

REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL E INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA

La persona física insolvente, de nuevo olvidada

Matilde Cuenca Casas

Profesora Titular de Derecho Civil

Acreditada a Catedrática de Universidad

Universidad Complutense

Editora del blog ¿Hay Derecho?

Resumen: En las recientes reformas que ha sufrido la Ley Concursal (RDL 4/ 2014, de 5 de septiembre y la Ley 17/2014, de 20 de septiembre) no se ha abordado un tratamiento adecuado y eficaz de la insolvencia de la persona física a pesar de haberse demandado a nivel internacional desde diversas instituciones. Se analizan en este trabajo las deficiencias de la regulación actual, las causas de la reticencia del legislador, y las consecuencias que tal decisión comporta en el ámbito económico.

Palabras clave: consumidores, iniciativa empresarial, persona física, segunda oportunidad, economía sumergida.

Title: Amendments to the Bankruptcy Law and insolvency of natural person

Abstract: In the recents reforms that have suffered the Bankruptcy Act (RDL 4/2014, of 5 September and the Law 17/2014 of 20 September) is not addressed adequately and effectively the treatment of the individual insolvency, despite that it was suggested from various international institutions. The shortcomings of the current regulation, the causes of the reluctance of the legislator, and the consequences that such decision entails in the economic sphere are analyzed in this paper.

Key words: Consumer, entrepreneurship, natural person, Fresh start, discharge, underground economy

SUMARIO: 1. El fracaso de nuestra legislación concursal. 2. La persona física insolvente, nuevamente preterida en el RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre y en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Su impacto económico 3. La insuficiencia de las reformas aprobadas en materia de insolvencia personal.

1. El fracaso de nuestra legislación concursal

Pocas áreas del ordenamiento jurídico tienen tanto impacto en el desarrollo económico como el Derecho Concursal¹, algo de lo que el legislador español parece haberse percatado con cierto retraso. Siendo muchas las novedades que en su momento introdujo la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal (en adelante, LC), su insuficiencia para resolver las situaciones de insolvencia de empresas y particulares se ha puesto en evidencia con las sucesivas reformas que ha padecido en los últimos años, reformas que cabría calificar de parches que emergían al dictado de los acontecimientos. La actual crisis financiera ha fulminado el tejido empresarial español para lo cual ha contado con un instrumento adecuado para ello: una Ley Concursal construida sobre el principio de satisfacción de los intereses de los acreedores, con un enfoque claramente *pro creditoris*, donde la recuperación del deudor estaba en un segundo plano². Así se explicitaba en la Exposición de Motivos de la LC recalcando la satisfacción de los intereses de los acreedores como finalidad esencial del concurso³.

¹ Este aspecto ha sido poco tratado en España, a diferencia de otros países, como USA. Cfr. L.H, WHITE, *Bankruptcy as an economic intervention*, https://mises.org/journals/jls/1_4/1_4_2.pdf HAGAN, S, *Insolvency reform and economic policy*, 17 Conn. J. Int'l L. 63 (2001-2002).

² En este sentido, Olivencia, M., *La satisfacción de los acreedores como fin esencial del concurso*, en Rojo/Beltrán (dirs.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, 2010, pp 31-47. "El modelo "satisfactorio" de los acreedores adoptado por nuestra LC no excluye, sino que ordena jerárquicamente, otras finalidades, instrumentales o secundarias, en el concurso. La satisfacción de los acreedores se persigue a través de una doble vía de soluciones: el convenio o la liquidación. La LC prioriza la primera; como prima la finalidad conservatoria sobre la liquidatoria en la política jurídica. Pero la conservación no es fin esencial ni absoluto sino sometido al de satisfacción de los acreedores".

"La satisfacción de los acreedores alcanza en el sistema concursal español un valor de interpretación teleológica como pauta del art. 3.1 C.c.: "Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". La finalidad de satisfacción de los acreedores es, pues, guía hermenéutica de todo el sistema concursal y de las normas que lo integran, cuyo sentido ha de orientarse en función de esa finalidad esencial. En ese plano interpretativo, ha de descifrarse también, a mi juicio, el concepto jurídico indeterminado del "interés del concurso", vinculado necesariamente a su finalidad esencial, la máxima satisfacción de los acreedores, por encima de otros intereses involucrados en el procedimiento. Es, en definitiva, un criterio ordenador de jerarquía de intereses. La finalidad conservativa pudiera, en casos concretos, ser de interés para los trabajadores, para proveedores y clientela, para la economía en general, pero perjudicial para los acreedores, y, en ese concreto conflicto, el interés del concurso ha de decidirse a favor de éstos".

³ Así se explicita en el apartado II de la Exposición de Motivos señala que «la unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del con curso".

Este planteamiento se ha seguido defendiendo ya en el contexto de crisis económica actual, a pesar de que su mantenimiento ha provocado unas tasas escandalosas de cierres empresariales que han abocado a muchos ciudadanos a estar en situación de desempleo. España lidera los países de la UE en cifras de paro, algo que está ralentizando la recuperación económica. Y de esto es muy responsable una Ley Concursal mal diseñada anclada en principios que se han mostrado ineficientes y que están siendo cuestionados a nivel internacional.

La Ley Concursal española ha fracasado como mecanismo de solución a situaciones de insolvencia y ello ha tenido un impacto económico nefasto. La debilidad de la recuperación económica es fruto de una mala solución del endeudamiento privado, que es el principal problema económico que tiene España⁴. Los altos niveles de deuda privada se están trasladando al sector público y de ahí que en la actualidad se haya disparado la deuda pública alcanzando rozando 100% PIB⁵. La muerte de la empresa y la condena a la exclusión social del deudor persona física, le convierten en acreedor de recursos sociales, agravando el déficit público⁶.

Si bien el concurso de acreedores debe seguir orientado a satisfacer el interés de éstos, es deseable reforzar el objetivo de la recuperación del deudor, dados los efectos positivos que puede tener para la economía general. Un sistema concursal que no favorece la salida convencional de la crisis ni ofrece adecuados mecanismos concursales no estimula adecuadamente la declaración de concurso a tiempo y, mediatamente, aboca al deudor a la liquidación. De ahí que en el año 2013, el 95% de las empresas españolas terminaran en liquidación⁷. De los nocivos efectos del planteamiento adoptado en la legislación concursal parece haberse dado cuenta el legislador español, aunque con cierto retraso y a instancia de la propia UE y de instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional.

Fruto de estas presiones son las recientes reformas que se han efectuado por decreto ley, fundamentadas en criterios de extraordinaria y urgente necesidad. Dos reformas en escaso periodo de tiempo que evidencian de nuevo, la pésima técnica legislativa de la que se está haciendo gala últimamente en España, con proliferación normativa que no favorece precisamente la seguridad jurídica.

El resultado de este planteamiento es la recientemente aprobada Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (procedente del RD 4/2014, de 7 de marzo), cuyo objetivo se centra en la mejora del marco legal concursal de los acuerdos de refinanciación, por ser considerados

⁴ Del total de deuda, la de las administraciones supone el 36,4% del PIB, la de las empresas el 36% y la de las familias el 27,6%, si bien sumando empresas y familias la deuda privada sigue superando a la pública con un 64% frente a un 36%. <http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/indeco.html>

⁵ <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

⁶ GÓMEZ-OLIVÉ I CASAS, *¿Quién controla el agujero de la deuda privada española?* Revista de Economía Crítica, nº 13, 2012, pp. 97 y ss: "El déficit y la deuda pública españolas son consecuencia y no causa de la crisis".

⁷ https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf

estratégicamente relevantes para evitar el concurso de la entidad. Por su parte, el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal con el mismo objetivo de salvar empresas en crisis (o, más bien la actividad empresarial), modifica la regulación del convenio adaptándolo a las novedades introducidas en relación con los acuerdos de refinanciación, flexibilizando los límites de quita y espera hasta la fecha existentes (quita del 50% y espera de 5 años) que carecían de un adecuado fundamento, a mi juicio, y entorpecían la deseable salida convencional de la crisis.

No obstante, el legislador huye de afrontar con valentía aspectos claves que están verdaderamente amputando la iniciativa empresarial en nuestro país, tal y como señalaré a continuación. El tratamiento del crédito público es lamentable, no habiéndose prácticamente avanzado en este terreno, a pesar de las recomendaciones realizadas a nivel internacional. La estrategia que parece finalmente haberse acogido es que el peso de la reestructuración empresarial lo soporten los acreedores privados con objeto de lograr la satisfacción del crédito público. Ello no favorece el desahogo del alto endeudamiento privado actualmente existente, sino que más bien lo profundiza. Estas reformas son incompletas y supondrán un "retraso" en la declaración de concurso de muchas sociedades (con el consiguiente aumento de las cifras del paro que padecerá el partido vencedor en las ya próximas elecciones generales). Y ello porque en estas reformas no se han abordado temas importantes y la auténtica "patata caliente" que es el tratamiento de un régimen eficaz para la insolvencia de la persona física, algo que también le ha sido requerido desde instancias internacionales⁸. Si el consumo privado sigue bloqueado por una endeudamiento impagable, las empresas seguirán cerrando. La insolvencia empresarial es sin duda importante, pero la de las familias también. Así lo ha recalado el reciente dictamen del Comité Económico y Social Europeo: "es sumamente importante encontrar un tratamiento al sobreendeudamiento del consumidor, pues todos los actores económicos sufren las consecuencias financieras, ya que las empresas, especialmente las pymes, se ven fragilizadas por los impagos de sus clientes, que se han convertido en insolventes⁹".

2. La persona física insolvente, nuevamente preterida en el RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre y en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Su impacto económico

⁸ Vid. Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80463 Se postula entre otras medidas un régimen de segunda oportunidad para empresarios a quienes se les deberían condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en el plazo máximo de tres años. También el Informe del FMI de 20 de julio de 2014 (pág. 42) alude a la necesidad de establecer un régimen de segunda oportunidad para empresarios y también lo recomienda para consumidores (nota 10) <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social" (Dictamen exploratorio) de 29 de abril de 2014 se postula el régimen de segunda oportunidad para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores (apartado 5.1) <http://www.bizkaia.net/fitxategiak/05/ogasuna/europa/pdf/documentos/14-C311-06.pdf>

⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social" (Dictamen exploratorio) de 29 de abril de 2014. <http://www.bizkaia.net/fitxategiak/05/ogasuna/europa/pdf/documentos/14-C311-06.pdf>

La insolvencia de la persona física (empresaria o no) continúa siendo considerada por nuestro legislador como un problema menor y sigue centrándose en la insolvencia de sociedades, probablemente por el mayor impacto que el cierre de estas empresas puede tener en las cifras de desempleo, algo que, como he dicho, hay que valorar dada la proximidad de las elecciones generales.

Sin infravalorar la importancia de la insolvencia de sociedades y la oportunidad de las reformas emprendidas, no puede sino censurarse la preterición del tratamiento adecuado de la persona física insolvente. El tema parece haberse zanjado¹⁰ con las reformas emprendidas, tal y como parece desprenderse de la Exposición de Motivos de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, concretadas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (en adelante, LPDH) y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LE). Expresamente se dice que tales textos "han permitido dar una respuesta equilibrada respecto a este conjunto de deudores". Desde luego, nada más alejado de la realidad.

Buena prueba de ello es que el número de concursos de persona física sigue siendo extraordinariamente bajo¹¹ en España a pesar de las reformas y ello contrasta con lo que acontece en otros países. En el contexto de la actual crisis financiera, tales cifras evidencian un claro fracaso de la legislación concursal que no aporta soluciones eficaces a la situación de insolvencia. El problema es que esta opción de política legislativa escogida por el legislador español tiene un impacto económico importante con clara incidencia en el crecimiento económico que no termina por asentarse en España. La debilidad de la recuperación económica, entre otros factores, se justifica en el bloqueo del consumo privado fruto de un sobreendeudamiento de particulares estimulado desde el propio sistema y mal resuelto cuando se torna en situación de insolvencia.

Centrada en la insolvencia de sociedades la LC sigue ignorando y abandonando a su suerte al deudor persona física haciendo prácticamente inútil el procedimiento concursal y condenando al deudor a la exclusión social. El principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 CC imponía la regla de que en caso de conclusión del concurso por inexistencia de

¹⁰ <http://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-pp-impide-tramitar-congreso-ley-contra-insolvencia-personal-confia-medidas-gobierno-20140624173557.html>

¹¹ Según los datos correspondientes al segundo trimestre de 2014, de un total de 1870 concursos, solo **255** lo fueron de persona física (de los cuales solo 60 lo fueron de persona física que realiza actividad empresarial). Todos los demás concursos lo son de sociedades. Los datos no ha sufrido un cambio significativo tras la aprobación de la LE y el porcentaje es ridículo: 13% del total de concursos de persona física. El contraste con otros países es llamativo. En UK solo en el primer trimestre de 2014 se declararon **24.931** casos de insolvencia de persona física https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/306090/Q1_2014_press_notice_-_Web.pdf En USA el 96% en cifra anual de los concursos lo son de consumidores (englobando los que realizan o no actividad empresarial ya que reciben el mismo tratamiento). <http://www.abiworld.org/AM/AMTemplate.cfm?Section=Home&TEMPLATE=/CM/ContentDisplay.cfm&CONTENTID=66471> Un contraste de las cifras de insolvencia personal en España y el resto de países puede comprobarse en http://www.creditreform.com/fileadmin/user_upload/Insolvencies_in_Europe_2011-12.pdf, pág. 9.

bienes y derechos o por liquidación, el deudor queda responsable de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares. Esta era la regla contenida en el art. 178 LC y que provocaba que la situación del deudor concursado concluido el concurso era la misma que al iniciar el mismo, pues sigue pesando sobre él todo su pasivo pendiente, sin posibilidad alguna de recuperación, habida cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones. De ahí la escasez de concursos de persona física en España en plena crisis económica.

Ello a diferencia del planteamiento vigente en otros ordenamientos – particularmente el modelo anglosajón- en los que la legislación concursal se concibe con el objetivo de lograr la recuperación económica del deudor y su reintegración en el proceso productivo. “En una economía capitalista queremos que los individuos se reintegren en el sistema y realicen actividad económica por cuenta propia asumiendo riesgos. Ello activa la economía y evita que el individuo se convierta en un desagüe por el que se escapan los escasos recursos sociales¹²”. De ahí que desde 1898 en USA¹³ forme parte de la esencia del concurso personal la figura del *fresh start* o *discharge*¹⁴ por virtud del cual y siempre que se reúnan determinados requisitos, particularmente la buena fe del deudor (honesto pero desafortunado), liquidado su patrimonio, quede exonerado de las deudas pendientes pudiendo “volver a empezar” y reintegrarse en la sociedad. El sistema es fruto de la denominada “democratización del crédito” estimulado como motor del crecimiento económico. El fomento del consumo conlleva como consecuencia inevitable el sobreendeudamiento¹⁵, el cual requiere de un mecanismo paliativo en caso de insolvencia del particular. Lo que no es coherente es compartir el estímulo al crédito propio USA y UK y no tomar de los mismos los instrumentos paliativos. Eso es lo que ha sucedido en España: copiamos la causa del problema y no el remedio. Aunque la cobertura que brinda el Estado social en nuestro país es más amplia, no es solución. La subvención del ciudadano es antieconómica debiendo existir un estímulo a la productividad. La exclusión social no se evita con la cobertura que pueda proporcionar el Estado en determinadas áreas (por ejemplo, la sanitaria), que siempre es transitoria, amén de favorecer el incremento del gasto público.

Son variados los modelos que se han diseñado en el Derecho comparado y que básicamente se reconducen a dos: una exoneración directa (modelo anglosajón) o tras un periodo de buena conducta tras el cumplimiento de un plan de pagos

¹² Nicholas GEORGAKOPOULUS (2002), “Bankruptcy Law for Productivity”, *Wake Forest Law Review*, núm. 37, pp. 51 y ss.

¹³ Cfr. CUENA CASAS, M, “Fresh start y mercado crediticio”, InDret 2011, http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

¹⁴ Este es el fundamento del régimen de segunda oportunidad para el deudor persona física en USA: Que el deudor honesto y desafortunado tenga estímulos a nuevos esfuerzos que no se vean obstaculizados por la presión de la deuda preexistente _Local Loan Co. v. Hunt, 292 U.S. 234, 244 (1934).

¹⁵ RAMSAY, I, *Between Neo-Liberalism and the Social Market: Approaches to Debt Adjustment and Consumer Insolvency in the EU*, En *Consumer Bankruptcy in Europe. Different Paths for debtors and creditors*, Robert Anderson, Hans Dubois, Anne Koark, Götz Lechner, Iain Ramsay, Thomas Roethe and Hans-W. Micklitz (Ed.) 2011, p. 5
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18255/2011_09.pdf?sequence=1

(*earned fresh start o modelo de rehabilitación*) vigente por ejemplo en el Derecho alemán, recientemente reformado en el sentido de reducir tal periodo de rehabilitación¹⁶.

Ninguno de estos sistemas se acoge en la redacción originaria de la LC, el legislador español que mantiene un enfoque claramente *pro creditoris* en materia de concurso personal, siendo tratada la persona física con un absoluto desfavor respecto al concurso de sociedades¹⁷. El régimen de la segunda oportunidad o *fresh start* es un instrumento diseñado de manera específica para resolver la insolvencia de la persona física provocada por circunstancias sobrevenidas (paro, divorcio, enfermedad), el denominado deudor "honesto pero desafortunado". La extinción de la persona jurídica prevista en el art. 178.3 LC para el supuesto de conclusión del concurso por liquidación provoca que el pasivo pendiente no sea exigible en la medida en que el deudor desaparece como sujeto de derecho tras la disolución y cancelación de la inscripción en los registros públicos, tal y como ordena el mencionado precepto¹⁸. Esto no acontece con el deudor persona física que no se extingue jurídicamente y por obra del art. 1911 CC sigue obligado al pago del pasivo pendiente.

Lo cierto es que la filosofía del "compra ahora y paga después" siendo propia del mundo anglosajón, se ha instalado en Europa generando los mismos problemas de sobreendeudamiento privado¹⁹, lo que ha provocado que Europa se sume al establecimiento de medidas de exoneración del pasivo pendiente²⁰, siendo

¹⁶ Sobre los distintos modelos de protección cfr. SERRANO GÓMEZ, E, ANGUITA VILLANUEVA, L, ORTEGA DOMENECH, J, "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física", en "Familia y Concurso" dirigido por Cuenca Casas, Cizur Menor, 2009, pp. 24 y ss. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P, El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución, Pamplona 2009, pp. 65 y ss. Sobre la reciente reforma del Derecho alemán en materia de insolvencia del consumidor "Insolvabilité et restructuration en Allemagne
http://www.schubra.de/de/veroeffentlichungen/fachbuecher/downloads/Annuaire_2014_gesamt_25022014_bea.pdf

¹⁷ CUENACASAS, M, "Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física", Revista Aranzadi doctrinal, nº7, noviembre 2009. <http://eprints.ucm.es/9714/>

¹⁸ Con todo, no es impensable un *fresh start* para personas jurídicas, vigente en otros ordenamientos como USA, lo que evitaría su disolución y con ello la pérdida de puestos de trabajo. De hecho, esta es la tendencia en la UE. Destaca a este respecto el documento "Nuevo informe europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Estrasburgo, 12.12.2012. COM(2012) 742 final. También hay que mencionar el extraordinario dictamen que sobre dicho documento ha hecho el Comité Económico y Social Europeo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:271:0055:0060:ES:PDF>

¹⁹ DICKERSON, A, MECHELE, Consumer Over-Indebtedness: A U.S. Perspective (October 2, 2008). Texas International Law Journal, Vol. 43, p. 135, 2008; U of Texas Law, Law and Econ Research Paper No. 157. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1496571 p. 150.

²⁰ Destaca RAMSAY, I, *Between Neo-Liberalism and the Social Market*, cit., p. 14, que los "sistemas jurídicos europeos continentales están más apegados al principio de *pacta sunt servanda* que la ley común y temen los efectos sobre la moral de pago en relajaciones de las normas sobre reembolso de los consumidores. Esto explica la reticencia de los sistemas civiles para introducir liquidación de las deudas de los consumidores". Este apego es especialmente intenso en España.

España el país que más retraso normativo presenta en este terreno, a pesar de los cambios introducidos la Ley de Emprendedores y su Internacionalización de 27 de septiembre de 2013, los que aludiré posteriormente. El problema es que no se ha reparado suficientemente, a mi juicio, en el impacto económico que tiene esta decisión de política legislativa.

En primer lugar, el sistema vigente en España supone un **estímulo negativo a la iniciativa empresarial**. La persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa²¹. El 51'82% de los empresarios son persona física. El fracaso empresarial en España está penalizado porque al margen de la causa que ha provocado el mismo, el deudor es condenado a la exclusión social porque el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), le impide reiniciar con eficacia una nueva actividad empresarial pues arrastra todo el pasivo pendiente.

Por lo demás, este efecto negativo no tiene lugar solo para la persona física como empresaria individual, ya que incluso aunque el sujeto actúe a través de una sociedad, se produce lo que se ha denominado "*responsabilidad limitada imperfecta*": en esas empresas la separación de los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta²². Efectivamente, detrás de una PYME hay un patrimonio personal que se está arriesgando para el futuro, pues pocas entidades financieras conceden crédito sin un aval prestado por persona física. El resultado es que el nivel de iniciativa empresarial en España es bajo si se compara con los países de nuestro entorno²³ y, tal y como se evidencia en el último Eurobarómetro de la Comisión Europea²⁴. Según este documento, preguntados los ciudadanos de la UE acerca de cuáles son sus temores ante la decisión de iniciar una actividad económica por cuenta propia, el 55% de los encuestados españoles respondieron el riesgo a la pérdida de la vivienda, el 50%, el riesgo de insolvencia. Esta *ratio* es la más alta de los países encuestados, lo que pone de relieve que en España tiene mucho peso en contra de la decisión de emprender la ausencia de una segunda oportunidad para el deudor insolvente y la falta de mecanismos de protección de la vivienda habitual.

Este aspecto ha sido recalcado por el reciente informe del FMI publicado en julio de 2014, en el que recomienda la instauración en España de un efectivo régimen de segunda oportunidad para empresarios: "la falta de un régimen de

²¹ http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2013.pdf

²² GOMEZ POMAR, F, y CELENTANI, M, *Tarea urgente: el concurso personal*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, nº2 2012, p. 4 <http://www.indret.com/es/?ed=52> (consultado el 21 de octubre de 2013).

²³ En España los datos sobre el TEA (*Total Entrepreneurial Activity*), que es el porcentaje de personas de la población de 18 a 64 años de un país que se encuentra bien montando una empresa o dirigiendo una que no lleve más de 42 meses de actividad, son reveladores y han experimentado una disminución del 2% en los dos últimos años. Cfr. *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM 2012) para una comparativa con el resto de países de nuestro entorno. <http://www.gemconsortium.org/> (Consultado el 21 de octubre de 2013)

²⁴ Flash Eurobarometer nº 354, *Entrepreneurship in the EU and beyond*, Agosto 2012, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_en.pdf (consultado el 21 de octubre de 2013)

segunda oportunidad obstaculiza la iniciativa empresarial pues el empresario teme responder ilimitadamente de las consecuencias de su fracaso empresarial". Supone así mismo un instrumento hábil para evitar el "desapalancamiento" de los empresarios para hacer frente a su deuda financiera²⁵. Es obvio que el legislador español ha hecho caso omiso de las recomendaciones del FMI en este terreno y que, no olvidemos, afecta a la mayor parte del tejido empresarial de este país.

Hay que tener presente también que un sistema que permita la exoneración del pasivo pendiente *favorece la salida convencional de la crisis* en tanto que existe un estímulo al acuerdo cuando el acreedor tiene "algo que perder" si se procede a la liquidación del patrimonio del deudor de buena fe en el proceso concursal. Hasta la fecha, pocos concursos de persona física concluyen con un convenio por la (falsa) seguridad que impone el principio de responsabilidad patrimonial universal y la posibilidad de agredir bienes futuros. No hay soluciones colectivas eficientes. Los acreedores "no se sientan a negociar" puesto que de no hacerlo no pierden nada. Ahora bien, si corren el riesgo de que se puedan ver afectados sus créditos por una condonación "impuesta", evidentemente su predisposición a negociar sería mayor acordando quitas y esperas, sin necesidad de llegar a fase de liquidación y, por tanto, a la imposición de un *fresh start*. En España el 97% de los concursos concluyen en liquidación. Dado que el concurso no brinda ninguna posibilidad de recuperación del deudor, la declaración es tardía²⁶ y la posibilidad de convenio se reduce. La inexistencia de un efectivo régimen de exoneración de deudas constituye una de las rigideces residenciada en la normativa concursal a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 17/2014 de 30 de septiembre. Ni las modificaciones en materia de convenio, ni las adoptadas en materia de acuerdos de refinanciación supondrán un estímulo al acuerdo si el acreedor tiene poco que perder si acude a liquidación. Eso es lo que sucede en la actualidad cuando se trata de consumidores y de empresarios que no actúan a través de una sociedad.

De ahí la conveniencia del establecimiento de un régimen de liberación de deudas debe ir acompañado de un sistema que favorezca la **salida extrajudicial de la crisis** como puede ser una mediación previa que evite el colapso judicial por el "efecto llamada" que una medida de esta naturaleza generaría. A mi juicio, la regulación de la exoneración del pasivo pendiente supone un *estímulo legal* a la mediación en cuanto disuade a las partes implicadas a acudir al procedimiento concursal. En la actualidad el acuerdo extrajudicial de pagos introducido en la LE está vetado al consumidor y son muchos los requisitos para que los empresarios acudan a él. Es más, son mayores las exigencias para acudir al procedimiento extrajudicial que a la

²⁵ Informe del FMI de 20 de julio de 2014 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> p. 41. Una breve referencia a su contenido puede consultarse aquí <http://hayderecho.com/2014/07/12/flash-derecho-las-propuestas-del-fmi-sobre-insolvencia-de-persona-fisica/> <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-57965/espafiicola.pdf>

²⁶ Este aspecto ha sido resaltado por el FMI en su informe sobre España en julio de 2014 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf>

exigua exoneración de deudas que ha introducido la Ley de Emprendedores²⁷, lo cual es un auténtico contrasentido

El deudor que tiene la "espada de Damocles" de una ejecución singular tras el concurso por razón de responder de sus obligaciones con sus bienes "futuros", reiniciará actividad económica a través de testaferros, tendrá poco incentivo para encontrar empleo y todo ello tiene un impacto negativo obvio en los ingresos del Estado. Hasta la fecha, el sistema estimulaba la rehabilitación del deudor "al margen de la ley", lo cual suponía indirectamente un ***incentivo a la economía sumergida***.

Este problema es particularmente grave en España. El nivel de la economía sumergida en España sistemáticamente se viene situando muy por encima de los de Francia, Reino Unido, Austria o Alemania y que solamente Italia, entre los países grandes europeos, tiene un nivel superior y se sitúa en torno al 20 % del PIB²⁸. Por lo tanto, abordar eficazmente la insolvencia personal tiene impacto en la reducción del déficit público impuesta por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE.

Por lo tanto, **condenar al deudor a la exclusión social tras la liquidación de su patrimonio cuando se declara insolvente desincentiva la toma de riesgos, el consumo y la inversión**. Ello tiene además un impacto negativo en el desempleo que alcanza en España tasas inasumibles y que ralentizan el crecimiento económico.

La instauración del régimen de segunda oportunidad o *fresh start* debe ser aplicada a mi juicio *a toda persona física*, al margen de que realice o no actividad empresarial²⁹. La severidad del principio de responsabilidad patrimonial universal se produce solo respecto de las personas físicas³⁰ y es preciso recuperar al sujeto como consumidor potencial evitando su exclusión social, lo cual tiene impacto en el gasto público y mediatamente en la insolvencia empresarial que requiere de consumo activo. De hecho, la caída del consumo privado es una de las causas del cierre empresarial. A mi juicio, *no se puede afrontar de manera efectiva la insolvencia empresarial sin tratar en paralelo la insolvencia del consumidor*³¹. Exonerar solo al empresario trae como

²⁷ Más extensamente, CUENA CASAS, M, "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*", ADCo nº 31, 2014, pp. 123 y ss.

²⁸ Cfr. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A y MARTÍNEZ PARDO, R, "La economía sumergida en España", Fundación de Estudios Financieros, 2013. http://www.febf.org/DOCUMENTO_DE_TRABAJO_4_2as.pdf

²⁹ Destaca el Banco Mundial en su "Informe sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales", ADCo nº 31, p. 223, que a menudo es muy difícil trazar una distinción significativa entre los deudores que son "consumidores puros" y los deudores que son empresarios o "no empresarios". La transformación del mercado laboral durante las últimas décadas ha convertido a muchos proveedores de servicios de baja calificación, que eran trabajadores, en proveedores de servicios autónomos".

³⁰ Para DE LA CUESTA RUTE, JM, "Persona física y consumidor", en "Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar", coordinado por Cuenca Casas, M y Colino Mediavilla JL, Cizur Menor, 2009, p. 115,

³¹ Me refiero a la noción de consumidor como persona física que actúa en el ámbito ajeno de su actividad empresarial o profesional. No parto del concepto acogido en el art. 3 TRLCU de 2007 (reformado por la

dificultad añadida la disociación dentro del pasivo del deudor de las deudas que proceden de su actividad empresarial y si todas le pueden ser condonadas, entonces la discriminación negativa al consumidor sí es, a mi juicio, insostenible³².

Cierto que los sistemas de cobertura propios de un Estado social pueden incidir en la necesidad o no de un determinado régimen de insolvencia personal siendo mayor su requerimiento cuanto menores son las coberturas. Sin embargo, el mayor uso de las prestaciones sociales aumenta el gasto público y la recuperación del deudor fruto de un eficaz sistema de insolvencia con exoneración del pasivo pendiente, permite que el deudor pueda satisfacer sus propias necesidades sin tener que recurrir a prestaciones públicas y ello tanto si es un consumidor como un empresario. Los costes sociales consecuencia del sobreendeudamiento parecen superar los que acarrea un régimen de exoneración de deudas³³.

Otro efecto colateral sumamente relevante de la regulación adecuada de la insolvencia de la persona física es que **estimula la concesión responsable de crédito**, cuya ausencia es precisamente la causa de esta crisis financiera. La instauración de la exoneración del pasivo pendiente tiene pues un efecto colateral en la prevención del sobreendeudamiento privado. Este aspecto ha sido resaltado por el Banco Mundial en el informe citado, al señalar que "los acreedores que saben que sus deudores tiene acceso a una "salida de emergencia" tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito³⁴.

La excesiva tutela del acreedor que caracteriza la legislación concursal española le impulsa a conceder crédito sin las cautelas adecuadas porque no tiene límites en la ejecución. Este error de base es el que nos ha conducido a la crisis actual.

Con el *fresh start*, las entidades financieras deben hacer una adecuada valoración del riesgo (para lo cual hay que brindarles información financiera adecuada) porque de no hacerla, tienen el riesgo de no cobrar por la exoneración que implica el *fresh start*. Aquí se ha dado crédito "a manos llenas" a gente que no podía devolverlo y la respuesta no debe ser la condena del deudor a la exclusión social y la impunidad absoluta del acreedor.

Ley 3/2014 de 27 de marzo) que considera también consumidor a la persona jurídica y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

³² Trato de esta cuestión y su incidencia en el Derecho Italiano, en mi trabajo "Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: "intentos" de regulación y ninguna solución". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal 2012, pp. 97 y ss

³³ RAMSAY, I, "Between Neo-Liberalism and the Social Market: Approaches to Debt Adjustment and Consumer Insolvency in the EU", En Consumer Bankruptcy in Europe. Different Paths for debtors and creditors, Robert Anderson, Hans Dubois, Anne Koark, Götz Lechner, Iain Ramsay, Thomas Roethe and Hans-W. Micklitz (Ed.) 2011, p. 25.

³⁴ Informe del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, ADCo nº 31, p. 240.

A pesar de que la liberación del pasivo pendiente constituye una medida presente en la mayoría de los países de la UE³⁵ y de larga tradición en USA, en España sigue habiendo extraordinarias reticencias y su implantación tras la aprobación de la LE es extraordinariamente limitada por temor a sus efectos reflejos³⁶ y, particularmente, porque puede dificultar el acceso al crédito y su encarecimiento. A mi juicio, tal riesgo es evitable si también se introducen cambios las políticas crediticias³⁷ que valoren la solvencia no solo con base en la entidad del patrimonio del deudor, sino también su comportamiento crediticio³⁸, de manera que pueda ajustarse el coste a la prima de riesgo de cada deudor de forma parecida a como sucede en el ámbito del seguro. No es razonable que el buen pagador soporte las causas del mal pagador. La actuación del acreedor en la concesión del préstamo debe ser evaluada en el procedimiento concursal debiendo ser sancionada, en su caso, con una exoneración de deuda impuesta judicialmente o con una subordinación crediticia. Si el acreedor irresponsable no padece ninguna consecuencia por su actuación negligente a la hora de valorar la solvencia del deudor, se generan situaciones de riesgo moral que es lo que sucede hoy: si su crédito era garantizado, la garantía se mantiene en el proceso concursal y no hay forma de reconducir su actuación por la vía de la complicidad concursal. Esto debe necesariamente cambiar.

A pesar del contexto económico actual, todavía se siguen alzando voces en

³⁵ Francia, Estados Unidos, Alemania, Suecia, Portugal, Italia, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Reino Unido, Austria, Finlandia. Un estudio comparativo a nivel europeo, cfr. PROYECTO DEL «PROCEDIMIENTO BEST» SOBRE REESTRUCTURACIÓN, QUIEBRA Y NUEVO COMIENZO. INFORME FINAL DEL GRUPO DE EXPERTOS. Dirección General de Empresa. Comisión Europea. 2003. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf. En este proyecto se realizan recomendaciones a los Estados miembros y entre ellas destaca: "La rápida liberación de responsabilidad por deudas pendientes es decisiva para promover los nuevos comienzos y la actividad empresarial. Dado que, hasta cierto punto, implica un tratamiento *de gracia*, tal exoneración debe estar sujeta a ciertas condiciones (por ejemplo, el consentimiento de los acreedores; el pago de la parte de las deudas, cuando sea posible; el examen de la conducta del deudor o la cooperación con el administrador judicial y la plena información sobre los activos y el pasivo). Ciertas deudas podrían quedar excluidas (aquéllas que la legislación nacional establezca)". Se trata de una medida reclamada por la UE. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia" DOCE 2008/C 44/19: "La diversidad de los sistemas establecidos en cada uno de los países que los han desarrollado, no sólo en Europa sino también en el resto del mundo, combinada con su ausencia en otros países, favorece una situación de desigualdad de oportunidades que genera injusticia social, por un lado, y que distorsiona y obstruye la plena realización del mercado interior, por otro. Eso justifica una intervención proporcional de la Unión Europea, cuyo fundamento jurídico indispensable puede encontrarse en el derecho primario.

³⁶ Así lo ha puesto de relieve, ROJO, A, *Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas*, El futuro de la protección jurídica de los consumidores, dirigido por Tomillo Urbina, J y coordinado por Álvarez Rubio, Cizur Menor 2008, p. 254.

³⁷ Cfr. Mi trabajo "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales". Revista El Notario del siglo XXI científica http://www.elnotario.es/images/pdf/PRESTAMO_RESPONSABLE.pdf y también "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar" en Préstamo responsable y ficheros de solvencia, coordinado por Cuenca Casas, M y Prats Albertosa, L, Thomson Aranzadi, 2014, pp. 27 y ss

³⁸ Este aspecto ha sido tratado en mi trabajo, "Fresh Start y mercado crediticio", Revista InDret, julio 2011. www.indret.com

contra de esta medida³⁹ cuya obstaculización solo busca proteger las cuentas de resultados de las entidades financieras rescatadas con fondos de la UE. Es preferible que un crédito de una entidad financiera contra un deudor insolvente siga apareciendo en el "activo", aunque se sepa que no se va a cobrar, que trasladarlo al pasivo como incobrable por obra de una exoneración de deudas decretada judicialmente. Esta es la razón por la que no se implanta un sistema de liberación del pasivo pendiente. Lisa y llanamente es así. Esta decisión protege el balance de la entidad financiera, pero tiene un efecto económico "rebote" letal para la ansiada recuperación económica.

3. La insuficiencia de las reformas aprobadas en materia de insolvencia personal

La Ley de Emprendedores y su Internacionalización de 27 de septiembre de 2013, aborda de manera insuficiente la insolvencia de la persona física insolvente⁴⁰ a pesar de haber introducido en los art. 178.2 y 242.2.5º el régimen de segunda oportunidad. La técnica legislativa empleada es lamentable y son tantas las dudas que genera el nuevo régimen que su aprobación ha merecido una reunión de jueces de lo mercantil de Madrid con objeto de adoptar criterios comunes para la solución de algunos aspectos conflictivos⁴¹.

³⁹ En este sentido, CARRASCO PERERA, A, "Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores. El régimen español *de iure condendo*" en "El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate", dirigido por A. Sarcina, Euriconv, 2014, p. 267, para quien "El fresh start es un mito contrafáctico, que no puede ser conseguido con concurso ni sin concurso. Un deudor consumidor que de hecho no paga su deuda, con el correlato de que el acreedor de hecho no la cobra porque no tiene interés en sufragar costes en un proceso inefectivo de ejecución, es un deudor que obtiene el mismo nivel de liberación que el que obtiene un deudor redimido de su deuda impagada después de un proceso determinado de reajuste". "El fresh start genera riesgos no controlables de azar moral, es difícilmente desestimulador de abusos futuros, y penaliza a los consumidores futuros a costa de los deudores presentes". Disiento de la opinión del autor con base en una argumentación fundamentada exclusivamente en el riesgo de encarecimiento del coste crediticio y los costes que conllevaría la evaluación de la conducta del deudor que produciría falsos positivos. Por el momento lo único claro y constatado es el abuso de las entidades financieras que ha llevado a la economía mundial a la debacle. Mantener este desequilibrio solo sigue facilitando que las entidades sigan actuando en situación de riesgo moral, algo que se pretende por muchos. Es claro que aunque no exista exoneración de deudas, el deudor insolvente no va a pagar, pero tiene la "espada de Damocles" de una eventual reclamación en el futuro si remonta. La situación no es la misma que si se le condona la deuda y buena prueba de ello es el recurso a la economía sumergida de deudores que arrastran deudas por actividad empresarial frustrada. Tampoco comparto la idea de que "la responsabilidad del financiador por la provisión de crédito inasumible por el consumidor es una vía mucho más barata y más efectiva que pervertir el sistema concursal para permitir que el banco sea declarado cómplice del concurso en la pieza de calificación". Que el consumidor tenga que ejercitar una acción para reclamar daños y perjuicios, constituye un camino mucho más largo e ineficaz que adoptar medidas desde el procedimiento concursal. Buena prueba es la reticencia del sector financiero en España a la adopción de cualquier medida en este terreno: implicaría control y prevención, que es lo que no se quiere en realidad.

⁴⁰ Análisis de la regulación implantada en la LE en "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*", ADCo nº 31, 2014, pp. 123 y ss.

⁴¹ Sus conclusiones pueden consultarse aquí <http://www.otrosi.net/sites/default/files/CriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf>

Según el nuevo art. 178.2 LC toda persona natural (consumidor y empresario) cuyo patrimonio se haya liquidado tras la declaración de concurso, puede obtener la exoneración legal de las deudas pendientes siempre que el concurso sea declarado fortuito, no haya sido el deudor condenado penalmente por el delito contemplado en el art. 260 CP u otro "singularmente relacionado con el concurso", (expresión de difícil interpretación) y haya abonado todos los créditos contra la masa, los privilegiados y el 25% del pasivo ordinario. Como regla general, se "perdonaría" el 75% del pasivo ordinario y todo el subordinado.

También se prevé un procedimiento para llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos a través de un "mediador concursal" al que no puede acudir el consumidor y sólo pueden hacerlo los empresarios, profesionales y otros deudores a los a que alude el nuevo art. 231 LC. Pues bien, cuando el deudor intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial y consigue abonar los créditos contra la masa y privilegiados, podrá beneficiarse de la exoneración de todo el pasivo ordinario y subordinado. Así lo establece el último inciso del art. 178. 2 y el art. 242.2.5º LC referido al concurso consecutivo tras el fracaso del acuerdo extrajudicial, de su incumplimiento o de su impugnación. En este caso, también se le perdonarán las deudas insatisfechas, salvo el crédito público que solo queda dentro de la exoneración cuando se trata de consumidores y cuando el empresario deudor no ha intentado llegar a un acuerdo extrajudicial. Teniendo en cuenta que el crédito público puede ser una partida importante del empresario, esta discriminación de régimen jurídico puede suponer un estímulo negativo a la entrada del deudor en la vía prejudicial, puesto que si no intenta el acuerdo sí podrá exonerarse el crédito público, aunque tendrá que abonar al menos el 25% del pasivo ordinario. El deudor tendrá que "hacer números" para ver si le interesa o no alcanzar un acuerdo lo cual es un auténtico despropósito.

Cabe cuestionar *la decisión de vetar el acceso al consumidor al procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial* que evitaría un temido colapso judicial, yendo nuestro legislador en contra de lo que acontece en la mayoría de los países que desjudicializan el tratamiento de la insolvencia del consumidor. No se explica por qué esta restricción a la salida convencional de la crisis al margen del concurso.

Aunque pueda parecer lo contrario, *la nueva regulación no favorece el acuerdo entre deudor y acreedores*, ya que hay límites estrictos al acceso a tal procedimiento (art. 231.3 LC) y también al acuerdo (no caben quitas superiores al 25% del pasivo ni esperas superiores a 3 años), más exigentes que los establecidos para el convenio concursal (quita del 50% deuda y 5 años de espera) antes de la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, cambios que no se han trasladado al acuerdo extrajudicial de pagos.

El *umbral mínimo de pasivo satisfecho que se exige para obtener la exoneración o fresh start es extraordinariamente alto*, lo que dejará fuera del ámbito de protección de la norma a muchos deudores que no tendrán activo suficiente para abonar todos los créditos contra la masa, privilegiados y 25% pasivo ordinario. Los casos de concurso por insuficiencia de masa quedan fuera de la

exoneración de deudas: concluido el concurso, los acreedores podrán reiniciar las ejecuciones singulares y el deudor seguirá condenado a la exclusión social.

A mi juicio, *otro error grave es haber determinado los créditos no exonerables en función de su clasificación en el concurso*. Los criterios de la clasificación de un crédito como subordinado o privilegiado se sustentan en razones que sirviendo para determinada finalidad, pueden no ser aptos para justificar una exoneración de deudas. *Fallos cometidos por el legislador en la calificación de un crédito se propagan al régimen de la exoneración*. Tal es lo que acontece con la configuración como subordinados de los créditos del concursado con personas especialmente relacionadas con él a que se refiere 92.5º LC y que son enumeradas en el art. 93 LC (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos etc..). En España la condición de persona especialmente relacionada con el deudor provoca la subordinación de los créditos que ostente con el concursado, de manera automática, prescindiéndose de la naturaleza del crédito que tales personas ostenten contra el deudor.

Los créditos subordinados pueden ser objeto de exoneración por el mero hecho de ser subordinados y de ahí que se produzcan situaciones "dantescas": así, por ejemplo, en España las *pensiones por alimentos debidas y no pagadas* antes de la declaración de concurso son créditos subordinados (aunque su impago en algunos supuestos pueda constituir un ilícito penal) y por tanto exonerables (salvo que tal ilícito penal se considere que es un delito relacionado con el concurso); la *indemnización de daños y perjuicios que el concursado debe a un tercero* es crédito privilegiado (art. 91.5º LC) y no será exonerable, pero si el concursado, por ejemplo, a quien causó daños es a su mujer o a su padre, el crédito es subordinado y por tanto, podrá ser exonerado con base en el art. 178.2 LC, algo que no sucede en ningún país civilizado.

En la mayoría de los países que acogen el *fresh start*, se excluyen determinadas deudas de la exoneración, singularmente las obligaciones indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil o las deudas de alimentos. En España, las multas penales tienen la consideración de crédito subordinado (art. 92.3 LC) y serían exonerables, y como ya advirtiera el CGPJ en su informe al Anteproyecto, "la remisión de la deuda que recoge el artículo 178.2 LC supondría la eliminación de la pena de multa, al margen de las causas de extinción de las penas que contempla el Código Penal que, por otra parte, es una ley orgánica⁴²". De ahí que la mayoría de los países eliminen expresamente de la exoneración las multas penales, cosa que aquí tampoco ha sucedido. Solo si se consideran crédito público, quedarán fuera de la exoneración y solo para el empresario, lo cual es ridículo. *Determinar las deudas no exonerables en función de su clasificación en el concurso conduce a situaciones lamentables como las descritas*.

Otro fallo de la ley es la *falta de exigencia de buena fe en el deudor insolvente* para que pueda beneficiarse del *fresh start*. Basta que el concurso sea fortuito y que no haya condena penal por delitos como el del art. 260 CP y otro "singularmente relacionados con el concurso". Al margen de la falta de

⁴² Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, p. 21. www.poderjudicial.es

prejudicialidad penal (art. 189 LC) y, sobre todo, de la falta de vinculación del juez penal de la calificación del concurso, puede ser un concurso fortuito y, sin embargo, que haya condena penal del concursado. ¿Qué pasa si concluido el concurso hay abiertas diligencias penales? ¿Podrá el juez mercantil exonerar al deudor del pasivo pendiente, dado que no hay *condena* penal o deberá esperar a que concluya el proceso penal?

Por otro lado, no todo el que no es un delincuente merece que le perdonen las deudas. A mi juicio, concurso fortuito y ausencia de condena penal no es sinónimo de buena fe a los efectos de ser el deudor merecedor de la exoneración de deudas. La buena fe en este terreno, no puede equivaler a ausencia de dolo o culpa grave (que es lo que se exige para el concurso culpable), pues hay una *zona gris*, un comportamiento imprudente que si bien no nos conduce al concurso culpable sí nos debe llevar a denegar la exoneración.

En España *se permite la exoneración "directa" tras la liquidación del patrimonio del deudor, sin un adecuado control de su comportamiento*, lo que convierte a nuestra regulación en un "coladero", ya que deudores que pueden no merecerlo por haber actuado de manera irresponsable, podrán beneficiarse de esta medida. Muy diferente de la ley española, es la recientemente aprobada en Italia ley de sobreendeudamiento de los consumidores⁴³ que regula la exoneración de deudas (*esdebitazione*) también para consumidores, excluyéndola "*cuando el sobreendeudamiento del deudor es imputable a un recurso culposo al crédito y desproporcionado respecto de su capacidad patrimonial*", circunstancia que será valorada por el juez. El legislador español debería haber incluido una cláusula de cierre que permitiera al juez valorar en el caso concreto la actuación del deudor en aras a determinar si es o no merecedor de la exoneración. Ni siquiera se establece un requisito común en la mayoría de los países de nuestro entorno y es que haya transcurrido un determinado período de tiempo desde que se obtuvo una exoneración y que suele fijarse en 8 años. En cambio y, sorprendentemente, el art. 231.4 LC impide acudir al procedimiento extrajudicial al deudor que hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial en los tres años anteriores a la solicitud. *Se ponen más obstáculos al acuerdo que a la exoneración de deudas, lo que es ciertamente insólito*. Con este deficitario sistema de control de la conducta del deudor, el riesgo de alteración de la cultura de pago y de que el deudor actúe en situación de riesgo moral, se incrementa notablemente.

En este contexto, y con los fallos apuntados, muchos de ellos denunciados por los jueces de lo mercantil, dos reformas concursales consecutivas siguen sin abordar de forma eficaz el régimen legal de la insolvencia de la persona física.

Tan solo se ha ampliado por el RD ley 11/2014 de 5 de septiembre el elenco de personas especialmente relacionadas con el deudor persona física, modificándose el art. 93 LC que añade los números 4, 5 y 6 al art. 93.1 LC, considerando como tal a "*las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de*

⁴³ Ley de 17 de diciembre de 2012 n. 221 que introduce un procedimiento para la *Composizione della crisi da sovraindebitamento*.

hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio”; a “las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior” y a “las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho”.

Se persiste en la idea de la subordinación *automática* de los créditos que puede ser extraordinariamente injusta en muchos supuestos, tal y como ya he señalado⁴⁴ y se aumenta el elenco a los casos citados sin que se distinga en función de la naturaleza del crédito ni su finalidad, a diferencia de lo que acontece en el art. 92.5 LC que excluye el carácter subordinado de los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el art. 93.2.1º y 3º que aluden a personas especialmente relacionados con la persona jurídica. Al no haberse adaptado el art. 92.5º a la nuevo elenco del art. 93.1 LC, aparece otro trato de desfavor para la persona física pues todos los créditos serán subordinados sin distinción alguna, salvo la ya establecida excepción de los referidos al art. 91.1 a la que ya aludía el art. 92.5º LC.

Por último y sin que suponga una modificación de la LC, el DL 11/2014, de 5 de septiembre, en su disposición final tercera modifica art. 695.4 LEC a instancias de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 17 de julio de 2014 que, con una técnica jurídica bastante discutible, consideró contrario a la Directiva 93/13 dicha norma que impedía al consumidor recurrir en apelación la decisión de desestimar su oposición a la ejecución, cosa que no sucedía para el profesional quien podía recurrir en apelación el auto que ordenara el sobreseimiento de la ejecución. A juicio del TJUE “este trato privilegiado que se concede al profesional hace aún más necesario que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, pueda obtener tutela judicial eficaz⁴⁵”.

Esta sentencia, al margen de sus fallos técnicos, evidencia una vez más que la protección que brinda la Ley 1/2013 de 14 de mayo a los deudores hipotecarios es más nominal que real, ya que está plagada de trampas⁴⁶. Lejos de diseñarse un adecuado régimen de tutela preventiva eficaz frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario con un adecuado control de legalidad llevado a cabo por notarios y registradores supervisable judicialmente, y por un adecuado régimen en materia de acciones colectivas, al final lo que ha sucedido es una desnaturalización del procedimiento de ejecución hipotecaria que sin duda pagaremos todos. En materia de sobreendeudamiento del consumidor no solo hay una regulación ineficaz en aspectos concretos, hay un auténtico fallo de planteamiento a nivel general que afecta a muchas áreas

⁴⁴ Cfr. Mi trabajo, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, pp. 13 y ss.

⁴⁵ Ya opiné al respecto en el mismo sentido que TJUE http://politica.elpais.com/politica/2013/12/28/actualidad/1388254119_715504.html

⁴⁶ Hago referencia a esta cuestión en mi trabajo “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar” en Préstamo responsable y ficheros de solvencia, coordinado por Cuenca Casas, M y Prats Albertosa, L, Thomson Aranzadi, 2014, pp. 27 y ss

del ordenamiento jurídico y solo desde tal enfoque global cabrá aportar soluciones eficaces.

La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial han coincidido en la conclusión de que el endeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él pueden tener graves repercusiones sociales y económicas. Como se recoge en el Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales⁴⁷, es necesario modernizar las leyes e instituciones nacionales para que puedan hacer frente con eficacia y eficiencia a los riesgos de endeudamiento de los particulares. Esta es la asignatura pendiente del legislador español. Este Gobierno ha desaprovechado la oportunidad de hacerlo. Dudo que a corto plazo haya un contexto político adecuado para abordar una reforma que, sin duda, es compleja, pero muy urgente.

⁴⁷ <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf> Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo nº 31, enero-abril 2014, pp. 197 y ss.