. 109 y ss.; KAREN GROSS, J.D.: "La insolvencia de los consumidores en el Derecho de los EEUU", en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor 2008. Pág. 235; LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: "Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad", Op. Cit. Pág. 411 y ss. Entre nosotros se ha mostrado crítico con la reforma y sus consecuencias ÁLVAREZ RUBIO, J.: "Algunas reflexiones en torno a la reforma del "fresh start" del consumidor en USA", Op. Cit. Pág. 256 y ss.

reembolso realista que permita al deudor y a su familia cumplir sus compromisos a lo largo de varios años e, igualmente, alude a la facultad de cancelación de las deudas tras el cumplimiento por el deudor de un plan de duración razonable. También en este ámbito es preciso destacar la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Proyecto de informe conjunto sobre la integración social” (COM (2001) 565 final), que en su apartado 3.2.2 hace referencia al concepto de exclusión social como consecuencia ligada al sobreendeudamiento que debe solventarse a nivel comunitario. El “Fresh start” es, en buena medida el objeto de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de octubre de 2007, (Com (2007) 584 final) que tiene como enunciado: “Superar el estigma del fracaso empresarial -Por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa-“. Más recientemente el Informe del Grupo de expertos de la comisión Europea de enero de 2011 sobre: “A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start”, aborda directamente esta cuestión en su apartado 4 y reconoce la importancia de la discharge para facilitar un nuevo comienzo a los empresarios honestos y evitar así la discriminación que se produce en relación al acceso a la financiación respecto de otros empresarios honestos que no se han visto inmersos en procesos de insolvencia. Sin olvidar que la liberación de deudas o discharge se encuentra regulada en países de nuestro entorno más próximo como son Alemania, Portugal, Francia, Italia o Bélgica, entre otros.

La Ley concursal en el caso de conclusión del concurso con pasivo insatisfecho no trata del mismo modo a la persona jurídica que a la persona física, tampoco facilita una explicación objetiva de porque se produce esa circunstancia en supuestos iguales o muy similares. De hecho, la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho implica, como regla general, la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del art.

1911 CC de acuerdo con lo establecido en el art. 178.2 LC; sin embargo, según el art. 178.3 LC, en caso de que la concursada sea una persona jurídica, la conclusión por esta causa determina su extinción y la cancelación de sus asientos registrales, lo que de hecho implica una extinción de su responsabilidad, permitiendo a sus socios o administradores, si el concurso fue fortuito, iniciar una nueva actividad económica sin el lastre que suponen las deudas anteriores. Esto no es posible en caso de conclusión del concurso de la persona física que tendrá que arrostrar sus deudas hasta que prescriban, dificultando su recuperación para el mercado y el ejercicio de una actividad económica, lo que implica un trato discriminatorio respecto a la insolvencia de la persona jurídica.

Esta injusta situación ha dado lugar a diversas resoluciones judiciales que han tratado de paliar de algún modo esta injusta situación. Se trata del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 diciembre de 2010 y del Auto del Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. En el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 diciembre de 2010, se impide a la entidad financiera acreedora del préstamo hipotecario dirigirse contra otros bienes del deudor cuando el valor de la finca hipotecada es insuficiente para el pago de la deuda hipotecaria. Se limita así la deuda al valor del bien que la garantiza, quedando liberado el deudor con la realización del bien, efecto que carece de una expresa previsión legal. Por su parte, el Auto del Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, en el marco de un proceso concursal de dos personas físicas y tras haber procedido a la liquidación del patrimonio de los deudores, concluye el procedimiento concursal por inexistencia de bienes y derechos con base en el art. 176 LC, declarando extinguido el pasivo pendiente del los deudores una vez que se han agotado todas las vías concursales para la satisfacción de los créditos. El juez argumenta que lo contrario, implicaría condenar al deudor a la exclusión social o dejar al sujeto al albur de la beneficencia pública o privada. Esta posibilidad tampoco está prevista expresamente, pero se pretende de este modo igualar, en alguna medida, la situación de la persona jurídica y de la persona física en caso de conclusión del concurso con pasivo insatisfecho. Sin embargo, razones de seguridad jurídica, imponen la necesidad de regular la limitación del

principio de responsabilidad universal patrimonial en caso de insolvencia del particular, pues este efecto no puede depender de la buena voluntad de los jueces.

No haya razones objetivas que impidan la introducción de mecanismos de discharge en nuestro ordenamiento jurídico, a lo sumo habrá razones prácticas o de encaje en el sistema que un estudio detallado pueden solventar. Tal vez la razón más aducida para negar tales sistemas sea el posible impacto que en el mercado crediticio español podría tener la instauración de un expediente de liberación de deudas²⁵. Sin embargo, la limitación al principio de responsabilidad universal que la discharge supone, no debe implicar necesariamente un aumento del riesgo crediticio, siempre y cuando el diseño del sistema se lleve a cabo con las cautelas necesarias que eviten el abuso del deudor insolvente y se establezcan mecanismos interbancarios de información de solvencia del deudor, no solo negativos, como ocurre actualmente, sino también positivos, tal y como ocurre en Estados Unidos. Se trata pues de un remedio frente a la insolvencia de un deudor de buena fe y no, por supuesto, de un subterfugio que invite al deudor a incumplir sus obligaciones²⁶.

Como acertadamente se ha apuntado, la realidad pone de relieve que la persona física insolvente que carece de bienes para el cumplimiento íntegro de sus obligaciones no cumple, con o sin un expediente de liberación de deudas. En este sentido, el establecimiento de este sistema no debería implicar necesaria y automáticamente un incremento del coste crediticio. Con todo, teóricamente, la concesión de una nueva oportunidad al deudor, priva a los acreedores de la posibilidad de agredir bienes futuros del deudor. Esta circunstancia ya se está produciendo aún sin el fresh start, en la medida que el deudor que incumple no emerge al mercado como persona física, sino que lo hace en economía sumergida o actúa a través de testaferros precisamente para eludir el principio de responsabilidad patrimonial universal. Por lo tanto,

²⁵ Sobre el impacto que en el mercado crediticio puede producir la introducción de mecanismos de discharge en nuestro derecho puede verse el amplio estudio llevado a cabo por CUENA CASAS, M.: "*Fresh start* y mercado crediticio español y estadounidense", en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. La Ley 15/2011. Pág. 565 y ss.

²⁶ CUENA CASAS, M.: *Ibíd.* Pág. 590.

esta circunstancia debe ser tenida en cuenta. El principio de responsabilidad patrimonial universal que permite la agresión de ingresos futuros del deudor, en la práctica no es efectivo. La legalización de esta situación para el deudor insolvente de buena fe tendría, el efecto de la recuperación del deudor en el mercado productivo real y legal, evitando que entre en economía sumergida o actúe a través de testaferros²⁷.

Tal vez por ello, tras la reciente reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se ha perdido una valiosa oportunidad de introducir en nuestro derecho de algún mecanismo de discharge o exoneración del pasivo insatisfecho para la persona física, tanto empresario, como profesional o consumidor. No se trata de perdonar las deudas de modo indiscriminado, sino de reconocer a los deudores que cumplan determinados requisitos de honestidad y buena fe, que hayan colaborado en todo momento con el concurso y a los que circunstancias ajenas han llevado a la insolvencia, en caso de que hayan satisfecho una parte de sus créditos, el derecho a un nuevo comienzo, un fresh start, libre las cargas que la insolvencia anterior les provocó.

La introducción de esta figura en nuestro ordenamiento comportaría una nueva solución al concurso, además del convenio o la liquidación, que dotaría de sentido al concurso de la persona física, sobre todo, del consumidor, para el que la vigente Ley concursal no ofrece una respuesta satisfactoria.

²⁷ CUENA CASAS, M.: *Ibíd.* Pág. 590.