

*¿Un régimen especial para el concurso del consumidor?
Notas sobre la liberación de deudas pendientes.*

*JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca*

Sumario. I. Los términos del problema. La general consideración de la insuficiencia e inadecuación del Derecho concursal común. II. Las razones de política jurídica para establecer la liberación de las deudas pendientes tras la liquidación: borrón y cuenta nueva (*fresh start*), socialización del riesgo de insolvencia y prevención de la exclusión social. III. Escrutinio constitucional de la liberación de deudas pendientes. IV. La liberación de deudas pendientes: elenco de problemas para una posible regulación en sede concursal. *Bibliografía.*

I. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA. LA GENERAL CONSIDERACIÓN DE LA INSUFICIENCIA E INADECUACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL COMÚN.

1. La Ley 22 / 2003, de 9 de julio, concursal (LC) no se pronuncia de modo expreso sobre el concurso del consumidor y apenas establece reglas singulares para el concurso del deudor persona natural (entre otros, arts. 25. 3, 47, 77 y 78). Se preocupa en este caso de atender a su situación personal y matrimonial, pero no le

atribuye posición de ventaja alguna en la ordenación de la “solución” al concurso, sino que adapta la disciplina concursal a las especialidades propias de las personas naturales.

El silencio de la Ley es probablemente consciente: al tiempo de su elaboración y posterior promulgación se conocían distintos mecanismos que, incorporados en varios Derechos extranjeros, permitían, bajo condiciones más o menos rigurosas, o bien la liberación de las deudas pendientes una vez liquidado el patrimonio del deudor o bien la aprobación, igualmente imperativa, de un plan de pagos (que supone también una liberación al menos parcial de deudas) plan del que se evita su denominación como convenio porque prescinde, o puede hacerlo, de la voluntad del deudor y de la mayoría de los acreedores ordinarios. La opción legislativa es, por tanto, no dar una respuesta singular.

2. El Profesor ROJO ha delimitado con exactitud los términos del problema o, más precisamente, los borrosos perfiles del problema y las múltiples perspectivas, o principios de política jurídica, con que cabe abordarlo, así como las materias concernidas.

“El sobreendeudamiento plantea muchos y variados problemas. En primer lugar, si es necesario regularlo o no. Si la respuesta es afirmativa, el debate ha de centrarse en el *cómo*. Si se opta por regularlo como sobreendeudamiento de los consumidores, el interés protegido es, dígame lo que se diga, estrictamente capitalista. Por el contrario si la preferencia se decanta por su regulación como sobreendeudamiento de las familias, entonces el interés protegido es muy distinto.

También es preciso reflexionar acerca de si el sobreendeudamiento debe ser tratado a través de un concurso especial, como hace la *Insolvenzordnung* en el derecho alemán, o a través de una solución paraconcursal, como ocurre en el modelo francés originario. Será necesario igualmente definir los órganos que han de intervenir en el procedimiento, así como el grado de intervención judicial deseable, en función de su coste y de sus consecuencias. Sin olvidar otros temas clave, como la determinación del sujeto a quien se debe encomendar la misión de analizar la situación económica y financiera del consumidor endeudado, o la previsión relativa a quién va a pagar a los

profesionales no judiciales que intervienen en el procedimiento.

(...) Y si hay respuesta para tan difícil cuestión, habrá que pasar a discutir qué dosis de generosidad estamos dispuestos a introducir en el derecho español en una cuestión tan importante como la liberación de deudas a favor del deudor de buena fe, así como la manera de abordar eficientemente los efectos reflejos que esa liberación de deudas puede comportar”. ROJO (2008) pp. 254 - 255.

Parece por tanto que antes de debatir el *cómo* es necesario fundamentar debidamente *si* debe establecerse un régimen especial, asunto en el que es patente que están fuertemente entrelazadas las razones que justifican un régimen especial con el conjunto de mecanismos que se propugnan, sobre todo uno de ellos, la liberación de deudas pendientes.

Para abordar con sensatez el problema deben tenerse en cuenta varias cuestiones: en primer término, la propia configuración de nuestro Derecho concursal (y la incipiente cultura concursal) así como la afección al mercado de crédito (de un modo u otro la disciplina concursal establece incentivos de distinto signo sobre este mercado) y los costes que supone una medida de esta clase (de muy difícil cálculo) para decidir su asignación. En segundo lugar, la constitucionalidad de una medida de política jurídica como ésta, asunto en el que es más interesante el itinerario argumental para alcanzar el resultado de su constitucionalidad que el mismo resultado. Por último, el contraste con las experiencias de otros países, donde pueden ser utilísimos los estudios empíricos en torno a las consecuencias de las reglas concursales sobre el mercado del crédito.

Sobre este último asunto, véanse los trabajos compilados en NIEMI - KIESILÄINEN / RAMSAY / WHITFORD (2009), que invitan a la cautela. Con la liberación de deudas se procura el regreso de los empresarios al mercado para acrecentar la riqueza (para no dilapidar el espíritu y la capacidad de emprender nuevos negocios) y también el regreso de los consumidores (para que vuelvan a consumir y no queden en los márgenes de la pobreza y la exclusión social).

3. En España se han sucedido, sin éxito, las propuestas legislativas enderezadas a dotar de un régimen singular al concurso del consumidor, y así se han propuesto modelos

más o menos generales de respuesta al sobreendeudamiento de consumidores y que abordan también sus aspectos preventivos.

Cabe distinguir entre “procedimientos especiales”, separados incluso de la Ley concursal, y las “especialidades del procedimiento concursal común”, sobre todo para abaratar y simplificar el trámite, trámite que debe acomodarse a la menor importancia económica del concurso del consumidor. Triunfan ahora las propuestas que propugnan señalar “especialidades” al procedimiento común; aunque no pueda afirmarse que se trata de una directriz de política legislativa o un afán propio de un modo de entender la técnica legislativa.

Los dos aspectos considerados con especial interés han sido los siguientes: por un lado establecer, cuando sea posible, un plan de pagos o de reestructuración de la deuda imperativo (esto es, aunque no cuente con la voluntad de los acreedores). Por otro lado, la liberación de las deudas pendientes tras la liquidación, en la medida en que la inexistencia de bienes y derechos, que es causa de conclusión del concurso, no “extingue” *pro futuro* las deudas pendientes, puesto que la responsabilidad patrimonial del deudor es “indefinida” (arts. 1911 CC y 178. 2 LC, este último no es más que una “repetición” del primero, FERNÁNDEZ CARRON (2008), p. 140). En defecto de una regla de esta clase, el deudor queda a expensas de la prescripción de los créditos para la completa liberación: ansía, en definitiva, caer en el olvido de sus acreedores.

La Propuesta de APLC 1995 (BIMJ suplemento núm. 1668 (1996) establecía en su art. 250. 2 lo siguiente: “En el caso de que trascurren cinco años sin que se hubiera alzado la suspensión del concurso [eran causa de suspensión, art. 245, “la inexistencia y el agotamiento de la masa activa sin íntegra satisfacción de los acreedores”] el Juez, de oficio, pronunciará sentencia declarando extinguidos los créditos concursales en la parte que no hubieren sido satisfechos y concluido el procedimiento”. La *Proposición de Ley relativa a la prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores*, del Grupo Socialista (BOCG, Congreso, VII Legislatura, serie B, 336 - 1, 30 de mayo de 2003) que mencionaba como justificación los argumentos del riesgo de exclusión social del deudor (aunque se refiriese también a su familia), la responsabilidad limitada del deudor y la participación del mercado del

crédito en la solución del sobreendeudamiento; acogía, igualmente, los dos mecanismos generalmente previstos en el Derecho comparado en un mismo precepto (plan de pagos imperativo y liberación parcial de deudas, donde ésta es uno de los contenidos posibles de aquél). Así el artículo 33 de la proposición, rubricado “Propuesta judicial de pagos”, establecía: “*El órgano jurisdiccional podrá imponer una propuesta judicial de pagos, con la finalidad de restablecer la situación financiera del deudor y su familia y reconducir y recuperar la economía doméstica sobreendeudada, que comporte las medidas siguientes: a) el fraccionamiento de los pagos de la deuda principal, intereses y gastos; b) la reducción, en su caso, del tipo de interés convencional al tipo de interés legal; c) la suspensión durante la duración de la propuesta judicial de pagos de los efectos de las garantías reales; d) la remisión o condonación, total o parcial, de las deudas, de los intereses moratorios, de las indemnizaciones y de los gastos, y e) la prórroga del plazo del reembolso de los contratos de crédito*”.

Con un contenido prácticamente idéntico al anterior, pero ahora con el Grupo socialista en el Gobierno y ya promulgada la vigente Ley concursal, también debe reseñarse la *Proposición de Ley del Senado sobre prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores* (BOCG, Senado, VIII Legislatura, serie III A, número 14 (a) de 12 de noviembre de 2004) del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió.

Durante la tramitación de la vigente Ley Concursal se propuso introducir, en el plazo de enmiendas, un régimen de exoneración parcial de deudas pendientes para los deudores personas naturales, esto es, no era un régimen exclusivo de los “consumidores”, probablemente para no comprometer la unidad “legal, de disciplina y de sistema” prevista en la Ley concursal.

En este sentido la enmienda núm. 321 LC, Convergència i Unió (BOCG, Senado, VII Legislatura, II, 120 (c), 9 de mayo de 2003) sobre el artículo 178 e incorporación de un nuevo artículo 178 *bis* LC. Su propósito consistía en introducir un régimen de exoneración de deudas a favor de los deudores personas naturales honestos y permitirles una “segunda oportunidad”. Citaba en su apoyo los modelos concursales estadounidense, belga y, sobre todo, alemán. El artículo 178 *bis*, rubricado “exoneración de deudas residuales del deudor persona física” tenía el siguiente contenido:

1. *En los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de bienes y derechos del deudor persona física, éste podrá solicitar que se le exonere de las deudas que no hayan sido satisfechas con el producto de la liquidación, siempre que concurren los siguientes presupuestos:*

1°. *La sentencia de calificación haya declarado el concurso como fortuito.*

2°. *El deudor se comprometa a ceder al administrador judicial designado por el juez, el importe de los salarios, sueldos, pensiones, retribuciones o sus equivalentes embargables según lo dispuesto en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante un período de cinco años contado desde la clausura del concurso.*

3°. *El deudor haya solicitado esta exoneración de las deudas residuales antes de la conclusión de la fase común del concurso.*

2. *El juez del concurso decidirá mediante auto sobre la petición del deudor, previa audiencia de los acreedores y de la administración judicial. Si el juez concede al deudor la exoneración de las deudas residuales, designará al administrador judicial a quien el deudor ha de realizar los pagos para la satisfacción de los acreedores concursales, fijará la remuneración del administrador y su régimen de actuación.*

3. *Los efectos de la exoneración se extienden a todos los acreedores concursales. Sin embargo, a solicitud del administrador judicial o de cualquier acreedor concursal, el juez de concurso revocará la exoneración de deudas residuales cuando el deudor incumpliere el compromiso de cesión, o cuando durante dicho período hubiere sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.*

4. Buena parte de los modelos propuestos, así como las razones en que se inspiran, derivan, sobre todo, de los Derechos francés y alemán, aunque no se desconozcan otros Derechos que guardan con éstos significativas semejanzas.

Los modelos conciernen a dos aspectos: por un lado, a los mecanismos (judiciales o extrajudiciales) de reorganización o reestructuración de la deuda para facilitar su pago (en general, planes de pago impuestos imperativamente a deudor y acreedores); y por otro, a los mecanismos encaminados a procurar la extinción o liberación de las deudas pendientes después de la liquidación (generalmente con intervención judicial) y que se someten a reglas más o menos estrictas para su concesión (como

beneficio se sujeta a su merecimiento, entraña un juicio de valor sobre la conducta del deudor) y más o menos prolongadas de control de la conducta del deudor.

El sistema francés está recogido en el *Code de la consommation*, artículos L 331 - 1 a L 334 - 10 (también L 643 - 11 *Code de commerce*). El modelo alemán de exoneración parcial de deudas pendientes tras la liquidación, en la *Insolvenzordnung*, §§ 1 y 286 a 314, principalmente (modificada parcialmente en 2001). El sistema estadounidense sustancialmente supone también una liberación parcial de deudas, *US Code, Title 11. Bankruptcy, Chapter 7, 13*, modificados por la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* de 2005, que introduce el *means test* para obtener la liberación de deudas pendientes y poner, al parecer, coto a los crecientes abusos en los concursos de personas naturales (reforma, por otro lado, fuertemente contestada). También son de interés los Derechos italiano, que ordena la denominada “esdebitazione del debitore” (*Legge Fallimentare*, artículos 142 - 144) y portugués (artículos 235 a 248 del *Código da insolvência e da Recuperação de Empresas*) ambos ordenan igualmente sistemas de exoneración o liberación de deudas pendientes. Un examen comparado más extenso puede verse en NIEMI - KIESILÄINEN / RAMSAY / WHITFORD (2003); KILBORN (2007) y los trabajos compendiados en NIEMI - KIESILÄINEN / RAMSAY / WHITFORD (2009) especialmente los trabajos de Johanna NIEMI (“Overindebted Households and Law: Prevention and Rehabilitation in Europe”, pp. 91 ss.), Ronald J. MANN (“Making Sense of Nation - Level Bankruptcy Filing Rates”, pp. 225 ss.) y Jason KILBORN (“Two Decades, Three Key Questions, and Evolving Answers in European Consumer Insolvency Law: Responsibility, Discretion, and Sacrifice”, pp. 307 ss.). Entre nosotros se ha examinado con algún detenimiento alguno de estos sistemas: para el Derecho alemán FERRÉ (2006 b) pp. 205 - 226 y ZABALETA (2005), pp. 885 - 914; para el Derecho estadounidense, ÁLVAREZ RUBIO (2008). Con visiones de conjunto, FERNÁNDEZ CARRON (2008), pp. 122 - 136 y GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009), pp. 99 - 112 y 201 ss.

5. También desde la Unión Europea se han sucedido las propuestas, recomendaciones o advertencias, e igualmente es un asunto tenido en cuenta por la *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia* (2004), guía que no se preocupa

del consumidor sino simplemente del deudor persona natural. Esta última ofrece un acabado compendio de las razones alegadas para justificar la liberación de deudas pendientes tras la liquidación, en particular, pueden verse sus epígrafes 3 a 7 (segunda parte, I. A) y 1 a 15 (segunda parte, VI. A) junto con las recomendaciones 194 a 196.

El texto de la *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia* además de en la página web de la UNCITRAL está publicado en el libro del mismo título coordinado por David MORÁN BOVIO, *La Ley*, 2006.

En el Derecho comunitario pueden consultarse: en primer término, la Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2001 *relativa al crédito y al endeudamiento de los consumidores* (DOCE C 364 / 1, 20 de diciembre de 2001), antecedente de las medidas preventivas adoptadas por la Directiva 2008 / 48 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, *relativa a los contratos de crédito al consumo y que deroga la Directiva 87 / 102 / CEE del Consejo* (DOCE L 133 / 66, 22 de mayo de 2008); en segundo lugar, la Comunicación de 5 de octubre de 2007 de la Comisión *al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones “Superar el estigma del fracaso empresarial - por una política que ofrezca una segunda oportunidad”* (COM (2007) 584 final) y, por último, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *sobre “el crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia”* (2008 / C 44 / 19, DOCE C 44 / 74). Dictamen este último que ofrece una completa panoplia de los mecanismos de prevención y “tratamiento” (fórmula empleada para referirse al concurso del consumidor) del sobreendeudamiento y cuyo principal interés reside en la conexión que establece entre el sobreendeudamiento y la exclusión social: “las repercusiones sociales del endeudamiento excesivo en términos de exclusión, justicia social y perturbación del proceso de realización del mercado”.

La Comunicación de 5 de octubre de 2007 expresa de modo contundente la necesidad de arbitrar mecanismos que faciliten una “segunda oportunidad” a los quebrados no fraudulentos, puesto que el riesgo de fracaso económico es inherente al sistema económico y tiene notables ventajas que no conviene despreciar; tales mecanismos consisten en suma, y en materia concursal (aunque reconozca la limitadísima competencia de la Unión Europea en esta sede), en “permitir la

liberación de deudas pendientes”, asunto del que da cumplida cuenta en aquellos Derechos que la admiten, considerando además que reduciría los costes del concurso y la pérdida de valor que acarrea, además de que considera que debe desterrarse el estigma social del fallido y recuperar el valor de su espíritu emprendedor.

Dice expresamente: *“El espíritu empresarial es inherentemente arriesgado y requiere confianza en uno mismo y autonomía así como una cierta disposición para la asunción de riesgos, ya que la creación de una empresa, su éxito y su fracaso son inherentes a la realidad de la economía de mercado.*

Sin embargo, como parte de la falta general de reconocimiento y comprensión que existe en la sociedad hacia el espíritu empresarial, los problemas de las empresas o incluso el fracaso empresarial no son aún suficientemente comprendidos como algo normal dentro de la evolución económica y como una oportunidad para un nuevo comienzo.

La Comisión considera que un entorno más favorable para las empresas en situación de riesgo puede evitar el fracaso empresarial. Por otra parte, hacer frente a las consecuencias negativas del fracaso empresarial cuando se produce y a su imagen negativa ayudaría a hacer el mejor uso posible de la creatividad humana en Europa, fomentar el espíritu empresarial y estimular la innovación y la creación de puestos de trabajo. También contribuiría a fomentar en la sociedad europea un clima más favorable hacia el espíritu empresarial en el que sólo se castigue el comportamiento fraudulento y delictivo. Por todo ello, se invita a los Estados miembros y a la comunidad empresarial a seguir trabajando por un entorno favorable para los empresarios en situación de riesgo y para aquellos que hayan vivido una experiencia de quiebra, con objeto de convertir a la UE en un lugar más dinámico para la iniciativa empresarial y las segundas oportunidades”.

La *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia* se preocupa de la exoneración referida a los empresarios (personas naturales) para que puedan regresar al mercado libres de sus cargas anteriores y para que no se desaproveche su capacidad emprendedora, esto es, se concentra en la concesión al deudor de una “nueva oportunidad”. Los textos de la Guía nos permiten constatar que es la fuente de inspiración principal de los textos europeos mencionados.

Así afirma: *“En algunos círculos se es cada vez más consciente de la necesidad de reconocer que el fracaso de una empresa es un hecho natural en una economía, así como de aceptar que tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o dolosa por parte de los directivos de la empresa. Una persona cuya empresa haya fracasado puede extraer enseñanzas de esa experiencia y algunos estudios indican que esas personas logran a menudo un gran éxito en proyectos empresariales posteriores. Por ello, varios Estados han decidido adoptar regímenes de la insolvencia que no se limitan a regular la administración de la insolvencia, sino que también brindan una nueva oportunidad a los deudores insolventes, despejando su situación financiera y adoptando otras medidas para mitigar el estigma social que sufre toda empresa declarada en quiebra, en vez de centrarse en sancionar al deudor. Además de adaptar el régimen de la insolvencia para eliminar las condiciones y restricciones innecesarias en materia de exoneración, es necesario promover un cambio de actitud de los bancos y de la sociedad en general ante la quiebra, y prever asistencia y apoyo para los empresarios afectados. Al mismo tiempo, es preciso que el régimen de la insolvencia proteja al público y a la comunidad mercantil contra los deudores que administren sus asuntos financieros de manera irresponsable, temeraria o deshonesto”* (segunda parte, VI. A. 1).

Esta reflexión se traduce después en las recomendaciones 194 a 196, imbuidas del espíritu de la simplicidad y previsibilidad del régimen, que es un objetivo común a toda la *Guía*. Recomendación 194. *“Cuando una persona física pueda acogerse al régimen de la insolvencia en calidad de deudor, convendría regular la cuestión de la exoneración del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento. El régimen de la insolvencia podrá disponer que la exoneración no se conceda hasta la expiración de un plazo concreto, contado a partir de la fecha de apertura del procedimiento, durante el cual se espera que el deudor coopere con el representante de la insolvencia. Al expirar el plazo, el deudor podrá quedar exonerado si no ha actuado fraudulentamente y si ha cooperado con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el régimen de la insolvencia. El régimen podrá prever la revocación de toda exoneración obtenida por medios fraudulentos”*.

Recomendación 195. “*Cuando el régimen de la insolvencia prevea que ciertas deudas se excluirán de la exoneración, convendrá reducir al mínimo las deudas excluidas con objeto de facilitar que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y enunciar claramente tales exclusiones en el régimen de la insolvencia*”.

Recomendación 196. “*Cuando el régimen de la insolvencia disponga que podrán imponerse condiciones para conceder la exoneración al deudor, convendrá reducir al mínimo esas condiciones con objeto de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme y enunciarlas claramente en el régimen*”.

Por último, los *Principios de Derecho europeo de la insolvencia* afirman en su § 13, número 2, párrafo primero, encabezado “terminación del procedimiento”, lo siguiente: “*El deudor que sea persona física puede quedar liberado de las deudas que resten tras la liquidación. Esta liberación no afecta a los derechos de los acreedores frente a terceros*”. MCBRYDE / FLESSNER / KORTMANN (2003) obra en la que además del texto de los *Principios* da cuenta detallada de los sistemas concursales presentes en Europa y donde se reconoce la “diversidad” de soluciones respecto a la conclusión del concurso y ulterior liberación del deudor persona natural, solución ésta que no es “uniforme” (pp. 84 - 85).

6. Generalmente la “solución” al sobreendeudamiento del consumidor (el concurso en caso de insolvencia) se acompaña de otros instrumentos encaminados a su “prevención”, esto es, que persiguen evitar que el consumidor incurra en tal situación. Algunos pretenden de modo indirecto ordenar los criterios para la concesión de crédito, otros remediar transitoriamente situaciones imprevistas (en definitiva, prorrogar los plazos de pago) y otros propugnan, de modo más o menos explícito, “reconstruir” el modelo mismo del mercado del crédito en sus distintos aspectos (prácticas comerciales, diligencia profesional, control público de la actividad crediticia) bajo la rúbrica, muchas veces, del denominado “crédito o préstamo responsable”. Otros mecanismos no son estrictamente preventivos, puesto que aspiran a postergar la declaración de concurso o a facilitar el pago de las deudas pendientes.

Así los establecidos por la Directiva 2008 / 48 / CE (en su mayor parte conocidos por el Derecho español), relativos a la información precontractual y contractual (que el consumidor conozca el alcance económico de su compromiso), a los derechos de desistimiento, de reembolso anticipado, a las advertencias y reglas sobre los descubiertos o rebasamientos; a la obligación de evaluar la solvencia del deudor por los concedentes de crédito (entre nosotros cabe recordar el RD 602 / 2006, de 19 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad*); o, por último, a la posición de los intermediarios del crédito.

También pueden incluirse entre estos los siguientes: los que ordenan la reestructuración de la deuda de los consumidores (la denominada agrupación de deudas) o en general el régimen de los intermediarios del crédito (la Ley 2 / 2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*, se ocupa de ambos asuntos con discutible calidad técnica); los seguros de caución y crédito (arts. 68 a 72 LCS) en general los seguros de amortización de créditos; las reglas (o su alteración) en materia de imputación de pagos (sobre todo el art. 1173 CC); las restricciones al anatocismo o a la capitalización de intereses (arts. 1109 CC, 317 Ccom); o las prórrogas para el pago (art. 11 I LVPBM, precepto que, por lo demás contiene un listado de las típicas causas que justifican el sobreendeudamiento pasivo, “*desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios*”) o la resolución (art. 1124 III CC, con su limitadísimo ámbito de aplicación, véanse los arts. 1503 a 1505 CC). La prevención de la insolvencia y la prudencia en la concesión de crédito es una preocupación del mercado del crédito al consumo, véanse, por ejemplo, los trabajos compilados en *La financiación al consumo en tiempos de crisis*, Revista del Instituto de Estudios Económicos 3 (2009). Una noticia de los mecanismos de prevención previstos en la Directiva 2008 / 48 / CE, antes de su promulgación, puede verse en LÓPEZ SÁNCHEZ (2004), pp. 621 - 649. Para facilitar el pago sobre todo de créditos con garantía hipotecaria el legislador español, acuciado por la intensa crisis económica, ha promulgado sucesivas normas dirigidas a favorecer la ampliación del plazo de las hipotecas a través de ventajas fiscales (DA 2.^a RD 2 / 2008, de 21 de abril, *de medidas de*

impulso de la actividad económica) o a subvencionar la moratoria en el pago de los créditos hipotecarios (arts. 3 a 7 del RD 1975 / 2008, de 28 de noviembre, *sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda*; modificado el artículo 4 por el RD 97 / 2009, de 6 de febrero). Para “moderar el impacto negativo de la crisis económica sobre los ciudadanos mas vulnerables, en particular, aquellos con cargas familiares” se ha elevado el umbral de inembargabilidad en virtud de RDL 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, para el crédito impagado una vez ejecutado el crédito hipotecario sobre la vivienda habitual (artículo 15).

7. Es un lugar común considerar que frente a la insolvencia del consumidor el Derecho concursal común es “insuficiente” (no se preocupa singularmente de él) e “inadecuado” (la aplicación del procedimiento común al consumidor acarrea consecuencias indeseables).

Muchas de tales cuestiones entrañan una reconsideración de ciertas decisiones de política jurídica concursal que, si fueran revisadas, deberían serlo también, probablemente, respecto a “todos” los deudores concursados (entre otras: límites al convenio, trato de los acreedores con privilegio especial o de los acreedores públicos) o, al menos, respecto a los concursados personas naturales (la liberación de deudas pendientes, señaladamente).

Entre tales cuestiones están las siguientes: en primer lugar, el coste excesivo de la administración del concurso, que grava de modo sobresaliente las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios, aunque típicamente haya un único administrador (art. 27. 3 LC), al margen de los derivados de la “duración” del concurso. Tales costes son créditos contra la masa (art. 84. 2. 2.º y 3.º LC).

Se propugna reducir los costes del concurso a través de dos expedientes: por una parte, remitir a órganos públicos las funciones de auxilio judicial o administración del concurso (sean juntas arbitrales o empleados públicos); por otra, declarar la gratuidad de ciertos costes derivados de la declaración de concurso, de manera que no alimenten (o más bien, graven) el pasivo.

En segundo lugar, el desplazamiento al erario público de los costes del concurso suele conjugarse con la revisión (*rectius*, reducción o sencillamente exclusión) de los créditos con privilegio general cuando tales acreedores son “públicos” (art. 91. 4.º LC). En definitiva se trata de la socialización de los costes del concurso (en el reparto de los sacrificios) a través de los créditos de las Administraciones públicas. En tercer lugar, se afirma que no son útiles las reglas relativas al procedimiento abreviado (arts. 190 y 191 LC) ni las relativas a la acumulación de concursos, bastante probable en caso de consumidor casado en régimen de gananciales (art. 25. 3 LC) y que en este último caso debe haber una consideración singular del concurso de la “familia”.

En cuarto lugar, parece también inoportuno, por riguroso, el régimen de la subordinación previsto para las personas especialmente relacionadas con el deudor en los arts. 92. 5.º y 93. 1 LC, puesto que se estima que en este caso la concesión de crédito al consumidor es una muestra de solidaridad familiar (pueden ser “préstamos de salvamento”) y semejante argumento se traslada al régimen de las acciones de reintegración (art. 71. 3. 1.º LC).

La recalificación del crédito como ordinario supone un aumento del número de acreedores con derecho a ser satisfechos por igual, de manera que surge una paradoja entre la solidaridad familiar (los familiares como concedentes créditos “de salvamento”) y la solidaridad social, entendidas ambas como reparto de sacrificios. El trasfondo es la crítica al carácter incondicionado o automático de la subordinación.

Sobre la razón que subyace a la subordinación en este caso, GARRIDO (2006), p. 1666. Críticos con el carácter automático de la subordinación de las personas especialmente relacionadas con el deudor, entre otros, PANTALEÓN (2004), p. 539; ALONSO LEDESMA: (2004), pp. 928 - 929; ÁVILA (2008), pp. 159 - 165 y, para el ámbito de los familiares de la persona natural, CUENA (2009), *sub* 3. Por el contrario considera “acertada” la ordenación de los créditos subordinados así como su automatismo, FERRÉ (2006 *a*), pp. 348 ss. y 361 ss., por varias razones: por un lado, por las dificultades advertidas en los ordenamientos de que procede (Alemania, Estados Unidos) que propicia la elaboración de criterios “objetivos”, aplicables sin considerar la conducta del deudor; por otro lado, por la propia finalidad de la decisión

de subordinar ciertos créditos, que no se justifica en “subsanan los perjuicios que determinados acreedores hayan causado a la masa concursal o de evitar situaciones de fraude, sino más bien, en la asignación a determinados acreedores de un desvalor en la distribución del patrimonio concursal en atención a la diferente posición que hayan podido ostentar frente al deudor, consecuencia de la cual se presume, con carácter preventivo, que habrán podido procurarse ventajas de cara a un futuro proceso concursal -...- lo que les hace merecedores de un trato perjudicial respecto a la totalidad de la masa pasiva externa” (pp. 350 - 351).

Se aborda también en sede de créditos subordinados el trato que merecen los acreedores que han contribuido, con su negligencia, a la generación o agravación de la insolvencia bajo la cobertura de la denominada “concesión abusiva del crédito”, donde se advierte la insuficiencia para afrontar estos supuestos de las normas relativas a la complicidad en el concurso culpable (art. 166 LC). Esta es una regla que puede aplicarse a los casos de “concesión abusiva de crédito” que, en particular, tiene un efecto contundente si se aplica el artículo 97. 2 LC que supone la “extinción de las garantías de cualquier clase”. El Proyecto de Ley de Economía sostenible (BOCG, Congreso, IX Legislatura, A, 60-1, 9 de abril de 2010) incluye un precepto dedicado a la “responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros” que incorpora algunas ideas propias del denominado préstamo responsable “a fin de asegurar la práctica de un préstamo responsable” dice la EM (*sub.* III).

En quinto lugar, se considera igualmente inapropiado (aunque en este caso tal vez cristalice una crítica de alcance mayor referida a los límites a la paralización de las ejecuciones de garantías reales) que “no” se suspenda la ejecución de créditos con privilegio especial (sobre todo, los hipotecarios) una vez vencidos (art. 146 a contrario LC), al someterse a la regla general (arts. 56 y 57 LC), puesto que típicamente no serán bienes “afectos” a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (art. 56. 1 I LC) ni tampoco necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56. 2 LC).

Sobre la paralización de la ejecución de garantías reales, CARRASCO (2009), pp. 95 - 100, 115 ss.; en concreto afirma: “Realmente, el art. 56. 1 viene a

significar que no existe ningún régimen concursal específico, ni ninguna restricción en la ejecución, respecto de las garantías que afecten a consumidores o a bienes de consumo, con independencia de su cuantía. Es a primera vista sorprendente que, tratándose de un concursado persona física no comerciante (consumidor) las garantías puedan ejecutarse incondicionalmente y que el legislador no haya previsto un régimen dulcificado de ejecución de garantías en casos de sobreendeudamiento, que sirviera para proporcionar a tales deudores un *fresh start* que sería normalmente óptimo para todas las partes en conflicto” (p. 119). Parece claro que la vivienda familiar del deudor no es un “bien afecto”, calificación que supone la suspensión de la ejecución. Así, AJMer Barcelona, núm. 3, de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005, 161) y AJPI Bilbao, núm. 13, de 7 de abril de 2006 (JUR 2006, 126462). Se propugna la extensión de la paralización a la ejecución de los créditos con garantía real cuando el bien hipotecado constituye la vivienda familiar del deudor (o deudores, en caso de concurso acumulado de los cónyuges), CUENA (2009), *sub* 2, pues de otro modo el concurso resulta inútil en la mayoría de los casos.

Es evidente que el interés primordial del consumidor al declararse en concurso consiste en que tal declaración “paralice”, al menos, las ejecuciones de los créditos. Igualmente se consideran inadecuados los límites previstos para el convenio (arts. 100. 1 I y 124 LC) que reducen las posibilidades de alcanzar un acuerdo tanto por las mayorías necesarias como por los límites cuantitativos y temporales establecidos.

En algunas ocasiones se propugna también facilitar los acuerdos extrajudiciales a través de algún órgano que procure la composición de intereses (órgano público que cumpla una función de mediación); o variar las normas sobre devengo de intereses y de imputación de pagos para que sea posible amortizar primero el capital para reducir el monto de las deudas, o, también, sustituir el interés convencional por el legal.

Por último, la responsabilidad patrimonial es universal e “indefinida” (art. 1911 CC “y futuros”, también los arts. 1071 II CC y el 1920 CC ya derogado) de manera que pese al fracaso del concurso, con la consiguiente conclusión, por inexistencia de bienes, “no” se extingue la responsabilidad *pro futuro* del deudor que subsiste

(art. 178. 2 LC y antes los arts. 907 CCom [1885] y 1136 CCom [1829], que se referían a la “conservación” de la acción por el acreedor). Subsistencia que explica la posibilidad de la reapertura del concurso del deudor persona natural (art. 179. 1 LC). Lo mismo ocurre en sede de ejecución singular de créditos: arts. 239, 518 y sobre todo 570 LEC (“La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante”). El art. 1911 CC, al margen de otras consideraciones, es el fundamento de la “necesidad jurídica” de la prestación, es decir, es el elemento que nos permite considerar que se trata de un deber, véase BADOSA (1990), pp. 15 - 18; sin perjuicio de que sea una regla disponible hasta el límite en que la responsabilidad sea reconocible, GULLÓN (1993), pp. 2055 - 2056. Esta consecuencia es quizá la que congrega más críticas.

Como se ha dicho expresivamente: “los acreedores podrán reiniciar sus ejecuciones singulares -retenciones de apenas unos euros de por vida sobre pensiones o salarios con múltiples cargas-, con lo cual se producirían tras el sobreseimiento del concurso los efectos que con dicho concurso se pretendían proveer convirtiendo al concursado en un remedo de “Sísifo” que tras ascender el concurso soportando la dura carga de la gestión del concurso ve como su situación se despeña colina abajo cuando, al archivarse el concurso, los acreedores reactivan sus garantías y fórmulas de cobro que pretendía eludir”. FERNÁNDEZ SEIJO (2008) p. 281.

Se plantean buena parte de las cuestiones más arriba expuestas y además se propugna incorporar a nuestro Derecho los dos mecanismos principales de solución previstos en el Derecho comparado: plan imperativo de pagos y, sobre todo, liberación de deudas pendientes después de la liquidación, entre otros: CERDÁ / SANCHO (2001) p. 135; QUINTANA (2005), pp. 2268 ss.; RUBIO VICENTE (2007), pp. 133 - 167; FERNÁNDEZ SEIJO (2008) pp. 291 - 295; VICENT CHULIÁ (2008), pp. 117 - 118, 130 - 131; GOZALO (2008), pp. 288, 291; FERNÁNDEZ CARRON (2008), pp. 74 ss. (autora que rehúsa incorporar la liberación en nuestro Derecho por las desventajas e injerencias que supone, que conlleva la destrucción de ciertos principios del sistema jurídico, *pacta sunt servanda* y responsabilidad patrimonial universal, pp. 146 - 156); ALONSO LEDESMA (2009), pp. 459 ss.; CUENA (2009), *sub* 4; BELTRÁN (2009), pp. 119 ss.; COLINO, entre otros trabajos (2005), pp. 222 - 231, (2009 *a*), pp. 452 ss. y (2009 *b*), p. 608. En otras ocasiones las propuestas

son más ambiciosas puesto que repercuten en los fines del concurso (también debe incluirse la salvaguardia de las economías domésticas y la rehabilitación de los deudores honestos, recuérdese el § 1 *InsO*) y en el mercado del crédito (el préstamo responsable), en este sentido: GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009), pp. 113 - 226 (veáse, sobre este asunto los Principios del crédito responsable, *The European Coalition of Responsible Credit*, www.responsible-credit.net) y sobre este asunto en este mismo libro el estudio de Fernando PEÑA. Una posición singular es la de CARRASCO (2009), pp. 89 - 90, que justamente sirve para argumentar que las especialidades “verdaderamente útiles” en el concurso del consumidor son las que establecen imperativamente un plan de pagos (que significa siempre una quita, una espera o ambas) o la liberación de deudas pendientes. Así afirma: “No tiene sentido imponer a esta concurrencia el coste de ejecución colectiva del concurso. Si existe, y no siempre, un acreedor ordinario privado, y el resto de los activos están sujetos a garantía, ha de dejarse que los acreedores privilegiados procedan individualmente, pues los acreedores ordinarios no resultarán peor tratados que lo estarían si se colectivizara el procedimiento de ejecución. Además, no existe propiamente la necesidad de elaborar un programa de recuperación económica futura, pues lo único que necesita el consumidor fallido es una quita o una espera, y éstas se las darán o no se las darán los acreedores garantizados, con o sin concurso”.

8. Vivimos tiempos agitados pero parece que, en general, se considera, por distintas razones (aunque a menudo éstas queden en penumbra) “necesaria” una regulación especial, acomodada o no en la Ley concursal, para el concurso de los consumidores o de las personas naturales sin más, aunque también se entienda que debe procederse con exquisita cautela. En este mismo libro ÁNGEL CARRASCO repudia su regulación con sólidos argumentos (y en algún caso, discutibles).

Remedio al sobreendeudamiento que suele completarse con propuestas relativas a la “prevención” de su insolvencia, más urgentes en virtud de la Directiva 2008 / 48 / CE, relativa a los contratos de crédito al consumo (el artículo 27 obliga a la incorporación de sus disposiciones al Derecho interno antes del 12 de mayo de 2010).

Así en el primer Congreso español de Derecho de la Insolvencia (abril, 2009), se acordó como conclusión decimotercera la siguiente: “Es necesario prever un procedimiento específico, ágil, económico y extrajudicial, para la solución de la insolvencia -sobreendeudamiento- del consumidor”. *Los problemas de la Ley concursal* (2009), p. 368.

Esta conclusión parece haber sido asumida por el propio Gobierno. En la convalidación del RDL 3 / 2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, el Ministro de Justicia mencionó entre las cuestiones que debía abordar una más reposada reforma del Derecho concursal “las especialidades procedimentales para atender a los casos de sobreendeudamiento de los consumidores y de las familias”, aunque no parece que se encuentre entre las tareas encomendadas a la Comisión General de Codificación. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. 78 (2009), 23 de abril de 2009, p. 33. No obstante, al parecer se ha “excluido” de las tareas encomendadas a la Comisión General de Codificación que está revisando (2010) el texto de la LC.

9. Los dos mecanismos especiales de mayor importancia sugeridos son los siguientes: por un lado, el “plan de pagos” o de reestructuración de la deuda, que puede adoptarse incluso imperativamente, esto es, en ausencia de la voluntad del deudor y de sus acreedores; plan de pagos que si supone una quita es “igualmente” una liberación también coactiva de deudas. Convenio sin consentimiento que se justifica en la incapacidad de pago actual del deudor.

Por otro lado, la liberación de las deudas pendientes después de la liquidación del patrimonio del deudor que no sin razón se ha denominado como “derecho del deudor a no pagar sus deudas” (FERNÁNDEZ CARRON (2008), p. 14) y que pretende evitar la sujeción indefinida del patrimonio del deudor. Ambos cuentan con detalladas regulaciones en aquellos Derechos que los han acogido, generalmente aplicados a cualquier deudor persona natural, esto es, no es exclusivo de los “consumidores”.

II. LAS RAZONES DE POLÍTICA JURÍDICA PARA ESTABLECER LA LIBERACIÓN DE LAS DEUDAS PENDIENTES TRAS LA LIQUIDACIÓN: BORRÓN Y CUENTA NUEVA (FRESH START), SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO DE INSOLVENCIA Y PREVENCIÓN DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL

1. Las principales razones de política jurídica alegadas para fundamentar la liberación de las deudas pendientes tras la liquidación son las siguientes: el borrón y cuenta nueva (*fresh start*) o la concesión de una nueva oportunidad para el deudor; la socialización del riesgo de insolvencia (el riesgo de fracaso económico fortuito se distribuye entre los acreedores del deudor que fracasó); y, por último, evitar la exclusión social (o su misma posibilidad) del deudor.

Las razones y el régimen especial propuesto están fuertemente entrelazadas. Los requisitos para la liberación deben ponderar adecuadamente los intereses de los acreedores y considerar los respectivos comportamientos, y por tal razón, la liberación solo es posible como beneficio o ventaja a favor de los “deudores honestos (de buena fe) pero desafortunados”.

COLINO (2009 *b*), p. 602, cuyo origen se encuentra en la afirmación de US Supreme Court, *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 US 234 (1934): “*One of the primary purposes of the Bankruptcy Act is to “relieve the honest debtor from the weight of oppressive indebtedness, and permit him to start afresh free from the obligations and responsibilities consequent upon business misfortunes”.*”

Parece ineludible fundamentar con rigor un mecanismo de esta naturaleza y someterla a escrutinio constitucional: la razón será, además, la directriz que gobierne su disciplina. También puede debatirse, desde otra perspectiva, si esta es una fórmula propia del “paternalismo” legal puesto que dulcifica las consecuencias propias de la autonomía y de la responsabilidad negocial, principios que exigen que quienes participan libremente en una actividad pechen, exclusiva y excluyentemente, con los efectos negativos de su propia conducta.

2. En primer término, la denominada en la tradición anglosajona *fresh start* o nueva oportunidad. Nosotros podríamos utilizar la locución “borrón y cuenta nueva”.

Borrón y cuenta nueva: “decisión de olvidar deudas o faltas pasadas y de actuar en lo sucesivo como si no hubieran existido”. *Diccionario fraseológico documentado del español actual. Locuciones y modismos españoles*, Manuel SECO / Olimpia ANDRÉS / Gabino RAMOS, Aguilar, 2004.

Se trata, en suma, de conferir una nueva oportunidad al deudor que se libera de la carga de las deudas pasadas. Tales deudas se extinguen bien de modo inmediato o bien con sujeción a ciertos requisitos, sobre todo, aquellos que permitan comprobar la perseverancia en la buena fe del concursado. La razón pivota de modo prevalente sobre el espíritu emprendedor (eje del sistema económico), espíritu que se vería lastrado con la subsistencia indefinida de las deudas. El fracaso económico, cuando se produce de modo fortuito, esto es, cuando concierne a un deudor honesto pero desafortunado, no debe impedirle emprender (tal vez ahora sí con éxito) iniciativas económicas ulteriores.

La liberación no beneficia a cualquier deudor sino solo al de buena fe puesto que la generación o agravación de la situación de insolvencia “no” le es imputable por culpa grave o dolo (art. 164. 1 LC): o bien han acaecido hechos imprevisibles o bien hechos previsibles pero inevitables que han determinado su imposibilidad de atender de modo regular al cumplimiento de sus obligaciones, entre otros, los hechos que comúnmente se mencionan para definir el sobreendeudamiento pasivo.

La liberación se funda “claramente en la *fresh start policy* típicamente anglosajona y especialmente norteamericana: es ésta la idea y política legal tendente a promover un “nuevo comienzo” para el deudor concursado honesto pero desafortunado, fomentando su rehabilitación personal, social y económica” GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009), p. 204. Dicho de otro modo, despejar el futuro sin que se cargue el deudor con la losa del pasado: de otro modo se desincentivaría el esfuerzo futuro si los acreedores pasados se apropiaran de sus resultados (en este sentido, de nuevo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009), pp. 204 - 205) o quedaría encerrado de por vida en la “torre del deudor” (*Schuldturm*). Véase también la *Guía Legislativa de UNCITRAL* 2004, segunda parte, VI. A. 1.

Debe recordarse que esta razón enlaza, en la tradición de la que procede, con una cultura económica y social determinada (la promoción del espíritu emprendedor, con la asunción de los fracasos como parte del sistema) que además tiene un Estado social débil, de modo que la liberación es también, aunque lo sea en una sede extraña para nosotros, un principio de “política social” (el derecho concursal como parte de una red social de seguridad) que actúa de este modo como contrapeso a tal debilidad. Sobre el argumento, ÁLVAREZ RUBIO (2008). La diferencia cultural subyacente a las distintas razones tiene como ejemplo expresivo que mientras que ésta insiste en la nueva oportunidad (que es el efecto de la liberación) en la explicación continental reposa en la idea de perdón o liberación (y rehabilitación) de los deudores honestos, desterrando el estigma social del fallido.

La justificación en Alemania insiste, al parecer, en que se trata de una pieza del Estado social, que se propone encauzar a los ciudadanos en caso de dificultades patrimoniales. FERRÉ (2006), p. 209. Paradójicamente en sistemas tan distintos respecto a la configuración de su Estado social en ambos se argumenta desde esta perspectiva.

3. La segunda razón cabe enunciarla como la “socialización” del riesgo de insolvencia fortuita. Consiste fundamentalmente en repartir entre los acreedores el riesgo de insolvencia de los deudores que fracasan y que se justifica en razones económicas: el infortunio o fracaso es un riesgo general del sistema que debe ser soportado por quienes disfrutan de las consecuencias favorables del éxito económico, *ubi comoda ibi incommoda*. Y también en razones estrictamente sociales: la ética social impone no condenar a la responsabilidad indefinida a los deudores honestos pero desafortunados, de manera que el fracaso económico *-rectius*, sus consecuencias debe ser compartido.

Una exposición de la “socialización del riesgo de insolvencia”, que considera debe ser soportada por los profesionales del crédito (que no son, por otra parte, los únicos acreedores imaginables), en TRUJILLO (2003), pp. 22 - 23 y 150. Lo justifica en dos criterios (utiliza la asignación de riesgos en la responsabilidad civil derivada de daños por productos defectuosos): por un lado, la morosidad y el riesgo de insolvencia son riesgos típicos de la actividad crediticia, riesgos cuyos profesionales deben prevenirlo o aminorarlo. Al

asignarles tales riesgos se logrará que empleen más diligencia en la concesión de crédito. Por otro lado, para la dispersión social de este riesgo (todos se solidarizan con el deudor menos afortunado), los profesionales del crédito cuentan con multitud de medios (entre otros, los seguros), aunque ello suponga un aumento de los intereses. En el mismo sentido añadiendo a la socialización del riesgo de insolvencia (sobre la industria del crédito) el procurar que la situación de insolvencia no desemboque en la exclusión social, COLINO (2009 *a*), pp. 431 - 432 y (2009 *b*), p. 601. La regulación propuesta en el Proyecto de Ley de economía sostenible (supra I.7) contribuirá tal vez, a conjurar este riesgo.

4. Por último, para evitar la “exclusión social” del deudor: la responsabilidad indefinida alimenta la posibilidad de arrojar a los deudores a la pobreza. Tal razón tiene, a mi juicio, una consistencia menor (o se trata de una justificación secundaria) a la vista de las razones generalmente aceptadas para explicar los límites a la embargabilidad en los procesos de ejecución, límites que, establecidos en los arts. 605 y ss LEC se aplican también en los procesos universales (art. 76. 2 LC) y que se sustancian en asegurar que el deudor dispone en todo caso de aquellos bienes que “resulten imprescindibles para que pueda atender con razonable dignidad a su subsistencia y la de aquellas personas que dependan de él” (art. 606. 1.º LEC).

Como dijera la STC 113 / 1989, de 22 de junio, fundamento jurídico 3.º: *“Entre esas variadas razones que motivan las declaraciones legales de inembargabilidad, bastante numerosas en nuestro Derecho vigente, destaca la social de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y se ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia y, a tal fin, la ley establece normas de inembargabilidad de salarios y pensiones que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos económicos de gran número de ciudadanos.*

Esta protección legal de un nivel económico mínimo que permita satisfacer dignamente las mas elementales necesidades del ser humano no es una novedad introducida por los Estados modernos, sino que tiene abundantes precedentes en los ordenamientos jurídicos históricos, de los cuales puede servir de ejemplo, en nuestro Derecho, la Ley 5.ª del Título 13 de la Partida 5.ª, en la cual se establece una larga lista de bienes inembargables que termina con la fórmula general “y otras cosas de la casa, que ha de

menester cada día para servicio del cuerpo y de su compañía”. Responde, esta tradicional protección de los bienes indispensables para la subsistencia diaria a una constante histórica de dulcificación de la situación del deudor (...)”.

La regulación de los bienes inembargables en la LEC (arts. 605, 606, 607, 609 LEC) corrobora la primera afirmación, incluso se permite su reducción en el caso de “cargas familiares” del deudor (art. 607. 4 LEC), y también art. 15 RDL 6/2010.

Además de dictarlo así la “humanidad” el declarar ciertos bienes inembargables evita que tengan los deudores que “mendigar en mengua y oprobio del estado, oficio ó empleo” (GARCÍA GOYENA / AGUIRRE (1842): núm. 5814).

III. ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERACIÓN DE DEUDAS PENDIENTES

1. La liberación de deudas pendientes *ex lege* debe ser sometida a escrutinio constitucional: no en vano afecta a los derechos de crédito de los acreedores concernidos sin que pueda imputarse a su voluntad ni directa (por el carácter disponible del art. 1911 CC) ni indirectamente (en el caso de las mayorías precisas para alcanzar el convenio) la extinción de sus derechos. Se trata de una intervención del poder público que supone la pérdida del carácter ejecutable de los derechos de crédito, se afecta en suma, al “derecho a la propiedad privada” (artículo 33 de la Constitución).

Las medidas legislativas que limiten este derecho deben gozar de una mayor justificación cuando se opta, como en este caso, por una medida que entraña el sacrificio del derecho concernido: bajo ciertas condiciones, la liberación puede conducir al vaciamiento del derecho de crédito. Puede enfocarse la afeción de un doble modo: por un lado, desde el derecho de crédito como un derecho de propiedad, y por otro, desde la tutela judicial efectiva, en tanto que se limita el carácter ejecutable del derecho de crédito.

La pérdida del carácter ejecutable (en definitiva, la pérdida de la acción) del derecho de crédito queda clara con la legislación mercantil derogada en la

mano. Ésta señalaba que los acreedores en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de bienes del deudor “conservaban” su acción: arts. 907 CCom (1885) y 1136 CCom (1829) (véase también el derogado art. 1920 CC). La afección a ciertos principios, derechos y valores constitucionales ya fue puesto de manifiesto con lucidez por TRUJILLO (2003), p. 20: “una futura regulación del sobreendeudamiento de los consumidores podrá contrariar el principio de autonomía privada (art. 1255 CC), el deber de cumplir los contratos (art. 1091 CC) o la responsabilidad patrimonial y universal por las deudas (art. 1911 CC)”. En esta senda, COLINO [(2007), pp. 375 ss.] subraya la dificultad de fundamentar constitucionalmente los planes forzosos de pagos, porque suponen una injerencia en la autonomía de acreedores y deudor.

La liberación de deudas supone una “expropiación judicial de los créditos”, y este sacrificio puede merecer reproche constitucional o, al menos, debe someterse a un escrutinio de esta clase. Sobre este último argumento, SCARSELLI: (2007), pp. 31 y 34.

No nos sirve establecer analogías con el sacrificio de los disidentes en el convenio concursal que padecen la liberación, puesto que en el caso del convenio la liberación se justifica en la voluntad mayoritaria y en el caso de la liberación en el juicio de mérito judicial. Así FRASCAROLI SANTI (2008), p. 37.

La eficacia de las promesas (art. 1091 CC) supone la posibilidad de impetrar con éxito el auxilio de la autoridad para la ejecución o satisfacción coactiva de los derechos que nacen de aquéllas, hasta el punto de que tal principio es imprescindible para un adecuado funcionamiento del mercado.

Así se ha argumentado (si bien referido a la exclusión absoluta del embargo de los bienes de las Administraciones públicas) sobre la irracionalidad e inconstitucionalidad de la inembargabilidad absoluta: “es radicalmente incompatible con el “marco de la economía de mercado” que impone para la actividad de las empresas el artículo 38 de la Constitución; no hay mercado sin vinculatoriedad de los pactos de intercambio y no hay vinculación de los

contratos sin posibilidad de ejecución forzosa de la prestación contractual incumplida”. GARCÍA DE ENTERRÍA (1987), pp. 136 - 137.

2. Cabe establecer una razonable analogía entre este supuesto y los casos en que el legislador declara la inembargabilidad de ciertos bienes del deudor: con ambas medidas se asegura al deudor un ámbito de inmunidad patrimonial frente a la ejecución que afecta derechamente a los derechos de sus acreedores. Ahora bien la analogía solo cabe referirla a los efectos (en ambas, una inmunidad patrimonial) pero no a las razones que la justifican, en la medida en que la liberación de deudas tiene una justificación distinta. Si fuera la misma deberían, sin más, ampliarse los límites al embargo.

El derecho a la ejecución de la sentencia forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que exige que el fallo se cumpla y el ejecutante sea repuesto en su derecho, pues de lo contrario “las decisiones y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna” (SSTC 152 / 1990, de 4 de octubre, y 107 / 1992, de 1 de julio). Se trata de un “derecho prestacional” (de configuración legal), es conformado por las normas legales que determinan las condiciones y requisitos concretos, de modo que el legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionados respecto a los fines que lícitamente pueda perseguir el legislador en el marco de la Constitución.

El derecho a la tutela judicial y el poder ejecutor de los tribunales no es ilimitado; repugna al respeto a la dignidad humana (art. 10 CE) “que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada”; por eso “resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna”.

STC 113 / 1989, de 22 de junio, fundamento jurídico 3º, sentencia que es la que se considera por el propio Tribunal Constitucional como jurisprudencia consolidada, últimamente, STC 88 / 2009, de 20 de abril.

Podemos observar que los límites al embargo, en la perspectiva de afección a la tutela judicial efectiva (ejecución de los derechos), se somete al mismo juicio de ponderación que el previsto para el resto de derechos fundamentales, como ahora veremos.

3. La liberación de deudas debe someterse al escrutinio constitucional propio de los actos de los poderes públicos que inciden sobre los derechos e intereses de los particulares (en este caso sobre sus derechos de propiedad o a la tutela judicial efectiva), escrutinio que consiste en un “juicio de ponderación”. En definitiva, que la medida exhiba, dentro del margen de la discrecionalidad política del legislador, una justificación razonable.

Sobre los límites a los derechos fundamentales y la proporcionalidad, entre otros, PRIETO SANCHÍS (2000), pp. 429 - 468; GONZÁLEZ BEILFUSS (2003); y DÍEZ - PICAZO (2008) y allí más indicaciones y referencias a la doctrina del Tribunal Constitucional. Aplican este método respecto a las limitaciones singulares a la libertad de empresa, PAZ - ARES / ALFARO (2003), especialmente, pp. 6014 ss.

Así debe examinarse primero si el fin perseguido por la norma que imponga la liberación de deudas pendientes en el concurso es un fin constitucionalmente legítimo o dicho de otro modo si el legislador goza de un título legítimo de cobertura. El fin puede enderezarse a salvaguardar otros derechos constitucionales, o se funda en la protección de bienes constitucionalmente protegidos (STC 11 / 1981, fundamento jurídico 7.º), o de principios y valores asumidos constitucionalmente (STC 22 / 1981, fundamento jurídico 9.º) o de finalidades adecuadas al espíritu constitucional (STC 3 / 1983, fundamento jurídico 4.º) siempre que cualesquiera de ellos sean suficientes para justificar la “intromisión” en los derechos de los acreedores.

En este punto debe recordarse que prácticamente la totalidad de las tareas que justifican la calificación del Estado como “social” otorgan títulos de intervención en la actividad económica de los particulares y lo mismo puede afirmarse respecto a medidas de política económica en el “marco de la economía de mercado”.

Por otra parte, no es necesario que la intervención legislativa haya de exhibir necesariamente un título constitucional expreso, basta con que el fin perseguido no sea contrario a la Constitución y represente un sacrificio razonable para el derecho afectado. Parece, desde esta perspectiva, constitucionalmente legítimo procurar una nueva oportunidad a los deudores honestos con sacrificio de sus acreedores ordinarios, nueva oportunidad que socializa el riesgo del fracaso económico fortuito. Esto es, concurren finalidades sociales y económicas constitucionalmente legítimas.

Una vez fijado el fin constitucionalmente legítimo, deben aplicarse los criterios propios del denominado principio de proporcionalidad puesto que se trata de ponderar el sacrificio del derecho de propiedad (los créditos de los acreedores). Las tareas pueden desmenuzarse en las siguientes: en primer término, debe comprobarse si la intervención o intromisión es “adecuada” al fin que se propone, esto es, que es idónea para alcanzar el fin perseguido: la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. En segundo lugar, que se trata de una intervención “necesaria”, esto es, que no haya otra medida menos gravosa que satisfaga el fin con la misma eficacia.

No parece razonable obligar a las personas naturales para que limiten su responsabilidad patrimonial en el concurso a la constitución de sociedades de capital (arts. 1 y 125 a 129 LSRL y ahora, para un conjunto excluyente de actividades, la sociedad “nueva empresa”, arts. 130 a 144 LSRL) como medida “menos gravosa” (art. 178. 3 LC).

Por último, la denominada proporcionalidad en sentido estricto: debe constatarse que la limitación no suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés afectado (que no se produzca su vaciamiento); o dicho de otro modo, cuanto más intensa sea la restricción mayor valor tendrá que ser el valor del interés que se pretende proteger y más intensa la necesidad y adecuación de la norma (ponderar entre daños y beneficios).

Desde esta última perspectiva “no” puede valorarse separadamente la decisión de política jurídica de establecer la liberación de deudas pendientes (el *si*) de *cómo* se

haya construido su régimen, puesto que las condiciones y requisitos del régimen pueden modular la adecuación de la norma e incluso la intensidad de su restricción.

4. La cuestión ha sido específicamente resuelta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Bäck contra Finlandia, STEDH 29 de julio de 2004 [TEDH 2004 / 56]), Tribunal que se interrogó sobre la conformidad con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en particular con el artículo 1 del Protocolo 1, relativo al derecho de propiedad privada) de la regulación finlandesa sobre la liberación imperativa de deudas, en concreto, la Ley de “ajuste de deudas de las personas físicas” de 1993. El modo de argumentar es sustancialmente idéntico al expresado más arriba como “escrutinio constitucional” de la medida legislativa de injerencia. El Tribunal hace las siguientes afirmaciones.

La noción de “interés público” es necesariamente extensiva y su apreciación corresponde a los legisladores nacionales y su control solo se producirá cuando dicho criterio tenga manifiestamente poco fundamento (núm. 53). “La posible existencia de soluciones alternativas no convierte por sí misma a la legislación contestada en injustificada” (núm. 54).

“Una injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe sin embargo mantener un “equilibrio justo” entre las demandas del interés público o interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales de la persona. La preocupación para conseguir este equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 en su conjunto, que debe ser leído a la luz del principio general enunciado en la primera frase. En concreto, debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir por cualquier medida que prive a una persona de sus bienes o que controle su utilización. Términos de compensación en virtud de la legislación aplicable son esenciales para la valoración de si la medida discutida respeta el requisito de justo equilibrio y, principalmente, si no impone una carga desproporcionada al demandante” (núm. 55).

Sobresale por su interés el siguiente razonamiento: “El Tribunal está de acuerdo con el demandante en que la transferencia del bien efectuada por la única razón

de conferir un beneficio a una parte privada no puede ser considerada de “interés público”. Sin embargo, es jurisprudencia establecida que la transferencia obligatoria de bienes de una persona a otra, dependiendo de las circunstancias, constituye un medio legítimo para promover el interés público. Así, la transferencia del bien efectuada de conformidad con legítimas políticas sociales, económicas o de otro tipo puede ser de “interés público” incluso si la comunidad en general no utiliza o no se beneficia directamente del bien transferido (...). La legislación sobre el ajuste de las deudas sirve claramente a una legítima política social y económica y no constituye por lo tanto *ipso facto* un incumplimiento del artículo 1 del Protocolo núm. 1” (núm. 60).

Sobre la doctrina del TEDH (desde el caso *Sporrong*) respecto al derecho de propiedad privada, véase AGUILERA (2005), pp. 767 - 800, Tribunal que aplica criterios del todo semejantes al principio de proporcionalidad en sentido amplio presente en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional: la injerencia debe perseguir un fin legítimo, debe valorarse la necesidad y proporción del medio empleado y proceder a aplicar el denominado *balancing test* entre los límites legales establecidos y el derecho afectado.

IV. LA LIBERACIÓN DE DEUDAS PENDIENTES: ELENCO DE PROBLEMAS PARA UNA POSIBLE REGULACIÓN EN SEDE CONCURSAL.

La eventual incorporación a nuestro Derecho concursal de la liberación de deudas pendientes después de la liquidación del patrimonio del deudor (con o sin un sucesivo plan de pagos imperativo) requiere enumerar los problemas o asuntos que deben contemplarse o tenerse presentes en su ordenación, preferiblemente en sede concursal, puesto que parece razonable extender tal beneficio a “cualquier concursado persona natural” y no reducirlo exclusivamente a los consumidores. Ello sin perjuicio de que pueda establecerse un verdadero procedimiento simplificado (no lo es el procedimiento abreviado previsto en nuestra Ley concursal, arts. 190 y 191) para los concursos de consumidores (véanse, en este sentido, los §§ 304 ss. *InsO*).

(i) ¿Cuál debe ser su sede normativa? En defecto de una norma expresa que ordene los “fines” del concurso (al modo alemán, § 1 *InsO*, precepto exquisitamente coherente desde el punto de vista de la técnica legislativa), quizá la sede más apropiada de la liberación de deudas sea la “conclusión” del concurso, dentro, por tanto del capítulo único del Título VII que bien podría dividirse en dos capítulos para ordenar en el segundo esta materia.

(ii) ¿Qué deudores pueden obtener el beneficio? Parece razonable que cualquier deudor “persona natural” (sea consumidor, empresario, profesional o administrador social) pueda obtener el beneficio de la liberación, si se acepta como su fin principal recuperar para el mercado las iniciativas económicas valiosas (no dilapidar el espíritu emprendedor) y recuperar, también, la capacidad de consumo y endeudamiento (para el caso de los consumidores).

En tanto que “beneficio”, que se otorga con notable sacrificio de los intereses de los acreedores, el deudor debe ser de “buena fe” (beneficio para deudores honestos pero desafortunados), puesto que no cabe proteger a los “malos pagadores”. El sacrificio que soportan los acreedores (privados de sus acciones hacia el futuro) exige una justificación que debe reflejarse en los requisitos, rigurosos, para la concesión del beneficio.

Además de enunciar los casos en que no cabe considerar al deudor como de buena fe, debe resolverse la relación entre tal consideración y la pieza de calificación del concurso (arts. 163 ss LC), puesto que la liberación solo será posible respecto a los concursos fortuitos (pieza de la que debe excepcionarse su apertura también en caso de plan de pagos imperativo que supere los límites estipulados en el art. 163. 1. 1 LC). Incluso puede plantearse la misma pertinencia de la apertura de la pieza de calificación, si se fija un listado de motivos que excluyen la consideración del deudor como de buena fe. Entre los distintos modelos legales, véanse, el § 290 *InsO*, y los arts. 142 *Legge Fallimentare*, 238 *Código da insolvência* y L 333 - 2 *Code de la consommation*, que sustancialmente establecen listados de causas que excluyen la consideración del deudor como de buena fe.

En todo caso sí parece oportuno, para facilitar la complicada tarea de apreciación de la conducta honesta o deshonesta del deudor (con los costes aparejados),

elaborar listados de conductas reprochables del deudor (esto es, en qué casos no merece la calificación de deudor de buena fe) más que atender a las razones de la propia insolvencia, que serán típicamente causas imprevisibles o previsibles pero inevitables, tales como la enfermedad, la incapacidad, las crisis matrimoniales, o el desempleo.

De igual modo, puede considerarse en esta sede la imposibilidad de reiterar la solicitud de este beneficio (el reproche o alivio que merece el deudor doblemente desafortunado) o bien someterla al transcurso de un prolongado periodo de tiempo (veáanse, arts. 142 I *Legge Fallimentare*, 237 *Código da insolvência* y L 331 - 7 - 1 *Code de la consommation*).

(iii) ¿Qué acreedores deben soportar la extinción de sus créditos? La tarea consiste en delimitar el pasivo que soporta la liberación, para lo cual pueden distinguirse las distintas clases de acreedores (dando por sentado que deberá procederse con cautela en el trato que merezcan los acreedores con privilegio general, a los que tal vez convenga dar un trato singular en los planes de pago imperativos) para señalar a aquellos que merecen un trato distinto, es decir, que se considera que “no” tienen que soportar el sacrificio. Parece que, en principio, todos los acreedores insatisfechos tras la liquidación deberán ser sometidos a la liberación.

La razón de la socialización de la insolvencia (en el sentido de que soporten el fracaso económico quienes se benefician del éxito) puede servirnos para incluir naturalmente en la lista de sacrificados a los concedentes profesionales de crédito (entidades financieras, prestadores de servicios a crédito profesionales). En el resto de casos hay que considerar, en juicio de ponderación, la oportunidad de que subsistan sus créditos pese a la liberación (qué razones justifican su subsistencia) con los fines perseguidos con la liberación, que pueden verse gravemente menoscabados si el listado de los excluidos es muy extenso. La recomendación 195 de la Guía UNCITRAL aconsejaba “reducir al mínimo las deudas excluidas con objeto de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme”.

Dentro de los acreedores sacrificados también deben estar aquellos que no han insinuado sus créditos, con tanta más razón desde la consideración de los créditos reconocidos tardíamente como subordinados (art. 92. 1 LC) y que han sido

expresamente mencionados en la lista de acreedores sacrificados, por ejemplo, tanto en el § 301 (1) *InsO* como en el art. 144 *Legge Fallimentare*.

Ahora bien no parece razonable incluir en el listado a los acreedores alimentarios, puesto que la razón que justifica su crédito es la situación de “necesidad” del acreedor (arts. 142 ss CC). Y ello pese a que los límites de la inembargabilidad en el caso de cargas familiares del deudor (arts. 606 y 607 LEC y 15 RDL 6/2010); la eventual existencia de fondos de garantía (RD 1618 / 2007, de 7 de diciembre); así como su carácter necesariamente variable en la medida en que se cuantía depende de la “fortuna del obligado a prestarlos” (art. 147 CC) pudieran aconsejar su exclusión, en el sentido de que ya gozan de una relativa inmunidad en caso de insolvencia. En este sentido, veáanse, los arts. 142 III *Legge Fallimentare*, 245 *Código da insolvência* y L 333 - 1 *Code de la consommation*.

No creo que necesariamente deban ser excluidos los acreedores involuntarios, esto es, los acreedores de obligaciones indemnizatorias nacidas de la responsabilidad civil, como ocurre en distintos modelos comparados, § 302 *InsO* y arts. 142 *Legge Fallimentare*, 245 *Código da insolvência* y L 333 - 1 *Code de la consommation*. Entre nosotros estos créditos tienen la consideración de “créditos contra la masa” cuando nacen “después” de la declaración de concurso (art. 84. 10 LC) y con privilegio general los “anteriores” a la declaración de concurso (art. 91. 5 LC). Otra cosa es que merezcan un trato singular en el eventual plan de pagos previo a la liberación.

Me parece dudosa la exclusión de los “créditos por multas y demás sanciones pecuniarias” que se consideran en la Ley concursal créditos subordinados (art. 92. 4) y que están excluidos en varios sistemas concursales próximos, así el § 302 *InsO*, y los arts. 142 *Legge Fallimentare*, 245 *Código da insolvência* y L 333 - 1 *Code de la consommation*.

Es dudoso que deban excluirse también las pensiones compensatorias: debe evitarse que el concurso sea un expediente perverso para lograr su extinción, cuando su reducción puede obtenerse por su mecanismo propio (art. 100 CC, “modificaciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”).

Más dudas suscitan los créditos públicos (tributarios y de la Seguridad Social) aunque bien podría aceptarse la liberación íntegra (el privilegio general no se extiende a la cuantía total del crédito, art. 91. 4 LC). La duda deriva de que su cumplimiento satisface fines de interés general, aunque sería posible a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 58 / 2003, de 28 de diciembre, general tributaria, que permite la condonación de las deudas tributarias “sólo en virtud de Ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen” (pero para la Seguridad Social, art. 24 Real Decreto Legislativo 1 / 1994, de 20 de junio). Los modelos comparados nos ofrecen soluciones diversas: por la exclusión, el Derecho portugués (art. 245 *Código da insolvência*) y por la sujeción a la liberación, el francés (art. L 331 - 7 - 1 *Code de la consommation*).

La socialización del riesgo no se hace a costa del conjunto del sistema (como podría parcialmente articularse a través de fondos de garantía que pulverizaran el riesgo entre los concedentes profesionales de crédito) sino a costa de los acreedores insatisfechos después de la liquidación que pueden “o no” ser acreedores profesionales.

Subsistirán las garantías prestadas por terceros pese a la liberación del deudor garantizado. El acreedor sacrificado es el de “regreso” o “subrogación”. Debe optarse por una regla semejante a la prevista en el convenio para aquellos créditos que gocen de garantía prestada por terceros (art. 135. 1 LC) imprescindible para evitar la aplicación de los arts. 1143 y 1850 CC. Esta conclusión parece ser un lugar común. Así los *Principios de Derecho europeo de la Insolvencia* señalan expresamente en su 13. 2 I: “Esta liberación no afecta a los derechos de los acreedores frente a terceros”. También pueden verse el § 301 (2) *InsO* y los arts. 142 IV *Legge Fallimentare*, y L 331 - 7 - 1 *Code de la consommation*.

(iv) ¿Debe sujetarse la liberación definitiva al cumplimiento de un plan de pagos imperativo, además de, claro es, una liquidación del patrimonio del deudor previa a su concesión? En este punto debe decidirse si la liberación es consecuencia inmediata de la declaración judicial, o si se ordena un periodo de control en el que deben concurrir dos clases de conductas: por una parte, el cumplimiento de un plan de pagos imperativo (el fin del concurso es, sigue siendo, la satisfacción de los acreedores, y su incumplimiento acarreará la pérdida del beneficio) y, por otro

lado, el mantenimiento de la conducta que justifica el beneficio (si sobreviene el reproche, se revoca el beneficio).

Sin duda establecer un plan de pagos (del que también hay que fijar prudentemente un plazo de vigencia) supondrá costes significativos de administración en el control de la conducta del deudor que pueden no verse compensados con la satisfacción de los acreedores durante el tiempo de vigilancia, no en vano siempre están a salvo los bienes (e ingresos) inembargables.

Se vincula la liberación a la previa liquidación en el § 289 (3) *InsO* y a un plan de pagos o de reestructuración posterior a la conclusión del concurso (así, arts. 235 *Código da insolvência* y L 331 - 1 y ss. *Code de la consommation*). No creo muy sensato establecer un mínimo de satisfacción a los acreedores sacrificados, como establece el art. 142 *Legge Fallimentare*.

(v) ¿Qué supuestos deben concurrir para establecer la revocación del beneficio? Dependerá de si se establece o no un plan de pagos imperativo cuyo cumplimiento en el tiempo permita la liberación definitiva. Los motivos serán de dos clases: el incumplimiento del plan de pagos si lo hubiere (al igual que en el incumplimiento del convenio, art. 140 LC) y el reproche sobrevenido a la conducta del deudor (bien porque incurra en conductas inaceptables o bien porque incumpla obligaciones de colaboración en sentido amplio) durante el “periodo de vigilancia” que se establezca. Periodo cuya duración debe ser, por otro lado, razonablemente breve (si se persigue la nueva oportunidad) y que no debe impedir recuperar una cierta holgura patrimonial, esto es, debe haber un escalonamiento sucesivo en pos de una mayor liberación. Sobre este asunto, veáanse los §§ 296, 297, 298 y 300 *InsO* y en un sentido harto semejante, los arts. 243 y 246 *Código da insolvência*.

Cabe inspirarse para fijar un plazo en las normas sobre ficheros de solvencia patrimonial en que se considera el plazo de “seis años” como el máximo respecto al cual pueden incluirse datos sobre solvencia. Así el artículo 29. 4 LO 15 / 1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y 38. 1. b) del RD 1720 / 2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento que la desarrolla.

El periodo de control o vigilancia suscita algunas dificultades: en particular debe decidirse si se la sujeción a control se asegura sometiendo la iniciativa negocial del deudor a un tercero, al modo del curador en la prodigalidad (el deudor conserva su iniciativa negocial pero requiere la autorización o asentimiento del curador para su plena eficacia) o si el control se confía a los acreedores, que pueden solicitar en el caso de concurrir ciertos hechos la revocación o pérdida del beneficio.

También debe decidirse a quién se asignan los costes del control si éste es a través de un tercero (al margen del procedimiento para su designación y la publicidad, típicamente registral, del control, art. 755 LEC): si deben recaer sobre el patrimonio del propio deudor o son asumidos por las Administraciones públicas. Y, por último, qué hacer con las eventuales ejecuciones singulares que se promuevan durante el periodo de control o vigilancia o con los acuerdos que el deudor pueda adoptar con los acreedores sujetos al plan durante ese periodo (veáanse, § 289 *InsO* y art. 242 *Código da insolvência*).

Un complejo y detallado sistema de control *a posteriori* del deudor con la cesión de los ingresos a favor de un fiduciario puede verse en los §§ 287 *InsO* y art. 239 *Código da insolvência*; que obliga a disciplinar el régimen de su designación, funciones y retribución, así los §§ 288, 292 y 293 *InsO* y, en la senda del modelo alemán, los arts. 240 y 241 *Código da insolvência*

(vi) ¿A qué reglas debe someterse la solicitud y concesión del beneficio? En este punto lo más relevante es decidir la participación de los acreedores, que se manifestará en la posibilidad de objetar la concesión del beneficio, solicitar su revocación o pérdida y vigilar el cumplimiento del eventual plan de pagos.

No parece apropiado conservar los órganos comunes de articulación del poder de decisión de los acreedores, menos aún cuando el propósito principal del procedimiento consiste en la liberación de los créditos pendientes (más o menos total) y además es probable que sea completamente ineficaz y haya de asumir el concurso los costes de la articulación, los derivados de la inevitable dilación cuando se decide colegiadamente, los costes de una ordenada participación de los acreedores y los de información para la adopción de una decisión. Por tanto, parece preferible sustituirlo por una decisión judicial (semejante al juicio de legalidad y mérito de la aprobación del convenio, arts. 127 ss LC) que o bien se asiente en la audiencia

(y objeciones) de los acreedores afectados, o bien que quepa decidir al margen de las objeciones (ÁLVAREZ SAN JOSÉ: (2005), p. 483, autora que da noticia de los modelos alemán y estadounidense).

La obtención del beneficio con la necesaria solicitud previa del deudor, la participación o audiencia de los acreedores, del administrador concursal, la aprobación judicial y la posibilidad de que ésta pueda recurrirse, así como la eventual publicidad del hecho de la liberación, es un lugar común en los modelos que hemos considerado, así, los §§ 287 y 300 (3) *InsO*, arts. 237 y 247 *Código da insolvência*, 143 *Legge Fallimentare* y L 333 - 4 *Code de la consommation*.

(vii) La liberación de las deudas pendientes supone la “extinción” de tales créditos y es un beneficio para el deudor concernido, pero su pago ulterior, pese a tal liberación, es un pago válido, es una justa causa *solutionis* (art. 1901 *in fine* CC) al modo previsto para el pago de las deudas prescritas, en las que la prescripción se hace valer, como ventaja, por el deudor (arts. 1935 I y 1937 CC). Así expresamente el § 301 (3) *InsO*.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA VAQUÉS, Mar (2005): “El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación (art. 1 P1)”, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Javier GARCÍA ROCA / Pablo SANTOLAYA (coords.), CEPC, Madrid, pp. 767 - 800.

ALONSO LEDESMA, Carmen (2004): *Comentarios a la legislación concursal*, I, PULGAR EZQUERRA, Juana / ALONSO LEDESMA, Carmen / ALONSO UREBA, Alberto / ALCOVER GARAU, Guillermo (dirs.), Dykinson, Madrid, *sub* artículo 92.

-(2009): “Endeudamiento del consumidor e insolvencia del consumidor: propuestas de regulación en el procedimiento concursal”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, CUENA CASAS, Matilde / COLINO MEDIAVILLA, José Luis (coords.), Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 459 - 468.

ÁLVAREZ RUBIO, Julio (2008): “Algunas reflexiones en torno a la reforma del *fresh start* del consumidor en USA”, *ADCo* 14, pp. 233 - 259.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María (2005): *El poder de decisión de los acreedores en el concurso*, Thomson Cívitas, Madrid.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo (2008): “La subordinación en el concurso de los créditos de las personas especialmente relacionadas”, *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, a cura di SARACINA, Antonio / GARCÍA - CRUCES, José Antonio, Cacucci Editori, Bari, pp. 159 - 182.

BADOSA COLL, Ferran (1990): *Dret d'obligacions*, Barcanova, Barcelona.

BELTRÁN, Emilio (2009): “El concurso de acreedores del consumidor”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, CUENA CASAS, Matilde / COLINO MEDIÁVILLA, José Luis (coords.), Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 119 - 142.

CARRASCO PERERA, Ángel (2009): *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Cívitas Thomson Reuters, Madrid, 3.^a edición.

CERDÁ ALBERO, Fernando / SANCHO GARGALLO, Ignacio (2001): *Quiebras y Suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, La Caixa, Barcelona.

COLINO MEDIÁVILLA, José Luis (2005): “Concurso del consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario AJMer, 3, Barcelona, 29 de diciembre de 2004)”, *RCP* 3, pp. 209 - 251.

- (2007): “Concurso del consumidor”, *Convergencias y paralelismos en el Derecho de sociedades y en el Derecho concursal en el marco Estados Unidos – Unión Europea. III Seminario Harvard – Complutense de Derecho de los negocios*, SÁNCHEZ - CALERO, Juan (coord.), Marcial Pons, 2007, pp. 375 - 388.

- (2009 a): “Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: ¿procedimiento colectivo extrajudicial, preconcursal, procedimiento colectivo preventivo, o procedimiento concursal especial”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, CUENA CASAS, Matilde / COLINO MEDIÁVILLA, José Luis (coords.), Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 429 - 457.

- (2009 b): “Las implicaciones del concurso de consumidor para el mercado

- financiero”, *Implicaciones financieras en la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto - Ley 3 / 2009, de 27 de marzo*, ALONSO UREBA, Alberto / PULGAR EZQUERRA, Juana (dirs.), La Ley, Madrid, pp. 591 - 618.
- CUENA CASAS, Matilde (2009): “Algunas deficiencias de la Ley concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Aranzadi Civil* 7.
- DÍEZ - PICAZO, Luis M.^a (2008): *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Cívitas, Madrid, 3.^a edición.
- FERNÁNDEZ CARRON, Clara (2008): *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María (2008): “Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal”, *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, TOMILLO URBINA, Jorge (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coord.), Thomson Cívitas, Madrid, pp. 258 - 282.
- FERRÉ FALCÓN, Juan (2006 a): *Los créditos subordinados*, Thomson Cívitas, Madrid.
- (2006 b): “La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán)”, *ADCo* 7, pp. 205 - 226.
- FRASCAROLI SANTI, Elena (2008): “L’esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o una esigenza del mercato?”, *Dir Fall* 1, pp. 34 - 52.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1987): “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración”, *Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albiñana García - Quintana*, I, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, pp. 121 - 151.
- GARCÍA GOYENA, Florencio / AGUIRRE, Joaquín (1842): *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos*, VI, Roix, Madrid.

GARRIDO, José María (2006): *Comentarios de la Ley concursal*, I, ROJO, Ángel / BELTRÁN, Emilio (dirs.), Thomson Cívitas, Madrid, *sub* artículo 92.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

GOZALO LÓPEZ, Vicente (2008): “La protección de los consumidores en el procedimiento concursal”, *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, TOMILLO URBINA, Jorge (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coord.), Thomson Cívitas, Madrid, pp. 283 - 297.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1993): *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 2.^a edición, *sub* art. 1911 CC.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo (2009): *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

KILBORN, Jason J. (2007): *Comparative Consumer Bankruptcy*, Carolina Academia Press, Durham.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel Ángel (2004): “La prevención del sobreendeudamiento en la propuesta de Directiva sobre crédito a los consumidores”, *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais - Auloy*, Dalloz, pp. 621 - 649.

Los problemas de la Ley concursal. I Congreso español de Derecho de la Insolvencia (Gijón, 16 a 18 de abril de 2009), BELTRÁN, Emilio / PRENDES, Pedro (dirs.), Cívitas Thomson Reuters, Madrid, 2009.

MCBRYDE, William W. / FLESSNER, Axel / KORTMANN, Sebastian C. J. J. (eds.) (2003): *Principles of European Insolvency Law*, Kluwer Legal Publishers.

- NIEMI - KIESILÄINEN, Johanna / RAMSAY, Iain / WHITFORD, William C. (eds.) (2003): *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Hart Publishing, Oxford - Portland.
- (2009): *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives*, NIEMI - KIESILÄINEN, Johanna / RAMSAY, Iain / C. WHITFORD, William (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.
- PANTALEÓN, Fernando (2004): “De la clasificación de los créditos”, *Comentarios a la Ley concursal*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis / SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M.^a (coords.), Marcial Pons, Madrid / Barcelona, pp. 501 - 540.
- PAZ - ARES, Cándido / ALFARO ÁGUILA - REAL, Jesús (2003): “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez - Picazo*, IV, Thomson Cívitas, Madrid, pp. 5971 - 6040.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades* 8, pp. 429 - 468.
- PULGAR EZQUERRA, Juana (2008) “Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar”, RCP 9, pp. 43 - 73.
- (2009) “El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores”, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, CUENA CASAS, Matilde / COLINO MEDIÁVILLA, José Luis (coords.), Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 63 - 101.
- QUINTANA CARLO, Ignacio (2005): “El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, 2, Unicaja / Cajasur / Marcial Pons, Madrid / Barcelona, pp. 2255 - 2271.

- ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, Ángel (2008): “Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas”, *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, TOMILLO URBINA, Jorge (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coord.), Thomson Cívitas, Madrid, pp. 251 - 255.
- RUBIO VICENTE, Pedro J. (2007): “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”, RCP 6, pp. 133 - 167.
- SCARSELLI, Giuliano (2007): “La esdebitazione della nuova legge fallimentare”, *Dir Fall* 1, pp. 29 - 42.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús (2003): *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Comares, Granada.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (2008): “Tres años de Ley concursal: temas de reforma”, RCP 8, pp. 113 - 132.
- ZABALETA DÍAZ, Marta (2005): “La condonación de deudas pendientes en el Derecho concursal alemán”, *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, 1, Unicaja / Cajasur / Marcial Pons, Madrid / Barcelona, pp. 885 - 914.