

ENDEUDAMIENTO E INSOLVENCIA FAMILIARES: DIAGNÓSTICO DE UN PROBLEMA ANTE LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

MARÍA ISABEL ÁLVAREZ VEGA

*Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

Extracto:

Con el presente trabajo se pretende abordar jurídicamente el creciente problema del endeudamiento e insolvencia de los hogares españoles y de los miembros que los integran. Su aproximación se puede hacer tratando la problemática del único sujeto que contempla el ordenamiento jurídico que le es afín: el consumidor, el cual puede ser únicamente definido desde un punto de vista negativo: el que actúa al margen de una actividad empresarial o industrial, y, además (en relación al ámbito subjetivo de estudio), quien no es una persona jurídica. Después de acotar jurídicamente los conceptos que se utilizan, es preciso aludir a los distintos modelos en Derecho comparado para el tratamiento jurídico del endeudamiento e insolvencia del consumidor, y por ende, de su familia. Ello contrasta con la realidad española que, pese a algunos intentos frustrados, carece de una regulación ad hoc para abordar este grave problema. La carencia en el ordenamiento jurídico español de un procedimiento extrajudicial preconcursal para el tratamiento mencionado obliga, no sólo al análisis particular del procedimiento concursal como el único colectivo existente en la actualidad, sino también a la propuesta *lege ferenda* de medidas que contribuyan a solucionar la problemática de la persona física no comerciante (consumidor) que concursa. Máxime después del anuncio realizado por el Gobierno, con ocasión de la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, de impulsar una modificación integral de la Ley Concursal (LC) que pretenda incluir el tratamiento específico del sobreendeudamiento de los consumidores y de sus familias.

Palabras clave: endeudamiento, insolvencia, familia, consumidores, reforma concursal.

DEBT AND INSOLVENCY IN FAMILIES: PROBLEM DIAGNOSIS UNDER THE BANKRUPTCY ACT REFORM

MARÍA ISABEL ÁLVAREZ VEGA

*Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

Abstract:

THE present work addresses legally the growing problem of debt and insolvency of Spanish households and their membership. Its approach can be done by tackling the problematic of a similar agent in applicable legislation: the consumer, which only can be set neither operating as a business or industrial activity, nor (subjectively) as a firm. After framing common legal concepts it would be essential compare different legal models in indebtedness and insolvency of consumer, and thus his family. This contrasts with the Spanish reality that, despite some unsuccessful attempts, no ad hoc regulation addresses this serious problem. Lack in Spanish legislation of a previous off court procedure requires not only the specific analysis of bankruptcy proceedings with the current existing collective, but the proposal lege ferenda of measures to help solving the problems of broken consumers. Especially after the announcement by the Government, enacting Law 3/2009, of 27 March, tackling urgent measures in taxation, financial and bankruptcy to change economic situation, a comprehensive amendment of bankruptcy act is promoted which seeks to address the specific treatment of over-indebtedness for consumers and their families.

Keywords: household indebtedness and insolvency, consumers, bankruptcy reform.

Sumario

1. Introducción.
2. Los sujetos sobreendeudados: ¿particulares, familias, personas físicas o consumidores?
3. Sobreendeudamiento e insolvencia.
4. Las distintas respuestas legislativas a la gestión y liquidación de las deudas de los consumidores.
 - A) Diversidad paradigmática.
 - B) El modelo *fresh start* o «volver a empezar».
 - C) Dos modelos de Derecho europeo.
 - a) El modelo francés: le surendettement des particuliers.
 - b) El modelo alemán: Verbraucherinsolvenzverfahren y Restschuldbefreiung.
5. Los intentos frustrados de regulación en el Derecho español.
6. La opción de la Ley 22/2003, Concursal (LC) frente a la insolvencia de los consumidores.
 - A) La reforma parcial de la Ley Concursal por Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, y el anuncio de reforma integral.
 - B) Consumidor y concurso: indiferencia de la condición de consumidor en el deudor insolvente.
 - C) La regularidad en el cumplimiento como aproximación de los estados de sobreendeudamiento e insolvencia.
 - D) El privilegio comercial.

- E) La reiterada (e injusta) desconfianza del legislador frente al entorno familiar del deudor.
 - a) Acciones de reintegración.
 - b) Subordinación de créditos.
 - F) Los elevados costes temporal y económico del concurso. La insuficiencia del procedimiento abreviado. Las nuevas medidas propuestas.
7. Propuestas *lege ferenda* para una futura reforma en el tratamiento de la insolvencia del consumidor.
- A) Favorecer el convenio o «plan de viabilidad» frente a la liquidación.
 - B) Necesaria armonización entre ejecución individual y colectiva. Una propuesta de «patrimonio familiar inembargable».
 - C) Los límites a la sujeción temporal indefinida del deudor ejecutado: la liberación de deudas.

1. INTRODUCCIÓN

Según las estadísticas del año 2009 del Instituto Nacional de Estadística, el número de deudores concursados ascendió a un total de 5.922 lo que supone un aumento del 79,6 por 100 en tasa de variación interanual respecto a 2008. De éstos, 938 eran personas físicas sin actividad empresarial, lo que supone un aumento del 132,2 por 100 en tasa de variación interanual ¹. Se confirman así los peores augurios en el sentido de que el transcurso del tiempo ha permitido hacer una valoración más ajustada (y en sentido negativo) sobre la realidad concursal de la persona física no comerciante, comprobando la consolidación de la tendencia iniciada hace algunos años, como ha ocurrido en algunos países de nuestro entorno ².

2. LOS SUJETOS SOBREENDEUDADOS: ¿PARTICULARES, FAMILIAS, PERSONAS FÍSICAS O CONSUMIDORES?

Las categorías mediante las que se quiere indicar la existencia de sujetos con problemas de sobreendeudamiento e insolvencia son, en algunos casos, de naturaleza jurídica, pero en otros, lo son de naturaleza socioeconómica: se habla de familias, hogares, economías domésticas, particulares, personas naturales o físicas y también, por supuesto, de consumidores ³. Es obvio que una familia no

¹ Datos disponibles en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0409.pdf>.

² Pese a las afirmaciones realizadas no hace mucho por CUGAT MAURI, M., «La sorprendente novedad de la quiebra del particular», *La Ley*, núm. 6.248, 9 de mayo 2005, págs. 1.552-1.554, que alegaba que los concursos de particulares no iban a proliferar tanto como algunos vaticinaban a partir del Auto del Juzgado número 3 de Barcelona, emitido con fecha 29 de diciembre de 2004, al no ser el concurso del particular beneficioso para el deudor, la realidad ha demostrado la tendencia opuesta.

³ A título ilustrativo, se puede comprobar la distinta terminología utilizada por la doctrina: *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores», en *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, I.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.; BONET NAVARRO, Á., (dirs.), ed. Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 17-34; CONFEDERACIONES ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES DE AMAS DE CASA, CONSUMIDORES Y USUARIOS, «Los españoles y el sobreendeudamiento. La información sobre productos de créditos», *Los cuadernos de CEACCU*, núm. 1, 2003, págs. 1-42; COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso

puede, entre otras cosas, concursar (quebrar), básicamente, porque no tiene la personalidad jurídica exigida por el artículo 2.º de la Ley 22/2003, Concursal⁴. Sin embargo, la delimitación jurídica del sujeto sobreendeudado plantea grandes dificultades y se hace necesario acudir a las ciencias sociales para la búsqueda de instrumentos útiles que faciliten su análisis jurídico o su delimitación conceptual⁵. Entre estos conceptos, resalta el de consumidor.

voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, págs. 209-251; CUGAT MAURI, M., «La sorprendente novedad de la quiebra del particular», *La Ley*, núm. 6248, 9 de mayo 2005, págs. 1.552-1.554; CUENA CASAS, M., «Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 762, 2008, disponible en <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/762/opinion/insolvencias-familiares-ante-situaciones-de-crisis-economica-una-asignatura-pendiente-de-la-ley-concursal>; FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA, J. (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.), ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 257-282; FERRÉ, J., «La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de Derecho alemán)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 7/2006, págs. 205-226; GOZALO LÓPEZ, V., «La protección de los consumidores en el procedimiento concursal», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA, J. (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.), ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 283-297; GROSS, K., «La insolvencia de los consumidores en el Derecho de los Estados Unidos», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA, J. (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.), ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 229-236; ILLESCAS ORTIZ, R., «La persona física concursada», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. II, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 1.989-2.004; NIEMI-KIESILÄINEN, J., «Estudio comparativo de la quiebra del consumidor: ¿remedio para un fallo del mercado o un problema social?», *Documentos de la Asociación Hipotecaria Española*. Traducción privada de la Asociación Hipotecaria Española, 1999, págs. 474-502; NIGRO, A., «La insolvencia de las familias en el Derecho italiano», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA, J. (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.), ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 221-227; PEÑAS MOYANO, B., «Concurso de consumidores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs. 229-246; QUINTANA CARLO, I., «El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. II, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 2.255-2.271; ROCA, E., «El concurso del deudor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2004, págs. 1.079-1.098; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas», ob. cit.; TRUJILLO DIEZ, I. J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, disponible en www.ecri.be/media/retail_finance-papers/Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf; *ibidem*, *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ed. Comares, Granada, 2003; TUSQUETS TRIAS DE BES, F., «El sobreendeutament dels consumidors. Aspectes jurídics», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2005, págs. 169-178; ZABALETA DÍAZ, M., «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs. 217-228. *Vid.* también el monográfico coordinado por CUENA CASAS, M., COLINO MEDIAVILLA, J.L., *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009.

⁴ En la prensa escrita es frecuente encontrar noticias como: «Quiebras de andar por casa», publicado en el Diario *La Nueva España*, el día 5 de noviembre de 2008, pág. 44; «El endeudamiento de las familias por la compra de una vivienda aumentó un 26 por 100 hasta octubre», en *Periodistadigital.com*, de 23 de diciembre de 2005; TOMILLO URBINA, J., «El sobreendeudamiento de los consumidores en Europa», *El Diario Montañés*, de 23 de agosto de 2008. Destaca la apreciación que hace COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», ob. cit., pág. 218, cuando al comentar este auto del Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona, que tanta repercusión mediática tuvo, indica lo siguiente: «La utilización de los términos "particulares" y "hogares" en la información que se ha divulgado sobre el caso tiene una significación diferente. Hace referencia al hecho de que las personas físicas que han solicitado el concurso no son empresarios ni profesionales, por lo que pueden calificarse como consumidores», afirmación perfectamente extensible a los sujetos del sobreendeudamiento.

⁵ Sobre las otras connotaciones del sobreendeudamiento de los consumidores, *vid.* GARCÉS PRIETO, J. y SALCEDO AZNAL, A., «Aspectos económicos, sociales y psicológicos del endeudamiento de los consumidores españoles», *Estudios sobre Consumo*, núm. 83, 2008, págs. 9-26.

Ciertamente, el actual Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRDCU) ⁶ ha unificado, en gran medida, el concepto de consumidor y lo ha hecho a partir de su actuación ajena a la actividad empresarial, al definir el consumidor como «(...) toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada» (art. 4.º 1). Pero también es cierto que sigue incluyendo en su ámbito a las personas jurídicas, cuya presencia como consumidores en el mercado no es habitual (lo que supuso en su día una novedad en el marco del Derecho comparado y comunitario) ⁷ y que, sectorialmente, es frecuente circunscribir el concepto de consumidor a las personas físicas ⁸. Esta conclusión general necesita de algunos comentarios.

1. La dificultad de delimitar el término consumidor ha llevado a parte de la doctrina a la huida del mismo en pro del de acto de consumo, entendido como «aquel que permite obtener un bien o un servicio con vistas a satisfacer una necesidad determinada». Esta teoría apunta a que la cualidad de las partes es menos relevante que la naturaleza jurídica del contrato o acto de consumo. Desde este punto de vista, el consumidor no presupone un *status* jurídico permanente, sino que la calificación del mismo como tal le sería atribuida a quien actuara de una determinada forma y con relación exclusivamente a dicha actuación. Esta teoría se ha basado en la postulada por el Profesor Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quien ha abogado por un concepto amplio de consumidor al entender que, cuando la norma trata de proteger a la salud de la persona, la noción de consumidor se equipara con la de persona física, pero en otros supuestos, cuando la norma se dicta para regular los abusos de posición dominante en el mercado, la protección gira en torno a la desigualdad económica de los consumidores ⁹.
2. En relación al mercado hipotecario, se ha dicho que los bienes inmuebles no son bienes de consumo y, por lo tanto, los sujetos que los detentan tampoco pueden ser considerados consumidores en ningún caso ¹⁰. Esta opinión se basa en el mismo concepto de producto de

⁶ BOE núm. 287, de 30 de noviembre.

⁷ Llama la atención que alguna legislación sectorial posterior al TRDCU incluya un concepto idéntico a la LGDCU y no remita a la norma refundidora, por lo que alude al destinatario final y no a su actuación «en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional». Así ocurre, la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución del Precio, en su artículo 1.º 3. Procede recordar que el TRDCU es de 16 de noviembre de 2007, publicado en el BOE de 30 de noviembre y la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, fue publicada en el BOE de 14 de diciembre.

⁸ En este sentido, *vid.* la LCC que en su artículo 1.º 2 se refiere a las personas físicas pero no a las personas jurídicas, tal y como se contiene en el TRDCU; artículo 5.º 1 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

⁹ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios Jurídicos para la Protección Jurídica de los Consumidores*, ob. cit., pág. 110. *Vid.* también TOMILLO URBINA, J., «El sobreendeudamiento de los consumidores en Europa», ob. cit., pág. 1, quien afirma una relación subyacente entre las distintas nociones legales existentes, que hace aflorar un sujeto jurídico susceptible de ser protegido por el ordenamiento jurídico, y que viene delimitado por la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o domésticas.

¹⁰ De hecho, en la estadística realizada por el Instituto Nacional de Consumo sobre Presupuestos Familiares relativa al año 2006, excluye la compra de vivienda como gasto de consumo, disponible en <http://www.ine.es/prensa/np474.pdf>.

consumo, actualmente recogido en el artículo 6 del TRDCU como: «(...) todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil», y, por lo tanto, todos los bienes muebles susceptibles de apropiación y, en general, todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos. Sin embargo, no es menos cierto, que el propio TRDCU, al definir el concepto de producto, determina que lo hace «a los efectos de esta norma» y reconoce, incluso, la excepción en el propio texto, en relación a la definición de producto defectuoso a los efectos de responsabilidad civil del fabricante importador¹¹. Pero sobre todo, el propio TRDCU destina un artículo de su parte dispositiva a regular la «Documentación complementaria en la compraventa de viviendas»¹² y, desde cualquier punto de vista, una vivienda no es un bien mueble, a no ser que se trate de un automóvil o tienda de campaña que sirvan a esos fines. Por lo tanto, no es posible compartir la opinión de los que establecen el carácter de consumidor en función de la naturaleza del bien detentado sino que, como se ha indicado, hay que detenerse en el carácter de destinatario final del que detenta el bien (como establecía principalmente la LGDCU) o bien en el carácter no empresarial o profesional del que consume (principalmente el TRDCU). Este problema no tiene tintes únicamente sociológicos y no puede ser eliminado sin más del Derecho de consumo, afirmando que el titular de un bien inmueble gravado con una hipoteca no es consumidor. Al máximo, podría estar excluido del ámbito de aplicación del TRDCU, pero no de la realidad del sobreendeudamiento y de los sujetos que lo sufren, que son los temas que aquí interesan¹³. Se hace entonces inevitable aludir a las medidas adoptadas en el mercado hipotecario relativas a las personas físicas titulares de un bien inmueble –su vivienda– gravada con una hipoteca¹⁴. En apología de esta teoría, acude toda la legislación europea –que ya existe o se está gestando– sobre mercado hipotecario, la cual alude sin reservas «al consumidor» como sujeto destinatario susceptible de protección.

3. Tampoco desde un punto de vista jurídico, el cliente bancario se identifica con el concepto de consumidor, siendo aquél un concepto más amplio al referirse a cualquier persona, física o jurídica, que contrata con la entidad bancaria. Sin embargo, existe toda una corriente normativa de defensa de la clientela, nacida a raíz de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre

¹¹ El artículo 136 del TRDCU preceptúa: «A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad».

¹² Según el artículo 64 del TRDCU: «En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta norma, se facilitará además la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación».

¹³ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas», ob. cit., pág. 253, quien se hace consciente de este desdoblamiento provocado por la definición legal de producto de consumo. Por tal razón, distingue dos clases básicas de sobreendeudamiento. Aludiendo, en primer lugar, al sobreendeudamiento hipotecario: «Es decir, la imposibilidad de amortizar préstamos o créditos garantizados con bienes inmuebles. Este fenómeno forma parte de la realidad de numerosos países, y plantea problemas muy delicados. Las dificultades surgen a raíz del denominado apuramiento de la hipoteca, fenómeno sociológico vivido en los últimos años (...) El deudor hipotecario está siempre en el filo de la navaja, y cualquier modificación de su capacidad financiera afecta sin duda a los pagos debidos. La cuestión que esto plantea es –más allá de la consideración o no de los bienes inmuebles como bienes de consumo– si los poderes públicos están dispuestos a afrontar esta realidad regulando también el sobreendeudamiento hipotecario, con los costes y riesgos que ese planteamiento político conlleva».

¹⁴ La inclusión de la deuda hipotecaria como deuda de consumo es puesta de manifiesto por CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, en su Dictamen sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» de fecha 25 de octubre de 2007 (DO núm. C. 44 de 16 de febrero de 2008), pág. 77.

Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que ha dispensado al cliente consumidor una protección más acusada, incluso, que la legislación específica consumerista.

4. La legislación concursal, como se verá, no contempla como sujeto al consumidor (no a su familia, por supuesto) sino a la persona física o natural, empresaria o no (aparte, por supuesto, de la persona jurídica). Sin embargo, el sujeto concursal objeto de análisis puede concurrir desde una delimitación negativa con el de consumidor.

Los modelos de Derecho comparado tienen en común, precisamente, la nota de la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional de sus destinatarios, aunque no se aluda siempre directamente al término consumidor. Concretamente, los EE. UU. aprobaron la norma *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act 2005* (BAPCPA)¹⁵ y, con ella, las modificaciones más radicales a la normativa de insolvencia, representada por el *U.S Bankruptcy Code* de 1978. Se trata de legislación concursal y se basa en la facultad de elección del deudor consumidor (no empresario) de dos procedimientos: si el deudor quiere empezar de cero, tiene la posibilidad de ceder sus bienes no exentos y hacerlo sin deudas a «sus espaldas» (*chapter 7*). Si pretende conservar sus bienes, también puede empezar de nuevo, si bien ello queda condicionado a la realización del plan de pagos convenido durante tres años (*chapter 13*).

La legislación francesa ha adoptado la expresión *Surendettement des particuliers*, introducida por la Ley de 31 de diciembre de 1989, *Relative a la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*, que entró en vigor el 1 de marzo de 1990¹⁶. Sin embargo, la materia ha sido introducida en el *Code de la Consommation*, lo que significa en realidad, que el concepto de particular revierte en la idea del consumidor¹⁷. Los principales destinatarios de las medidas de lucha contra el sobreendeudamiento son las personas físicas no empresarios o aquellas cuya principal fuente de deuda es el compromiso de garantía contraído para el pago de deudas profesionales, siempre que el interesado no se beneficie directamente de la actividad profesional que genera la deuda garantizada, además, ha de tratarse de un deudor de buena fe¹⁸.

El tratamiento del sobreendeudamiento de las personas físicas en el Derecho alemán no se contempla en el marco del Derecho del consumo, sino en el del régimen concursal: *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 (*InsO*)¹⁹. En su regulación se incluye el régimen del concurso de los con-

¹⁵ *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*. Pub. L. núm. 109-8, 119 Stat. 23.

¹⁶ La *Loi 89-1010*, de 31 de diciembre de 1989, *Relative a la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*, más conocida como *Loi Neirez* –por ser éste el apellido de su promotor, el secretario de Estado de Consumo francés–, fue incorporada al *Code de la Consommation* en 1993, como artículos L331-1 a L333-8.

¹⁷ Así lo ve también, TRUJILLO DIEZ, I.J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., pág. 5.

¹⁸ El artículo L330-1 *Code de la Consommation* dice «*La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci*».

¹⁹ *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 (*InsO*) (BGBl 1994, núm. 70, de 18 de octubre de 1994). Entrada en vigor el 1 de enero de 1999.

sumidores (*Verbraucherinsolvenzverfahren*) y la condonación de deuda (*Restschuldbefreiung*)²⁰. En realidad, la denominación de concurso de consumidor no es exacta, ya que no se maneja el concepto de consumidor propio del Derecho del consumo, pudiéndose acoger a este procedimiento de insolvencia simplificado incluso pequeños empresarios. Desde un punto de vista subjetivo, las normas sobre el procedimiento de insolvencia del consumidor están dispuestas para personas naturales (no jurídicas) que no ejercitan ninguna actividad económica autónomamente o que si lo hacen, no tiene carácter significativo, al no requerir establecimiento comercial dispuesto en sentido mercantil, por lo que el sujeto viene determinado desde un punto de vista negativo. De este modo, vienen incluidos no sólo los funcionarios, los trabajadores, los desempleados o los pensionistas, sino también, los agricultores, artesanos, profesionales liberales o los pequeños comerciantes que no se sirven, o lo hagan sólo limitadamente, de auxiliares o empleados para el desarrollo de su actividad o que, en general, dependen más de su trabajo personal autónomo que de la función empresarial de ordenación de factores productivos²¹.

En todo caso, ambas legislaciones europeas coinciden en la exclusión de las personas jurídicas, aunque adoptan un concepto muy amplio de consumidor insolvente o sobreendeudado, cuyas deudas son mayoritariamente no profesionales (Francia) o no tienen una actividad económica, al menos significativa (Alemania). Ni siquiera la legislación francesa exige que las deudas provengan de actos de consumo realizados frente a un empresario, pues acoge en su ámbito de aplicación también a las deudas nacidas «entre consumidores» (sólo se excluyen en Francia las deudas profesionales, las tributarias y las contraídas frente a la Seguridad Social).

Según lo expuesto, y a los efectos que aquí importan, no es posible la delimitación del sujeto de sobreendeudamiento partiendo únicamente de su cualidad subjetiva, ya que no se pretende proteger a un sujeto en concreto sino a quien ostenta una determinada posición y situación en el mercado. Únicamente es posible, en este apartado, acotarlo jurídicamente como aquella/s persona/s natural/es que obtiene/n un bien o servicio para satisfacer sus necesidades actuando al margen de una actividad empresarial o profesional. Encajaría perfectamente en el concepto actualizado de consumidor del TRDCU, sino fuera por la exclusión de las personas jurídicas, asemejándose más a cierta legislación sectorial de consumo como es, por ejemplo, la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo²². Desde este punto

²⁰ §§ 304 a 314 y 286 a 303 *InsO*, respectivamente.

²¹ Con un ámbito subjetivo aún más amplio, la legislación concursal alemana permite solicitar la liberación del resto de la deuda (*Restschuldbefreiung*) a cualquier persona física o natural (aunque sea un gran empresario), ya esté sujeta al procedimiento común de insolvencia o al simplificado de los consumidores, con exclusión sólo de las personas jurídicas. Mediante esta institución se permite que, una vez concluido el procedimiento de insolvencia sin la satisfacción completa de los acreedores, ceda el deudor la parte embargable de sus ingresos a un fiduciario (*Treuhänder*) para que éste vaya pagando a los acreedores (§ 286 *Insolvenzordnung*).

²² La exclusión tiene su fundamento, básicamente, en que las personas jurídicas «No son entes susceptibles de sufrir problemas de crisis económicas que puedan llegar a poner en peligro el futuro financiero del hogar». Cfr. PEÑAS MOYANO, B., «Concurso de consumidores», ob. cit., pág. 233. Vid. también, FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., pág. 20, nota a pie núm. 12, quien estima asimismo, como la definición más ajustada de sujeto del sobreendeudamiento (que la autora equipara a la insolvencia), la comprendida en la LCC y no las generales de la LGDCU o la actual del TRDCU, por entender que estas leyes, que vienen básicamente a desarrollar el mandato constitucional relativo a la defensa de los consumidores recogido en el artículo 51 de la Constitución Española –que se centra principalmente en el reconocimiento como derecho fundamental a los consumidores del derecho a la seguridad, salud y legítimos intereses económicos y que incide en la promoción por parte de los poderes públicos de la información

de vista, se justifica la asimilación que en muchas ocasiones, como se ha indicado, se realiza de los «consumidores» y de otras categorías (familias, hogares, personas naturales o particulares) en el ánimo de que integre a todos aquellos que realizan un acto de consumo para la satisfacción de necesidades privadas y que por tal, pueden resultar sobreendeudados. Resta ahora abordar el concepto de sobreendeudamiento para delimitar correctamente los sujetos susceptibles de protección.

3. SOBREENDEUDAMIENTO E INSOLVENCIA

El término sobreendeudamiento es un neologismo construido a partir del prefijo «sobre» que, entre otros significados, indica acumulación²³, y del término «endeudamiento» que se asimila a deudas contraídas²⁴. De esta manera, por sobreendeudamiento puede comprenderse aquella situación que denota un exceso de endeudamiento o un endeudamiento excesivo²⁵ y que viene utilizándose normalmente, no sólo en España, sino en los países de nuestro entorno, para identificar las situaciones por las que atraviesan ciertas personas y que les imposibilitan para pagar el conjunto de sus deudas de forma duradera o les exponen a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles²⁶.

Sin embargo, no puede aportarse por nuestro sistema una noción jurídica del fenómeno de que se trata, a diferencia de lo que ocurre en muchos Estados europeos; si bien, hay que reconocer que los términos precisos de esta noción difieren considerablemente en cada Estado miembro y su defi-

y educación de los consumidores— no hace referencia, en ninguno de sus preceptos, a la protección del consumidor sobreendeudado.

- ²³ Según el Diccionario de la Real Academia Española, la preposición «sobre» en una de sus acepciones «Precedida y seguida de un mismo sustantivo, denota idea de reiteración o acumulación».
- ²⁴ El Diccionario de la Real Academia Española recoge dos acepciones de endeudamiento: «1. Acción y efecto de endeudarse. 2. Conjunto de obligaciones de pago contraídas por una nación, empresa o persona». *Vid.* también FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., pág. 18.
- ²⁵ Al respecto, me remito a las obras jurídicas mencionadas con anterioridad realizadas por juristas interesados y formados sobre la misma, baste como ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores», ob. cit., págs. 17-34; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas», ob. cit., págs. 251-255; o el propio enunciado de la obra de TRUJILLO DíEZ, I.J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit.
- ²⁶ Es la definición de REIFNER U., KIESLILAINE, J., HULS, N., SPRINGENEER, H., *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union, Final Report to the Commission of the European Communities*, septiembre 2003, pág. 18, «Consumer overindebtedness is a situation in which consumers will definitely not be able to meet their financial obligation in the near future», donde, además, se distancia el concepto del de insolvencia o bancarota, «It is distinct from the legal term of insolvency or «bankruptcy», which is defined from the creditors' view as the impossibility of realising receivables because of a negative debt to assets ratio and a lack of liquidity», *vid.* también pág. 19. En la misma línea, *vid.* ORC MACRO, *Study of the Problem of Consumer Indebtedness: Statistical Aspects (contract núm. B5-1000/00/000197)* elaborado para la Dirección General de la Salud y Protección de los Consumidores. Comisión Europea, disponible en, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/fin_serv/cons_directive/fin_serv06_en.pdf, pág. 45, «A person is considered overindebted when he or she is objectively unable to pay, that is to say his or her income, after deduction of living expenses is not longer sufficient to meet the repayment of debts as they fall due».

nición a nivel europeo está todavía pendiente²⁷. Por eso, se acogen con satisfacción las recientes iniciativas de la Comisión Europea de encargar estudios con este fin²⁸.

²⁷ El concepto de sobreendeudamiento que subyace a las más variadas iniciativas reguladoras se deriva esencialmente de las disposiciones jurídicas que fijan las condiciones de acceso a cualquier procedimiento de reestructuración del pasivo, de tipo tanto judicial como extrajudicial. Así pues, por ejemplo, el Derecho francés admite el acceso a los deudores de buena fe que se vean en «la imposibilidad manifiesta de hacer frente al conjunto de sus deudas profesionales vencidas o a vencer» (art. L331-2 del *Code de la Consommation*. En el Derecho alemán, lo que se define como incapacidad de pago actual o previsible (*Zahlungsunfähigkeit*), no es el sobreseimiento, sino la insolvencia, siendo ésta la causa general de la apertura del procedimiento en Alemania (§§ 18 *InsO*), entendiéndose que existe incapacidad de pago cuando el deudor no se halla en la situación de cumplir una obligación de pago vencida. Curiosamente, la *Insolvenzordnung* sí emplea el término «sobreendeudamiento» (*Überschuldung*), pero lo reserva como causa añadida de apertura del procedimiento de insolvencia para las personas jurídicas que padezcan un desbalance, esto es, que no dispongan de un patrimonio activo suficiente como para cubrir sus deudas, aunque ello no se haya traducido en una incapacidad de pago. Sin embargo, otros países se limitan a definir un conjunto de requisitos procedimentales y personales para el acceso a los regímenes que abordan el sobreendeudamiento, sin arriesgarse a dar una definición de esta figura. Es el caso del Derecho belga (Ley de 5 de julio de 1998, modificada por la Ley de 19 de abril de 2002) y del Derecho norteamericano (*Bankruptcy Code, revisado por Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act 2005*). El más reciente es el realizado por OBSERVATOIRE DE L' EPARGNE EUROPEENE; CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; UNIVERSITY OF BRISTOL, PERSONAL FINANCE RESEARCH CENTRE, *Towards a common operacional european definiton of over-indebteness*, febrero de 2008, financiado por la Comisión Europea, DG Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades. Sus conclusiones deben aún ser tenidas en consideración por la Comisión Europea.

²⁸ El más reciente es el realizado por OBSERVATOIRE DE L' EPARGNE EUROPEENE; CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; UNIVERSITY OF BRISTOL, PERSONAL FINANCE RESEARCH CENTRE, *Towards a common operacional european definiton of over-indebteness*, febrero de 2008, financiado por la Comisión Europea, DG Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades. Sus conclusiones deben aún ser tenidas en consideración por la Comisión Europea. El Diccionario de la Real Academia Española recoge dos acepciones de endeudamiento: «1. Acción y efecto de endeudarse. 2. Conjunto de obligaciones de pago contraídas por una nación, empresa o persona». *Vid.* también FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., pág. 18. El concepto de sobreendeudamiento que subyace a las más variadas iniciativas reguladoras se deriva esencialmente de las disposiciones jurídicas que fijan las condiciones de acceso a cualquier procedimiento de reestructuración del pasivo, de tipo tanto judicial como extrajudicial. Así pues, por ejemplo, el Derecho francés admite el acceso a los deudores de buena fe que se vean en «la imposibilidad manifiesta de hacer frente al conjunto de sus deudas profesionales vencidas o a vencer» (art. L331-2 del *Code de la Consommation*. En el Derecho alemán, lo que se define como incapacidad de pago actual o previsible (*Zahlungsunfähigkeit*), no es el sobreseimiento, sino la insolvencia, siendo ésta la causa general de la apertura del procedimiento en Alemania (§§ 18 *InsO*), entendiéndose que existe incapacidad de pago cuando el deudor no se halla en la situación de cumplir una obligación de pago vencida. Curiosamente, la *Insolvenzordnung* sí emplea el término «sobreendeudamiento» (*Überschuldung*), pero lo reserva como causa añadida de apertura del procedimiento de insolvencia para las personas jurídicas que padezcan un desbalance, esto es, que no dispongan de un patrimonio activo suficiente como para cubrir sus deudas, aunque ello no se haya traducido en una incapacidad de pago. Sin embargo, otros países se limitan a definir un conjunto de requisitos procedimentales y personales para el acceso a los regímenes que abordan el sobreendeudamiento, sin arriesgarse a dar una definición de esta figura. Es el caso del Derecho belga (Ley de 5 de julio de 1998, modificada por la Ley de 19 de abril de 2002) y del Derecho norteamericano (*Bankruptcy Code, revisado por Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act 2005*). El más reciente es el realizado por OBSERVATOIRE DE L' EPARGNE EUROPEENE ; CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; UNIVERSITY OF BRISTOL, PERSONAL FINANCE RESEARCH CENTRE, *Towards a common operacional european definiton of over-indebteness*, febrero de 2008, financiado por la Comisión Europea, DG Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades. Sus conclusiones deben aún ser tenidas en consideración por la Comisión Europea.

Ante la ausencia de una definición legal de sobreendeudamiento en España, se prodigan los esfuerzos por parte de la doctrina²⁹, instituciones³⁰ y asociaciones de consumidores³¹, con el fin de acotar el término del sobreendeudamiento de los consumidores. En general, las definiciones concurren en la característica de la incapacidad de afrontar, por parte del deudor, el pago de sus deudas frente a sus acreedores y que, según algunos, «trae aparejado en todo caso para quien lo padece un estado de insolvencia»³².

Para una exacta aproximación al concepto, es preciso diferenciar las causas que han conducido al deudor a la imposibilidad de pagar sus deudas. Esto lleva a diferenciar entre sobreendeudamiento activo y sobreendeudamiento pasivo. Se reserva la primera calificación para aquellos supuestos en los que el consumidor provoca de forma dolosa, o al menos negligente, su propio estado de insolvencia aumentando su endeudamiento excesiva e irreflexivamente (mediante la utilización abusiva del pago a través de tarjetas de crédito, por ejemplo) pudiendo llegar, incluso, a niveles de conducta compulsiva³³.

El llamado sobreendeudamiento pasivo viene producido por causas ajenas a la voluntad del consumidor de la más variada índole: pérdida del puesto de trabajo, accidentes, enfermedades, fallecimiento del cónyuge, sanciones tributarias, disolución del matrimonio o aumento inesperado de la familia. Todas son circunstancias que, en definitiva, merman la capacidad de ingresos de la familia o incrementan los gastos. Esta diferenciación permite distinguir entre deudores de mala fe y deudores de buena fe, reservándose para estos últimos un tratamiento favorable con fundamento en la necesidad de protección evitando su exclusión social. Este trato deferente no es aplicable para el deudor que no ha actuado diligentemente, observando un comportamiento inaceptable que ha contribuido

²⁹ La mayoría de la doctrina española asocia el sobreendeudamiento a la incapacidad del deudor para cumplir con las obligaciones económicas contraídas con sus acreedores. *Vid.* HIDALGO MOYA, J. R., *Informe jurídico sobre la protección del consumidor en la contratación del crédito al consumo y del crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria desde la perspectiva del sobreendeudamiento familiar*, 2005; RIBÓN SEISDEDOS, E., *El sobreendeudamiento en España: tutela judicial y protección legislativa*, informe realizado por CEACCU (Confederación Española de Organizaciones de amas de casa, consumidores y usuarios), diciembre de 2005, subvencionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, disponible en <http://www.ceaccu.org/docspdf/Sobreendeudamiento.pdf>, pág. 17; TRUJILLO DíEZ, I.J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., pág. 15. FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., pág. 18.

³⁰ EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, «Dictamen sobre los derechos del consumidor y la transparencia del mercado» (Informe 1/1999), Madrid 1999, pág. 89, entiende por sobreendeudamiento del consumidor «La situación en la que éste se encuentra al haber contraído excesivas deudas y no poder hacer frente a todas ellas».

³¹ Para la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS (ADICAE) en un estudio patrocinado por la Generalitat Valenciana, *El sobreendeudamiento de las familias*, Valencia, 2002, pág. 22, cuando se habla de sobreendeudamiento, «Nos referimos a un conjunto de pagos concatenados en el tiempo cuyo reembolso no puede ser atendido por las rentas ordinarias de un consumidor».

³² Ésta es una opinión minoritaria mantenida por FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ob. cit., págs. 18 y 19. La autora mantiene que la línea que separa y distingue el endeudamiento común o corriente de un sujeto y su estado de insolvencia se concreta precisamente en el momento en que su endeudamiento es tal que le imposibilita cumplir regularmente con las obligaciones que le son exigibles, límite coincidente con lo que se entiende por estado de insolvencia. El exceso en el endeudamiento es lo que, según se dice, le acerca a la situación de insolvencia. Manifiestamente en contra, *vid.* REIFNER U., KIESLILAINÉ, J., HULS, N., SPRINGENEER, H., *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union, Final Report to the Commission of the European Communities*, ob. cit., págs. 18 y 19.

³³ *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Tarjetas de crédito y tutela del consumidor», en *Nuevas Formas Contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, ed. Estudios de Derecho Judicial, 50; RUIZ PERIS, J.I. (dir.), Madrid, 2004, págs. 440-444, explica que el uso de tarjetas de crédito contribuye activamente al endeudamiento excesivo de los hogares.

activamente a su sobreendeudamiento. Para estos casos, debe reservarse el sistema general sobre cobros con el rigor concursal que corresponda³⁴. Por lo tanto, parece posible reivindicar una mayor consideración jurídica con el particular que, por circunstancias ajenas a su voluntad, se ve inmerso en una situación de imposibilidad de cumplimiento regular en el pago de sus deudas.

El problema es no sólo que el concepto es multiséntico y de difícil concreción, sino que también la forma de medir el endeudamiento excesivo es fuente de divergencias³⁵. En realidad, parece aconsejable un método de medición que, a partir de datos objetivos, tenga principalmente en cuenta los ingresos del consumidor o, mejor dicho, la expectativa de sus ingresos futuros como principal criterio para valorar la posible recomposición de la economía familiar. Se descarta pues, como valor fundamental de medición, el patrimonio actual del deudor, ya que éste, en tanto que consumidor, obtiene principalmente sus ingresos de salarios, retribuciones o pensiones. Es lo que se ha dado en llamar *The Life Cycle/Permanent Income model of Indebteness (LC-PI model)*³⁶.

Como se comprueba, el sobreendeudamiento supone una situación en que el consumidor tiene un exceso de deudas pero todavía está cumpliendo con normalidad o, aun sin tener deudas, tiene sus ingresos casi totalmente comprometidos por los gastos o una situación que mezcla ambas posibilidades. En cambio, la situación de insolvencia implica una imposibilidad en el pago o al menos una inminencia al respecto³⁷.

4. LAS DISTINTAS RESPUESTAS LEGISLATIVAS A LA GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS DEUDAS DE LOS CONSUMIDORES

A) Diversidad paradigmática

Con carácter general, procede aludir a dos criterios de abordar el tratamiento de este problema en las legislaciones en Derecho comparado que vienen representados respectivamente por la legisla-

³⁴ Así se manifiesta COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona)», ob. cit., pág. 226, «El tratamiento favorable del consumidor concursado con fundamento en la necesidad de protegerlo, evitando su exclusión social, debe decaer cuando éste, por su comportamiento inaceptable, no se haga acreedor de ningún tipo de socialización de su situación de crisis patrimonial. Es decir, que en estos supuestos debe rechazarse la aplicación de tratamiento favorable alguno al consumidor, debiéndosele someter al sistema general sobre cobros, en su caso con el rigor concursal que corresponda».

³⁵ Lo observa, entre otros, TRUJILLO DIEZ, I.J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., págs. 11 y ss., al preguntarse, por ejemplo, dónde se sitúa el límite entre el endeudamiento y el sobreendeudamiento o si está sobreendeudado el consumidor que se ve obligado a vender su vivienda para desprenderse de la hipoteca o, en general, a vender parte de su patrimonio para hacer frente a los pagos.

³⁶ Vid. ORC MACRO, *Study of the Problem of Consumer Indebtedness: Statistical Aspect*, ob. cit., pág. 63, «*The permanent income/life cycle model extends the measure of consumers' income beyond the current level to the life time available resources. It attempts to establish threshold levels of debt relative to the present discounted value of each household's expected future income.*».

³⁷ Vid. COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de Consumidor», en *Convergencia y paralelismos en el Derecho de Sociedades y en el Derecho Concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea*, versión digital.

ción norteamericana y determinadas legislaciones europeas. Las diferencias pivotan básicamente sobre la filosofía que inspira los distintos modelos y la distinta naturaleza de los procedimientos solutorios.

Desde el primer punto de vista, las legislaciones europeas han diferido tradicionalmente de las norteamericanas en tres aspectos importantes:

1. Hay una tendencia en Europa a asignar atributos morales al sobreendeudamiento del consumidor y al acceso a los procedimientos de gestión de la liquidación de la deuda, lo que se traduce en que no se permite el libre acceso a los mismos, sino que está restringido a los deudores considerados merecedores de él.
2. En los sistemas europeos no está prevista la condonación directa de las deudas impagadas, lo que significa que, o bien no se prevé en ningún caso, o bien está condicionada a que se complete el plan de pago obligatorio para todos los deudores de consumo. Con ello se pretende asegurar que el procedimiento de gestión de la liquidación no sea una «vía de escape» para no pagar, como lo ilustra el hecho de que incluso los deudores pobres, que no pueden contribuir al plan de reembolso, son incluidos técnicamente en el mismo durante varios años.
3. El modelo europeo pone especial énfasis en los servicios de asesoramiento sobre el endeudamiento. El asesoramiento pretende la rehabilitación del deudor, la educación económica y la adecuación del estilo de vida, pero también una devolución más completa de la deuda. Estos servicios forman parte del procedimiento de gestión de la liquidación de la deuda. La forma de realizarlo varía entre los distintos países europeos pero, en general, las distintas normativas exigen que con anterioridad a la solicitud de iniciación del procedimiento que corresponda, el deudor participe en un programa de asesoramiento o mediación con los acreedores para resolver su problema de endeudamiento ³⁸.

Desde el segundo criterio de diferenciación, se observan distintas soluciones al problema en función de la naturaleza del procedimiento destinado a tal fin. Si bien, en general, se trata de procedimientos específicos para particulares (a diferencia del general destinado para el empresario), se arbitran tres tipos distintos. Así, el sobreendeudamiento puede ser abordado a partir de un procedimiento concursal especial y, por lo tanto, incorporado a los respectivos códigos de insolvencia, tal es el caso de Alemania, Austria, EE. UU. y Dinamarca. Otra posibilidad es que se trate el exceso de endeudamiento de los consumidores en el marco de los respectivos códigos de consumo, aportando frecuentemente soluciones paraconcursoales como ocurre, por ejemplo, en Francia y Australia. Por último, algunas legislaciones, como la belga, han añadido procedimientos específicos de saneamiento de deudas en textos legislativos de distinto cariz, como es un código judicial.

³⁸ Vid. HULS, N., «Overindebtedness and Overlegalization: Consumer Bankruptcy as a Field for Alternative Dispute Resolution», *Journal of Consumer Policy*, núm. 20, 1997, págs. 143-159, donde el autor señala cómo algunas legislaciones europeas han importado de la legislación norteamericana el concepto de *discharge of debts* o cancelación de deudas; del mismo modo que EE. UU. debía tener consideración la figura del *debt counsellors* o asesor, propia de algunas normativas europeas, que dan especial importancia al asesoramiento en el modo de liquidación las deudas por parte del consumidor.

B) El modelo *fresh start* o «volver a empezar»

De inspiración norteamericana, hace énfasis en proporcionar una segunda oportunidad al consumidor endeudado, con el fin de recuperarle lo más rápidamente posible para la actividad económica y el consumo y de no estigmatizar a la persona sobreendeudada. Se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor, la condonación directa de las deudas no pagadas (a excepción de las deudas jurídicamente no condonables) y la adhesión voluntaria al sistema³⁹. El modelo norteamericano que lo inspira fue reformado en 2005, con las consecuencias que se dirán a continuación.

Hasta esta fecha, los deudores individuales que querían acogerse a un procedimiento concursal generalmente podían elegir entre dos capítulos del Título XI del *U.S. Bankruptcy Code* de 1978: *chapter 7* o el *chapter 13*. La facultad de elección del deudor ha sido uno de los pilares del sistema norteamericano: si el deudor quiere empezar de cero, tiene la posibilidad de ceder sus bienes no exentos y hacerlo sin deudas a sus espaldas (*chapter 7*). Si pretende conservar sus bienes, también puede empezar de nuevo, si bien ello queda pospuesto a realizar el plan de pagos convenido durante tres años (*chapter 13*)⁴⁰. En realidad, como se ha podido decir, es una «media puesta a cero» utilizada, básicamente, por los propietarios de viviendas que, al no poder hacer frente a los pagos hipotecarios, emplean el plazo de tres años para actualizar los mismos y reanudar la relación hipotecaria⁴¹.

Los EE. UU. aprobaron en 2005 las modificaciones más radicales relativas a la normativa de insolvencia, representada por el Título XI del *U.S. Bankruptcy Code* de 1978⁴², en virtud de la Ley Concursal de 2005, designada formalmente como la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA)⁴³, que obtuvo el apoyo mayoritario de los dos partidos políticos estadounidenses, pero hubo muchas tensiones en el proceso legislativo. La justificación que propició este cam-

³⁹ Para una descripción completa y crítica de este modelo, véanse los textos de GROSS, K., muy conocida en Europa, entre los que destaca: *Failure and Forgiveness. Rebalancing the bankruptcy system*, Yale University Press, New Haven, 1997. Sobre la adhesión voluntaria al mercado de crédito así como la salida del mismo, *vid.* NIEMI-KIESILÄINEN, J., «Estudio comparativo de la quiebra del consumidor: ¿remedio para un fallo del mercado o un problema social?», *ob. cit.*, pág. 475.

⁴⁰ Según WESTBROOD, J.L., «New trends in insolvency proceedings. General reporter-civil law», en *Direito Processual Comparado. XIII World Congreso of Procedural Law*, PELLEGRINO GRINOVER, A., CALMON, P. (dirs.), ed. Forense, Río de Janeiro, 2007, pág. 287, este capítulo 13 es el vehículo más utilizado para obtener un gran número de planes de pago en Norteamérica. Si bien no se necesita un acuerdo con los acreedores, los deudores prefieren el consenso para evitar objeciones al plan propuesto. Sobre quién recurre preferentemente al capítulo 13, *vid.* SULLIVAN, T.A., WARREN, E. y WESTBROOK, J.L., «Who Uses Chapter 13?», en *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, NIEMI-KIESILÄINEN, J., RAMSEY, I. WHITFORD, W.C. (dirs.), ed. Hart Publishing Company, Oxford, 2003, págs. 269-282.

⁴¹ *Vid.* POTTOW, J.A.E., «Un primer estudio de los cambios de la Ley Concursal estadounidense de 2005», *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, pág. 357, quien añade que, prácticamente la vía del *chapter 13* es «hoy en día casi una curiosidad. Todos los análisis concluyen que los deudores que se ven obligados a recurrir al concurso rara vez tiene muchos bienes no exentos que podrían perder si siguieran la vía del *chapter 7*. Al contrario, parece que son los propietarios de viviendas que no han podido hacer frente a los pagos hipotecarios los que más recurren al *chapter 13*. Así pueden emplear el plazo de tres años para oponer al día en los pagos y reanudar la relación hipotecaria. Al final del plan el acreedor hipotecario no puede invocar la mora como fundamento de la ejecución en tanto los atrasos se hayan subsanado totalmente con el plan y se haya vuelto a los pagos con normalidad».

⁴² Introducido por *The Bankruptcy Reform Act of 1978* (Pub.L. 95-598, 92 Stat. 2549).

⁴³ *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, (Pub. L. núm. 109-8, 119 Stat. 23).

bio fue el abuso que los deudores realizaban de la normativa liberal recogida originalmente en el *U.S. Bankruptcy Code*, al alegarse el endeudamiento irresponsable de quienes posteriormente se declaraban en quiebra⁴⁴. Esta situación parecía ser bastante generalizada, sin llegar a consensuarse si el abuso era sistemático o realizado únicamente por ciertos deudores «deshonestos»⁴⁵, una vez que «el oprobio moral y la estigmatización asociados al concurso habían desaparecido»⁴⁶. La denuncia reiterada por parte de la industria crediticia, y sustentada por estadísticas gubernamentales, acreditaba un gran crecimiento de las solicitudes de concurso, pero se cuidaba de no exponer la rentabilidad que las compañías de tarjetas de crédito habían obtenido paralelamente⁴⁷. A partir de este momento, se produjo un gran movimiento liderado por el *lobby* crediticio decidido a persuadir al congreso norteamericano de modificar la legislación para dificultar al ciudadano de ese país declararse en quiebra, con la clara intención de que se hiciera según su propia versión de la situación. Después de cierta peripecia legislativa, el presidente del Congreso de los EE. UU. sancionó la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, que, con más de 500 páginas, entró en vigor el 17 de octubre de 2005, a pesar de las advertencias de los académicos, jueces y abogados especializados en este sector⁴⁸.

Los cambios introducidos por la reforma de 2005 pueden resumirse en los siguientes:

En primer lugar, se han reducido considerablemente los derechos subjetivos de los consumidores: la paralización automática de las acciones de cobro (*automatic stay*), que era una de las medidas importantes de protección del deudor, está ahora más restringida; asimismo, la posibilidad de rehabilitarse, empezando de cero (*fresh start*), se ha reducido también de manera notable.

En segundo lugar, se ha procedido a la exigencia de ciertos requisitos formales para que los deudores consumidores accedan al procedimiento. El más importante se refiere a que la práctica generalidad de los solicitantes deba recibir asesoramiento crediticio (*credit counseling*), dentro de los 180 días precedentes a la fecha de solicitud del concurso, y formación específica tras realizar la solicitud (11 USC § 109). En realidad, esta exigencia no está cumpliendo con las expectativas previstas ya que, con el ánimo de solventar lo más rápidamente el trámite, la práctica está demostrando que los

⁴⁴ Vid. SULLIVAN, T., WARREN, E. y WESTBROOK, L., «Une prospérité precare: sur les situations financières critiques dans la classe moyenne», *Actes de la Recherche en Sciences sociales*, núm. 1, 2001, pág. 24, quienes parten de la premisa de que la década de los noventa, en relación con la anterior, se caracterizó por el número récord de familias que acudían a los tribunales para declararse en quiebra y sostienen como hipótesis de este aumento, tras un estudio muy pormenorizado de los motivos, la importante tendencia de los particulares de recurrir a la quiebra para evitar tener que pagar sus deudas.

⁴⁵ Vid. sobre este debate, GROSS, K., «La insolvencia de los consumidores en el Derecho de los Estados Unidos», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA, J. (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.), ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 230.

⁴⁶ Cfr. LAWLESS, R., «La Ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pág. 106.

⁴⁷ El número de solicitudes de declaración de concurso de consumidores había incrementado alarmantemente desde 1980 a 1997, pasando de los 287.570 expedientes a 1.350.118, según cifras presentadas por el *American Bankruptcy Institute*, disponibles en <http://www.abiworld.org/stats/newstats-front.html>.

⁴⁸ Las vicisitudes del proceso legislativo pueden consultarse en LAWLESS, R.M., WARREN, E., «Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad», *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2007, págs. 406-408; y también en LAWLESS, R., «La Ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», ob. cit., págs. 105-107.

consumidores acuden por Internet a dicho *conseling credit* el mismo día de la solicitud de concurso. Además, se ha alegado que entraña un coste temporal y económico (a menos que haya exoneración) innecesario ⁴⁹.

En tercer lugar, para determinar quién tiene derecho a acogerse a los procedimientos concursales deben cumplimentarse complejos formularios y aportar pruebas documentales: facturas y declaraciones de la renta e, incluso, demostrar –basándose en una compleja fórmula matemática con valores asignados a índices externos– la incapacidad de pago por parte del deudor. Con este *test*, se sustituye la presunción a favor del deudor, anterior a la reforma, por una presunción de abuso en su contra cuando la renta neta del deudor supere una cierta cantidad ⁵⁰. Además, la presunción de abuso sólo puede ser rebatida demostrando circunstancias especiales: enfermedad seria o el reclutamiento para el servicio activo en las fuerzas armadas que justifiquen gastos adicionales o minoración en la renta mensual actual (11 USC § 707: [B] [i]) siempre que no se superen además ciertos niveles de renta (11 USC § 707: [B] [iv]). Como se puede observar, la presunción es prácticamente indestructible.

En cuarto lugar, y presupuesto lo anterior, se produce una sensible reducción en el ámbito de la discrecionalidad judicial, a la par que se imponen cargas muy significativas a los abogados. Sobre la primera afirmación, antes de la reforma, la ley era flexible en el ánimo deliberado de permitir que los jueces determinaran discrecionalmente el carácter o no abusivo de las solicitudes, y sólo ellos, y no los acreedores, podían invocar la acción de desestimación de la solicitud de un concurso según el *chapter 7*. Con respecto a los abogados, la nueva normativa les impone la carga de asegurar al tribunal que, tras investigar el largo y complicado expediente de solicitud de concurso, no tienen razones para presumir que la información suministrada es incorrecta, lo que les impulsa a adoptar una actitud de sospecha permanente frente al cliente. Los abogados que incumplan estas previsiones pueden ser sancionados a pagar la sanción correspondiente por el deudor e incluso las costas procesales (11 USC § 707[b] [4][B]), es por ello que las primas de seguro de los despachos de abogados se han incrementado muy considerablemente desde la reforma.

Como conclusión, la reforma ha sido mal valorada, en general, por la doctrina y la judicatura. Si bien parece empíricamente comprobado que se redujeron las solicitudes de insolvencia de los consumidores estadounidenses hasta un 70 por 100 menos en 2006 respecto del año anterior, parte de la doctrina lo explica porque, durante los meses anteriores a la fecha de entrada en vigor de la nueva normativa, los procedimientos se dispararon y porque «muchos consumidores tenían la impresión de no poder acogerse a las nuevas leyes de insolvencia, observación que, a pesar de ser predominante, resultaba sin embargo errónea» ⁵¹. Ha creado desconfianza respecto a profesionales que antes gozaban de credibilidad: abogados, jueces y académicos (y viceversa), dejando sin resolver los verdaderos problemas finan-

⁴⁹ Al respecto, *vid.* POTTOW, J.A.E., «Un primer estudio de los cambios de la Ley Concursal estadounidense de 2005», *ob. cit.*, págs. 361 y 362, quien valorando positivamente en principio, la medida «¿Quién puede oponerse a una mejor educación económica y a que se desplieguen esfuerzos de mediación?», apunta dos dudas sobre su eficacia: el coste económico y la dudosa pulcritud de los servicios de asesoramiento en EE. UU.

⁵⁰ 11 USC § 707(b) (1).

⁵¹ *Vid.* GROSS, K., «La insolvencia de los consumidores en el Derecho de los Estados Unidos», *ob. cit.*, pág. 234, quien además observa un cierto cambio de tendencia en la actualidad. *Vid.* también LAWLESS, R., «La Ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», *ob. cit.*, pág. 110.

cieros de los consumidores que se han visto incrementados en los últimos tiempos⁵². Las ejecuciones hipotecarias están en sus cuotas más altas, se siguen produciendo prácticas abusivas a modo de emisión de tarjetas de crédito de una manera incluso incontrolada y onerosa y se ha afirmado que las implicaciones sociales son considerables, ya que «Según datos recientes la mayoría de los concursos son instados bien por deudas vinculadas a gastos médicos o bien por la pérdida del trabajo. Sin embargo, estos deudores concursales son tratados como si fueran defraudadores de impuestos»⁵³.

C) Dos modelos de Derecho europeo

A diferencia del modelo norteamericano, muchos países de la Europa occidental, tras la desregulación de los mercados de crédito de la década de 1980, experimentaron un considerable aumento de los problemas de insolvencia de los consumidores. Hasta esa fecha, la mayoría de las normativas continentales seguían siendo las mismas promulgadas en el siglo XIX y los mercados del crédito al consumidor estaban estrictamente regulados. En la década de 1990, tras la rápida expansión del mercado de crédito, se inició un periodo de recesión y aumento del desempleo que afectó considerablemente a los hogares europeos que vieron, además, cómo los valores inmobiliarios que habían aumentado en los años precedentes, caían rápidamente haciendo más llaga en los países que favorecían la adquisición de vivienda frente al arrendamiento: Francia, Gran Bretaña, Noruega o Finlandia. La clase media mayormente afectada pudo crear la presión política necesaria para conseguir las medidas atenuantes de su carga de endeudamiento, lo cual vino favorecido por la consideración social que del problema se tenía en Europa. Efectivamente, el sobreendeudamiento de las familias se consideró principalmente como un problema social debido a la recesión económica, el desempleo, quiebra empresarial o incluso desgracias familiares. Este razonamiento encuadraba perfectamente con el modelo de Estado social inserto en Europa desde el final de la Segunda Guerra Mundial y con lo que del mismo se esperaba: si la sociedad del bienestar era capaz de amparar a las personas enfermas o desempleadas, también debía de socorrer a sus ciudadanos ante el endeudamiento excesivo⁵⁴.

⁵² De confianza, transparencia y honestidad (o más bien de su ausencia en la ley americana) se habla en GROSS, K., HEIDT K.R., LUPICA, L.R., «Legislative messaging and Bankruptcy Law», *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 67, 2006, pág. 523, al decir «Whether sending a message of distrust or trust, the 2005 Amendments to the Bankruptcy Code should be faulted for the absence of transparency and honesty. That is a message that is clear and unequivocal».

⁵³ Cfr. POTTOW, J.A.E., «Un primer estudio de los cambios de la Ley Concursal estadounidense de 2005», ob. cit., pág. 359. Al respecto, son muy interesantes las conclusiones plasmadas en HIMMELSTEIN D., U WARREN, E., THORNE D., WOOLHANDLER S., «Market Watch: Illness And Injury As Contributors To Bankruptcy», 2005, disponible en <http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/hlthaff.w5.63/DC1>, son alarmantes al constatar cómo el gasto familiar en la salud contribuye tan poderosamente al endeudamiento grave y se constituye en causa de insolvencia: «Medical problems contribute to about half of all bankruptcies. Medical debtors, like other bankruptcy filers, were primarily middle class (by education and occupation) (...) The absolute number of medical bankruptcies almost surely continues to increase (...) The privations suffered by many debtors –going without food, telephone service, electricity, and health care– lend credence to claims that coverage was unaffordable and belie the common perception that bankruptcy is an "easy way out"». En un artículo rubricado por LESLIE EATON, «Ir a la quiebra en la tierra de los puritanos», y publicado en el diario *El País*, el día 24 de marzo de 2005, pág. 4, cuando iba a aprobarse la que luego sería la reforma de 2005, se denuncia con su promulgación que se van a castigar a las «víctimas de la calamidad» y se alude a que más de la mitad de las quiebras en EE. UU. están relacionadas con gastos médicos.

⁵⁴ *Vid.* al respecto, por NIEMI-KIESILÄINEN, J., «Estudio comparativo de la quiebra del consumidor: ¿remedio para un fallo del mercado o un problema social?». Traducción privada de la *Asociación Hipotecaria Española*, 1999, pág. 478, que

Se promulgó, entonces, numerosa normativa relativa a la gestión de la liquidación de las deudas del consumidor como parte de la protección del Estado del bienestar. Este modelo se basa en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, pero no por ello debe ser exonerado pura y simplemente del deber de cumplir con sus obligaciones; la condonación tiene, por tanto, un carácter puramente residual. El deudor tendrá que pasar un periodo de prueba, durante el que destinará una parte de su renta al reembolso de la deuda restante. Sólo después de eso, y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse de la condonación⁵⁵. Se fundamenta, asimismo, en la idea de la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan global de reembolso. Este plan puede negociarse en los tribunales o por vía extrajudicial. Un tercer elemento de este modelo consiste en el importante papel que desempeñan los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas⁵⁶.

vuelve a insistir sobre el carácter social del problema del sobreendeudamiento en Europa y, por lo tanto, como una función que tuvo que ser asumida por el Estado Providencia.

⁵⁵ Como se verá, excepcionalmente en el caso de Francia, la supresión de la deuda es posible desde el principio del procedimiento cuando el juez considere que no puede esperarse una mejora de la situación de la persona.

⁵⁶ Al margen de la legislación francesa y alemana que será tratada a continuación, concuerda con este modelo la legislación belga que ha enmarcado en la parte quinta («*Saisies Conservatoires, Voies d'execution et Reglement collectif de dettes*») del *Code Judiciaire*, publicado el 31 de octubre de 1967 (en vigor desde el 1 de noviembre de 1970), el Título IV rubricado «*Du règlement collectif de dettes*» (Procedimiento colectivo de deudas: arts. 1675/2 a 1675/19). Este procedimiento fue introducido por Ley de 5 de julio de 1998, relativa al acuerdo colectivo de deudas y a la posibilidad de venta amistosa de bienes inmuebles embargados, y modificado posteriormente por las Leyes de 20 de mayo de 2000, de 19 de abril de 2002, de 13 de diciembre de 2005 y por la más reciente, Ley de 27 de diciembre de 2006. Sus destinatarios son las personas físicas no comerciantes domiciliadas en Bélgica que no pueden afrontar el pago de sus deudas exigibles o todavía por vencer cuando no hayan provocado manifiestamente su insolvencia. La finalidad del procedimiento es obtener una regulación colectiva de las deudas del deudor, a partir de un convenio con sus acreedores o, en su defecto, a través de la imposición judicial de un plan de regulación y para lo cual se nombra al *médiateur des dettes* (mediador de deudas: arts. 1675/17 a 1675/19). Se facilita esta última posibilidad con el objeto de reestablecer la situación financiera del deudor, permitiéndole en la medida que sea posible saldar sus deudas a la vez que se le garantiza un mínimo vital impuesto en el artículo 14 de la Ley de 26 mayo de 2002 *concernant le droit à l'intégration sociale* (art. 1675/12. 4er). Este plan tiene una duración máxima de 5 años (art. 1675/12. 2er) y ha de respetar en todo caso, el principio de igualdad entre los acreedores (art. 1675/12. 1er). Es importante tener presente que si las medidas adoptadas no garantizan el mínimo vital, el deudor puede solicitar al juez la liberación de deuda, regulado por el artículo 1675 16/bis, introducido por Ley de 13 de diciembre de 2005. En Austria, mediante la reforma de su *Konkursordnung (Konkursordnungs-novelle 1993/974*, en vigor el 1 de enero de 1995), el legislador austriaco instauró el llamado concurso privado (*Privatkonkurs*; §§181 a 216), que dispone un procedimiento de insolvencia del consumidor (persona física no empresaria) muy similar al alemán. Por último, la modificación de la ley danesa de quiebras en el año 1994 (*KonKurslov*, apartado IV, *Goeldsanering S. 197-237*; en vigor desde el 31 de julio de 1984) y que es muy similar a la legislación finlandesa y sueca. Se trata de un procedimiento de saneamiento de deudas que puede solicitar aquel deudor persona física no empresario que se halle en una situación desesperada, en función del volumen de sus deudas y sus perspectivas de poder cumplir sus obligaciones en los próximos años, determinadas por la edad y por la situación familiar y profesional del deudor. Si el deudor posee bienes de valor debe, en principio, haberlos realizado en provecho de sus acreedores antes de la apertura del procedimiento o bien el tribunal puede condicionar la solicitud del deudor a la obligación de realizar parte de sus bienes con el fin de aminorar el montante de las deudas. Otorga gran discrecional judicial en el procedimiento. En Italia, se mantiene la opción tradicional de limitar el procedimiento concursal a los empresarios, por lo que el mecanismo de la liberación de deudas presente en el país alpino (*Esdebitazione*) desde la reforma aprobada por Decreto-Ley de 14 de marzo de 2005, núm. 35 (publicado en la *Gazzetta Ufficiale* de la República italiana, núm. 62, de 16 de marzo de 2005), sólo puede beneficiar a empresarios personas físicas y profesionales liberales. Queda por ver qué sucederá con la *Proposta di legge sul Concordato con i creditori di persone fisiche insolventi*, presentada en el año 2006, cuyo texto puede consultarse en http://adiconsum.informing.it/shared/documenti/doc1_29.pdf, y que según, NIGRO, A., «La insolvencia de las familias en Derecho italiano», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA, J. (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.), ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 226, «recorrerá poco camino en el Parlamento».

a) *El modelo francés: le surendettement des particuliers*

El término *surendettement*, referido a los particulares y familias, fue introducido por la Ley de 31 de diciembre de 1989, *Relative a la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*, que entró en vigor el 1 de marzo de 1990⁵⁷. Con la Ley de 1989, el legislador francés instauró dos procedimientos para tratar la situación de sobreendeudamiento de los particulares: el *règlement amiable* (arreglo amistoso) y *redressement judiciaire civil* (recuperación judicial). Con el primero de ellos, se pretende una conciliación entre el deudor y sus principales acreedores; se desarrolla ante comisiones administrativas (*commissions de surendettement*), presididas por el precepto correspondiente y creadas por razones de economía procesal y monetaria⁵⁸. Si se concluye con un arreglo amistoso, éste tendrá fuerza contractual; en caso contrario, se puede solicitar al juez la apertura del segundo procedimiento de recuperación judicial. Será el juez quien determinará las medidas legales pertinentes a tenor de la situación patrimonial del deudor: ordenar la suspensión de los procedimientos de ejecución pendientes, imponer a los acreedores una serie de medidas alternativas e incluso cumulativas de escalonamiento de pagos, imputación de pagos al capital y reducción de deudas o de tipos de interés.

La valoración de estos procedimientos ha sido en general positiva, ya que ha servido para dar cobertura procesal al considerable incremento de las demandas de sobreendeudamiento de los particulares en Francia⁵⁹. Sin embargo, la evolución de las causas del sobreendeudamiento hacia las de tipo pasivo —es decir, las que se refieren, no tanto a un recurso excesivo al crédito o al consumo sino a circunstancias sobrevenidas— ha impulsado la intervención del legislador francés para adaptar la ley a la nueva realidad social⁶⁰.

La Ley de 8 de febrero de 1995⁶¹ operó un cambio importante en la competencia relativa a las comisiones de sobreendeudamiento, otorgando plena competencia a las mismas en el llamado *règle-*

⁵⁷ La Ley 89-1010, de 31 de diciembre 1989, *Relative a la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*, más conocida como *Loi Neirez* —por ser éste el apellido de su promotor, el secretario de Estado de Consumo francés—, fue incorporada al *Code de la Consommation* en 1993, como artículos L331-1 a L333-8.

⁵⁸ Estas comisiones departamentales están sujetas al control y la supervisión del juez. Por otra parte, está el juez encargado del control y ejecución de las medidas que se proponga por la comisión respectiva (art. L330-1).

⁵⁹ Tal y como consta en el *Bilan Nacional de l'activité des Commissions de surendettement*, realizado por la BANQUE DE FRANCE y fechado el 8 de abril de 2008, en el año 1990, se presentaron ante las comisiones de sobreendeudamiento, 90.174 expedientes que, tras un leve descenso en los dos años sucesivos, fue casi siempre *in crescendo* hasta sumar un total anual de 182.855 expedientes en el año 2007. Disponible en http://bdfbs-ws01.heb3.fr.colt.net/fr/publications/telechar/catalogue/stat_surend.pdf.

⁶⁰ *Vid.* CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Le surendettement des particuliers. Projet d'avis*, París, 17 octubre de 2007, pág. 22, alude que, a tenor de la encuesta realizada por el Banco de Francia en el año 1994 se demostró que el sobreendeudamiento pasivo suponía el 73 por 100 de los casos registrados: «L'enquête typologique de la Banque de France réalisée en 2004 confirme les situations de surendettement dit passif dû dans 73% des cas au chômage, à la maladie, à une séparation etc.», disponible en <http://www.conseil-economique-et-social.fr/rapport/pravi/PA061120.pdf>.

⁶¹ Ley núm. 95-125 de 8 de febrero de 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* (*Journal Officiel* núm. 34, de 9 de febrero). Esta ley dispone un procedimiento único para el acuerdo amistoso y la recuperación judicial que se desarrolla en varias etapas, otorgando el papel principal para el primer supuesto a las comisiones de sobreendeudamiento.

ment amiable o arreglo amistoso, con el objetivo primordial de descargar de trabajo a los Tribunales de Justicia franceses, los cuales habían tenido que afrontar la multiplicación de las solicitudes de apertura de procedimiento sin ningún aporte humano o material suplementario ⁶².

En el año 1998 se produjo una reforma de más calado, extendiendo a favor del deudor las medidas de tratamiento e instaurando la posibilidad de una moratoria, cuando no se tratara de créditos alimenticios o fiscales, o en su caso de la condonación total o parcial de deudas a su favor ⁶³.

Una tercera norma fue aprobada en agosto de 2003 que instituyó un nuevo procedimiento judicial: *rétablissement personnel* o restablecimiento personal, en beneficio de aquellas personas cuya situación es *irremediabilmente compromise* (muy comprometida), que conlleva una liquidación del patrimonio del deudor y a una condonación de todas las deudas pendientes no profesionales en caso de activo insuficiente ⁶⁴. Esta ley (conocida también por la *Loi Borloo* por el ministro que la impulsó) está inspirada en la institución llamada *faillite civile* propia del Derecho local que rige en Alsace-Moselle desde el 8 de julio de 1879. Este nuevo procedimiento no sustituye al anterior, sino que ha de conciliarse con él, lo que ha supuesto una complicación añadida a la situación precedente; sin perjuicio de que la reforma de 5 de marzo de 2007 ha aportado algunas mejoras al funcionamiento del sistema procedimental ⁶⁵. Toda la legislación mencionada se ha integrado en el *Code de la Consommation* francés, así como los reglamentos de desarrollo que lo han hecho en su reglamento general ⁶⁶.

Como se puede comprobar, el sistema actual de tratamiento del sobreendeudamiento en Francia ha sido objeto de gran interés legislativo, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países (concretamente en España, como se indicará), que demuestra una preocupación política por abordar este problema acuciante y desgraciadamente vigente ⁶⁷. Con carácter general, este tratamiento implica la descripción del procedimiento subsidiariamente judicial que puede desarrollarse en dos fases: acuerdo amistoso y de recuperación judicial; y, además, la referencia al procedimiento esencial judicial o de restablecimiento personal.

⁶² Vid. VIGNEAU, V., «La réforme de la procédure de surendettement», *Droit et Procédures*, núm. 2, 2004, pág. 67, donde afirma que, antes de la reforma, la Ley de 1989 había sido víctima de su propio éxito provocando el colapso en los Tribunales.

⁶³ Ley núm. 98-657, de 29 julio de 1998, *D'orientation relative à la lutte contre les exclusions* (*Journal Officiel* núm. 175, de 31 julio; última reforma a la misma de 1 de mayo de 2008), cuyo Capítulo 1 del Título segundo *Prévention des Exclusions*, se enuncia como *Procédure de traitement des situations de surendettement*.

⁶⁴ Ley núm. 2003-710, de 1 de agosto de 2003, *D'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine*, (*Journal Officiel* núm. 177, de 2 agosto).

⁶⁵ Ley núm. 2007-290, de 5 de marzo de 2007, *Instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale* (*Journal Officiel* núm. 55, de 6 de marzo).

⁶⁶ Título III del Libro III del *Code de la Consommation*.

⁶⁷ Una de las obras más recientes que pueden consultarse sobre esta materia es VIGNEAU, V., BOURIN, G-X., *Droit du surendettement des particuliers*, ed. LexisNexis Litec, París, 2007. En español, vid. PAISANT, G., «La insolvencia de los consumidores en Derecho francés», *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA, J. (dir.), ÁLVAREZ RUBIO, J. (coord.), ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 237-249; FERNÁNDEZ CARRIÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 82-110.

b) *El modelo alemán: Verbraucherinsolvenzverfahren y Restschuldbefreiung*

El tratamiento del sobreendeudamiento de las personas físicas en el Derecho alemán no se contempla en el marco del Derecho del consumo, sino en el del régimen concursal: *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 (*InsO*)⁶⁸. En su regulación, se incluye el régimen del concurso de los consumidores (*Verbraucherinsolvenzverfahren*) y la condonación de deuda (*Restschuldbefreiung*)⁶⁹.

El *Verbraucherinsolvenzverfahren* supone un procedimiento abreviado respecto al general, ya que simplifica los trámites procedimentales con el objeto principal de favorecer el acuerdo del deudor con los acreedores frente a la solución liquidatoria patrimonial. Las particularidades más relevantes de este procedimiento, simplificado con respecto al procedimiento general de insolvencia, son las siguientes.

La finalidad principal del procedimiento es la salida negociada por medio de un acuerdo entre acreedores y deudor, frente a la liquidación patrimonial de este último, y que se concreta en la realización del plan de pagos pactado. Prueba de ello es la posibilidad de que el juez pueda sustituir la voluntad de los acreedores disconformes, en determinados supuestos, con la finalidad de propiciar aquella solución (§ 309 I *InsO*).

Con respecto al general, el procedimiento simplificado implica el nombramiento por el juez del concurso, en el momento de su apertura, de un fideicomisario o curador (*treuhänder*) y no de un administrador concursal (§ 313 *InsO*). Además, es posible que este procedimiento sea tramitado total o parcialmente por escrito cuando la situación patrimonial del deudor sea conocida y el número de acreedores y cuantía de sus obligaciones resulte de poca importancia (§ 312 II *InsO*). Para la apertura del procedimiento de insolvencia se exige una única audiencia, frente a la duplicidad exigida para el procedimiento general (§ 312 I *InsO*). No son aplicables tampoco ni las disposiciones sobre el plan de insolvencia (§§ 217 a 269 *InsO*) ni sobre la administración por el propio deudor (§§ 270 a 285 *InsO*), tal y como prevé el § 312 III *InsO*.

⁶⁸ *Insolvenzordnung* de 5 octubre de 1994 (*InsO*), (BGBl 1994, núm. 70, de 18 de octubre de 1994). Entrada en vigor el 1 de enero 1999. Con esta normativa se culminaba una reforma del Derecho concursal iniciada en el año 1978. La *Insolvenzordnung* deroga y unifica las anteriores *Konkurs- und Vergleichsordnungen*. Una traducción al castellano de la misma se encuentra en GOZALO LÓPEZ, V., «Texto de la Ordenanza Alemana de Insolvencia. *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 (*InsO*)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 216, 1995, págs. 561-680; y un comentario sobre la misma, *ibidem*, «La reforma del Derecho concursal alemán», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 215, 1995, págs. 211-221.

⁶⁹ §§ 304 a 314 y 286 a 303 *InsO*, respectivamente. Cabe apuntar, que el Proyecto de Ley de Insolvencia (*Insolvenzgesetz*), aprobado en 1991 por el estado alemán unificado, incluía una regulación detallada de la condonación y el plan de pago, si bien limitada a las empresas insolventes. De esta manera, se ignoraba a interlocutores sociales como organizaciones de consumidores, benéficas y sindicatos que con ocasión de los debates sobre la reforma concursal habían tratado de persuadir a los políticos para que en la regulación se asignara un procedimiento independiente de reestructuración de la deuda para los consumidores, con la dotación pertinente de fondos. Sin embargo, durante las sesiones parlamentarias sobre la ley de insolvencia, el partido socialdemócrata formuló una propuesta, cuyos elementos básicos se incorporaron a la ley. *Vid.* al respecto, NIEMI-KIESILÄINEN, J., «Estudio comparativo de la quiebra del consumidor: ¿remedio para un fallo del mercado o un problema social?», *ob. cit.*, pág. 485.

Existe, asimismo, la posibilidad de sustituir la realización de la masa activa, o parte de ella, por la entrega que efectúe el deudor de una cantidad proporcional al valor de aquélla, que será repartida entre los acreedores de la insolvencia (§ 314 I *InsO*).

El mecanismo de *Restschuldbefreiung* es aquel en virtud del cual los consumidores y las personas naturales pueden solicitar y, en su caso, obtener, la liberación de las deudas que hayan contraído y por lo que se comprueba en la práctica, los consumidores alemanes están acudiendo masivamente a esta posibilidad que les proporciona el Derecho de insolvencias germano ⁷⁰.

No se puede finalizar el análisis del procedimiento simplificado de insolvencia de las personas físicas en Derecho alemán sin aludir a la reforma proyectada de los §§ 304 a 314 *InsO* ⁷¹, cuya finalidad principal es simplificar y reducir los costes del procedimiento que, tras la reforma de la *Insolvenzordnung* de 26 de octubre de 2001 (Ley de modificación del Reglamento de Insolvencia y otras leyes) ⁷², recaen básicamente sobre el Estado alemán. Dado que en la mayoría de las ocasiones (que llega hasta un 80% de los supuestos), el deudor concursado no puede asumir los gastos del procedimiento, cuya media se sitúa en torno a los 2.500 euros, se dispuso la prórroga del pago de los costes del mismo, que en la práctica se ha traducido en la gratuidad para aquél y en la asunción estatal de los costes procesales.

El recurso abusivo al procedimiento es otro de los debates que centran la reforma alemana, ya que a la práctica gratuidad mencionada, se suma el «coste cero» que para el deudor tiene la presentación de la propuesta de pagos, que suele acompañar a la solicitud de la liberación de la deuda restante. Esto significa que han proliferado los *Null-Pläne*, en los que el deudor ofrece contraprestaciones insignificantes a sus acreedores, lo cual, como se ha visto, viene favorecido por la sustitución de la voluntad de éstos por el Tribunal en determinadas circunstancias alentado por concluir el procedimiento sin liquidación patrimonial; a ello se suma que la liberación de deuda restante suele ser concedida por el Tribunal, trascurrido el llamado periodo de «buena conducta», que actualmente esta cifrado en seis años. La reforma prevé tener más en cuenta los intereses de los acreedores, fortaleciendo su posición en el procedimiento, ampliando los supuestos en que procede denegar la liberación de la deuda restante y posibilitando al deudor rebajar el periodo de buena conducta a

⁷⁰ La figura de la *Restschuldbefreiung* alemana está contemplada en los §§ 286 y ss. de la *InsO* de 5 de octubre de 1994. El supuesto alemán es uno de los que más interés ha despertado entre la doctrina española con el fin de «valorar la aplicación de la Ley Concursal española a los consumidores, de cara a un eventual debate sobre su reforma futura», *vid.*, FERRÉ, J., «La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán)», *ob. cit.*, pág. 208. *Vid.* también, ZABALETA DÍAZ, M., «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán», *ob. cit.*, págs. 885-914.

⁷¹ *Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personene und zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen*, 22 de agosto de 2007, publicado el 31 de agosto de 2007, *Bundesrat Drucksache 600/07. Gesetzentwurf der Bundesregierung*. Ha sido elaborado un informe sobre la reforma proyectada en noviembre de 2007, por el Consejo Federal de la Abogacía que, traducido al español, está disponible en http://translate.google.es/translate?hl=es&sl=de&u=http://www.brak.de/seiten/html/KammerInfo/2007/23_KammerInfo.htm&sa=X&oi=translate&resnum=2&ct=result&prev=/search%3Fq%3DEntwurf%2Beines%2BGesetzes%2Bzur%2BEntschuldung%2Bmittelloser%2BPersonene%2Bund%2Bzur%2BSt%25C3%25A4rkung%2Bder%2BGBl%25C3%25A4ubigerrechte%2B sowie%2Bzur%2BRegelung%2Bder%2BInsolvenzfestigkeit%2Bvon%2BLizenzen,%2B%2B2007%26hl%3Des%26sa%3DG.

⁷² Gesetz 26-10-2001. Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze Bundesgesetzblatt. Teil I., 31-10-2001.

4 ó 2 años si satisface un determinado porcentaje de créditos concursales: el 20 por 100 y 40 por 100, respectivamente ⁷³.

Mitigar este «coste brutal» que ha representado el concurso de las personas físicas en Alemania ⁷⁴, además de conseguir un mayor equilibrio de las partes interesadas, en el *Verbraucherinsolvenzverfahren* son los principales objetivos de la reforma.

5. LOS INTENTOS FRUSTRADOS DE REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como se acaba de comprobar, son muchas las legislaciones que han decidido afrontar el problema del sobreendeudamiento como un supuesto que exige una solución jurídica en la sociedad actual. Es cierto que su tratamiento no ha sido idéntico en todos los regímenes jurídicos, ya que existen dos formas básicamente de abordar la crisis económica de un particular: con institutos paraconcursoales, sistema en el que se encuadraría el Derecho francés, y con institutos concursales, solución más afín al Derecho alemán.

El Consejo Económico y Social, en un informe publicado en el año 1999 bajo el título *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, declaró la utilidad de que nuestro ordenamiento jurídico dotara de una regulación similar a la contenida en otros países de nuestro entorno, mencionando expresamente el Derecho francés ⁷⁵. Hasta el momento presente, la postura que adopta el legislador español es ajena a una asunción legal del problema del sobreendeudamiento en nuestro país. Esta afirmación puede ser matizada si tenemos en cuenta dos cuestiones:

- a) Que existen intervenciones *ex ante* dirigidas a prevenir la crisis, es decir, el sobreendeudamiento, que persiguen reducir la exigencia de intervenciones *ex post*. Siendo esto así, puede reconocerse que nuestro legislador intenta prevenir aquellas situaciones críticas fortaleciendo los derechos de los consumidores, básicamente en lo referido a su derecho a obtener una información veraz.

⁷³ Vid. ZABALETA DÍAZ, M., «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», ob. cit., págs. 220-222, quien parece compadecerse perfectamente con el sentido de la reforma.

⁷⁴ Concretamente, se refiere a este «coste brutal» [sic] del procedimiento simplificado en Alemania», ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas», ob. cit., pág. 254 y 255, quien además se pregunta sobre la disposición del Estado español para asumir costes tan elevados y de las comunidades autónomas a adelantar la retribución de los profesionales no judiciales, como hicieron los *Länder* alemanes.

⁷⁵ EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, «Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado», ob. cit., pág. 91, declaraba «El CES considera que en España no debería descartarse al posibilidad de estudiar la implantación de un sistema para solucionar los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores de buena fe, en todo caso para casos excepcionales que hayan ocasionado la imposibilidad de pagar del consumidor. Tales casos podrían ser aquellos en que el consumidor hubiera quedado en paro, hubiera sufrido alguna enfermedad importante, o cualquiera otra circunstancia trascendente que hubiera cambiado su vida desde el punto de vista económico y sin culpa alguna por su parte. La regulación francesa podría ser útil en cuanto a sus principios fundamentales. Esto es, la idea de una Comisión de Mediación, que en España podría vincularse a las juntas arbitrales [sic] de consumo, con la posibilidad de hacer propuestas al juez, para que éste resolviera tras un procedimiento abreviado».

- b) El intento de regulación que tuvo su origen en la presentación ante las Cortes Generales de dos proposiciones de ley, relativas ambas a la prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores. Sin embargo, ninguna de las dos cuestiones da un resultado satisfactorio ya que, en el primer caso, sin desmerecer la importancia que tiene, lo cierto es que no supone un tratamiento ad hoc del problema del sobreendeudamiento y menos de la insolvencia de los consumidores. Al respecto, se aludirá a la ineptitud de nuestra Ley Concursal para afrontar el fenómeno de que se trata. En el segundo caso, las dos proposiciones mencionadas han quedado exclusivamente en eso: dos intentos frustrados de dotar de una regulación a la problemática del sobreendeudamiento de los consumidores en España ⁷⁶.

El primer intento de regulación llegó con la Proposición de Ley relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, presentado por el Grupo Parlamentario socialista ⁷⁷. Tal y como se decía en su Exposición de Motivos, tenía como principal objetivo proporcionar un instrumento normativo orientado al tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores a través de una legislación específica que contemplara, en primer lugar, mecanismos preventivos y, en segundo lugar, una protección extrajudicial y judicial que facilitara el pago ordenado de las deudas del consumidor. Los Centros de Arbitraje de Sobreendeudamiento, que encuadrados en las Juntas Arbitrales autonómicas, asumirían la fase extrajudicial del sistema mediando entre el consumidor sobreendeudado y sus respectivos acreedores con la elaboración de un plan de saneamiento económico y la emisión, en su caso, del correspondiente laudo ⁷⁸. Este procedimiento preliminar era amistoso y vinculante y, sobre todo, tenía carácter gratuito para el consumidor ⁷⁹. Fracassada la fase extrajudicial, entraría en funcionamiento el procedimiento judicial aplicable, remitiéndose al procedimiento establecido para el concurso de acreedores. No obstante, la propuesta habilita al órgano jurisdiccional para imponer en su decisión judicial una solución al pago de las deudas, bien sobre la base del plan de saneamiento económico elaborado por la Junta Arbitral en el procedimien-

⁷⁶ Desde las autonomías existen algunos intentos modestos de abordar el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores. Así, cabe mencionar la propuesta no de ley defendida por el Grupo Parlamentario socialistas vascos el día 29 de diciembre de 2005, relativa a la protección de las personas consumidoras ante su endeudamiento», aprobada por unanimidad. Cabe destacar, asimismo, la labor que desde la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se está desarrollando en este ámbito, como ejemplo se destaca la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, que incluye dentro de la educación del consumidor la orientación a la prevención del sobreendeudamiento (art. 18.3).

⁷⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 336-1, de 9 de mayo de 2003, admitida a trámite por la mesa de la Cámara con fecha de 6 de mayo de 2003.

⁷⁸ Otorgar a las Juntas Arbitrales de Consumo una función mediadora tan importante, fue criticado en su día por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJA DE AHORRO Y SEGUROS (ADICAE), «Propuestas para una regulación legal del sobreendeudamiento de las familias», *Foro Permanente de Legislación Europea. Legislación española y países UE*, pág. 4, al entender que no valía si no se reformaba profunda y conjuntamente el sistema judicial.

⁷⁹ La regulación de este procedimiento extrajudicial venía prevista en el Capítulo I del Título III de la Proposición y era calificado (art. 20) como «voluntario, ágil, gratuito y tendente al acuerdo amistoso». Es relevante destacar que el artículo 22 señala como efectos del procedimiento de mediación «1. (La suspensión) de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial existente o posterior a la iniciación del procedimiento que pueda afectar al patrimonio del deudor o de sus fiadores, hasta la fecha de la presentación del compromiso amistoso de pago, en su caso, o hasta la resolución de la Junta Arbitral que declare la falta de acuerdo y la finalización de las negociaciones, siempre y cuando no se hubiere declarado una situación de concurso. 2. La iniciación de la suspensión imposibilita al deudor para contraer nuevos créditos o imponer cualquier tipo de carga a su patrimonio, sin autorización de la Junta Arbitral (...)».

to de mediación extrajudicial, bien a imponer una propuesta judicial de pago con la finalidad de restablecer la situación financiera del deudor y reconducir y recuperar «la economía doméstica sobreendeudada o, incluso la remisión parcial de deudas y de capital»⁸⁰.

A pesar del intento, esta iniciativa finalmente no prosperaría ante las abstenciones de los Grupos Parlamentarios catalán y canario⁸¹ y la oposición del Grupo Parlamentario popular. El argumento principal de la mayoría parlamentaria era que su contenido estaba ya, aunque disperso, comprendido en numerosas leyes de nuestro ordenamiento y en normativa proyectada de Derecho comunitario. Se llegó a afirmar, incluso, que se contaba con el resultado negativo de los países que habían legislado en este sentido⁸². Poco hay que añadir a estos comentarios, si no la evidencia de la frustración que el juego parlamentario conlleva en determinados supuestos.

La segunda Proposición de Ley fue presentada el 12 de noviembre de 2004 por el Grupo Parlamentario catalán *Convergència i Unió* en el Senado, con el título *Sobre la prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores*⁸³. Su estructura y contenido eran muy similares a los de la anterior Proposición (preveía un sistema mixto de protección de los consumidores implantando un procedimiento extrajudicial y en caso de fracaso de éste, otro de carácter extrajudicial) y corrió idéntica suerte, ya que fue retirada el 28 de febrero de 2005⁸⁴.

Ésta es la solución por la que ha optado el legislador español: el silencio, que se compadece mal con las políticas nacionales de protección de los consumidores y que no puede justificarse en atención a unas directrices comunitarias sobre la materia, que no acaban de realizarse. Con gran certeza se puede afirmar que el nivel de endeudamiento de los consumidores españoles sigue aumentando en un escenario de crisis económica, por lo que, ante la escasez de la normativa dispersa aplicable, se necesitaría de manera inmediata un tratamiento jurídico e integral de la materia. Desde este punto de vista, un procedimiento preconcursal colectivo extrajudicial, como previo a la fase judicial, sería, desde luego, deseable⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. Exposición de Motivos de la Proposición (considerando III). Sobre el procedimiento judicial, *vid.* Capítulo II del Título III.

⁸¹ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 336-2, de 19 de septiembre de 2003.

⁸² El voto en contra del Grupo Parlamentario popular vino justificado por «El profundo debate al que se está sometiendo la propuesta directiva de créditos a los consumidores—de la que luego hablaremos— también en el seno del Parlamento Europeo, permite calificar como precipitada la adopción de medidas unilaterales coincidentes en gran medida con los aspectos que están generando más polémica. Lo prudente en este caso es contribuir activamente al debate e impulsar la adopción de decisiones en el marco comunitario (...) Resumen diciendo que el contenido es coincidente con otras normas, que tendremos en breve una directiva comunitaria en materia de créditos a los consumidores y que experiencias similares en otros países, como Francia, que hemos señalado, no han resultado positivas. Por ello, consideramos prudente y necesario esperar, sin abandonar nuestro trabajo en este campo, ya que, según todos los informes, no requiere medidas urgentes». *Vid.* al respecto, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Sesión plenaria núm. 263, celebrada el día 16 de septiembre de 2003.

⁸³ Proposición de Ley 622/000012. BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie III A, 14 (a), de 12 de noviembre de 2004.

⁸⁴ BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie III A, 14 (c), de 28 de febrero de 2005.

⁸⁵ De hecho, el CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, «*Dictamen de Iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de Endeudamiento y Sobreendeudamiento de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito*», febrero de 2009, págs. 13-16, disponible en http://www.adicae.net/download/Dictamen_CCU_sob.pdf, determina la necesidad de elaborar una ley de sobreendeudamiento familiar que incluya un procedimiento específico.

El grave inconveniente que presenta esta opción (que no hace desaparecer el procedimiento concursal propiamente dicho) es fundamentalmente de carácter económico, dado el altísimo coste que conlleva su puesta en funcionamiento. Y ello porque ha de gozar de todas las garantías propias de un procedimiento colectivo: adecuada preparación de los órganos competentes, correcto impulso procesal, etc. Por supuesto, nadie osa decir quién ha de sufragar ese cuantioso gasto, si la Administración estatal o la autonómica, dado que se pretende que sea gratuito para las partes implicadas. La experiencia de otras legislaciones que lo han implantado, como la alemana y la francesa, demuestra los esfuerzos legislativos por corregir el alto dispendio que dichos procedimientos han supuesto. En tiempos de crisis no sería realista proponer, pues, esta solución, sin perjuicio de insistir en su aparente bondad por venir a regular una problemática huérfana de tratamiento específico.

Lo que resta, por tanto, es valorar la aptitud del único procedimiento de ejecución colectiva existente en la actualidad en España: el concurso de acreedores.

6. LA OPCIÓN DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL (LC) FRENTE A LA INSOLVENCIA DE LOS CONSUMIDORES

a) La reforma parcial de la Ley Concursal por Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, y el anuncio de reforma integral

Se ha producido recientemente la primera reforma de la LC por Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica ⁸⁶. Esta reforma ha puesto de manifiesto los puntos débiles del texto y, en menos de un mes, el Gobierno anunció su intención de impulsar una reforma integral de la ley que deberá hacerse vía Proyecto de Ley, lo que permitirá tener en cuenta las opiniones de amplios sectores sociales y otros grupos parlamentarios, aunque se trate de una tramitación legislativa más lenta, razón esta esgrimida para optar por tramitar la reforma urgente y parcial de la LC como decreto-ley. Según se ha anunciado, ésta última tratará las condiciones que declaran insolvente a una empresa de forma voluntaria o necesaria. También analizará la posición de los trabajadores en el concurso –criticada por los sindicatos– y «la coordinación de acciones de responsabilidad contra administradores» de empresas insolventes. Asimismo, se prevé que incluirá el estudio de las especialidades procedimentales para atender el sobreendeudamiento del consumidor ⁸⁷.

Las principales medidas adoptadas vienen justificadas en la Exposición de Motivos del propio Real Decreto-Ley 3/2009 donde se alude a que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas previsiones de la legis-

⁸⁶ BOE núm.78, de 31 de marzo.

⁸⁷ El contenido de la noticia puede consultarse en el diario digital *Expansión.com* disponible en <http://www.expansion.com/2009/04/24/juridico/1240564060.html>. En julio de 2009, se constituyó la Sección Especial de la Comisión de Codificación Mercantil para la reforma de la Ley Concursal. Está presidida por Santiago Hurtado Iglesias como técnico del Ministerio de Justicia y constituida por 19 expertos en la materia de acreditada prolongada trayectoria profesional.

lación concursal. El tratamiento más urgente, a juicio del legislador, va referido a facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos. De todas estas medidas recogidas en el Capítulo III del real decreto mencionado, la que mayor repercusión mediática ha tenido es la referida a estimular la refinanciación previa de las empresas viables mediante un aumento de las garantías de las operaciones pre-concursales para evitar que puedan ser rescindidas en un ulterior proceso concursal. Esto se hace posible evitando que los administradores concursales puedan rescindir, en virtud del artículo 71 de la LC, los créditos concedidos por acuerdos de refinanciación con una antelación de dos años⁸⁸. Esta medida pretende excluir las renegociaciones de deuda (como las que han tenido lugar con las grandes inmobiliarias) del ámbito de las acciones que se pueden rescindir si la empresa, finalmente, es declarada en concurso de acreedores. Ello aportaría mayor certeza a los bancos y cajas en las refinanciaciones facilitando el crédito a las empresas. Se da, en cierto modo y parcialmente, carta de naturaleza a los acuerdos extrajudiciales preconcursales que cumplan los requisitos previstos en la disposición adicional cuarta de la LC⁸⁹, si bien no está muy clara la interpretación que haya de darse a las condiciones previstas, las cuales pueden no sólo encarecer las operaciones de refinanciación, sino que pueden incluso llegar a ralentizarlas (designación del experto independiente por el Registrador Mercantil, la elaboración por aquél del informe). Veamos, a continuación, algunas cuestiones relevantes al concurso de consumidor y a las que afecta, de algún modo, la reforma mencionada⁹⁰.

B) Consumidor y concurso: indiferencia de la condición de consumidor en el deudor insolvente

La LC establece que «La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica» (art. 1.1). Si bien no se realiza una declaración explícita sobre la indife-

⁸⁸ El artículo 8.º del Real Decreto 3/2009 modifica la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal que se refiere a los acuerdos de refinanciación que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto o a medio plazo, excluyéndolos de la rescisión prevista en el artículo 71.1 siempre que: «a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores».

⁸⁹ Muy interesante, sobre esta cuestión, resulta PULGAR EZQUERRA, J., «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación *ex* artículo 5.º 3 de la LC en el marco del RDL 3/2009», *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, págs. 45-57.

⁹⁰ Sobre el Real Decreto 3/2009, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La reforma –inarmónica– de la Ley Concursal», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 775, 2009, págs. 1 y 6-13; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal (Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009. *Vid.* también el monográfico sobre la reforma propiciada por el Real Decreto-Ley 3/2009, en *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009.

rencia a efectos del régimen aplicable del carácter empresarial o no del deudor, ésta se sobreentiende. Se pretende, pues, prescindir de la calificación como empresario del deudor, de tal manera que su actividad no condicione la disciplina normativa de su insolvencia como sí ocurría en el anterior régimen normativo.

Sin embargo, la equiparación entre deudor comerciante y el que carece de dicha cualidad no es absoluta. Ni tampoco es indiferente que el empresario sea una persona física o jurídica. Pese a la técnica de redacción utilizada, muy vinculada a la dogmática y filosofía del anterior régimen normativo de la quiebra (del cual el actual sistema es claramente tributario) ⁹¹ en donde el eje o centro del sistema era teóricamente el empresario individual ⁹², en realidad, el procedimiento concursal está realmente dirigido a personas jurídicas, normalmente empresarios y, además, de ciertas dimensiones. Sólo, excepcionalmente, se aplicará a personas naturales, no comerciantes, cuya identificación con el concepto de consumidor se realiza desde un punto de vista negativo: no ser persona jurídica y no tener la condición de comerciante. Para este sujeto que pretende la declaración concursal hay que realizar una constante búsqueda de la normativa concursal, procesal y sustantiva que le es aplicable, dispersa tanto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ⁹³ como en la propia LC.

Además, la LC que se ocupa de la ejecución universal del deudor no establece específicamente que la liquidación deba de respetar las reglas de inembargabilidad previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Llevado a ulteriores extremos puede producirse la paradoja de que en la ejecución colectiva no fuera posible aplicar la inembargabilidad de determinados derechos del concursado o bienes como su lecho, mobiliario de uso cotidiano, o instrumentos de trabajo esenciales que le garantice una existencia mínimamente digna, como se indicará ⁹⁴.

C) La regularidad en el cumplimiento como aproximación de los estados de sobreendeudamiento e insolvencia

No ha sido pacífico el concepto de insolvencia ni en el ámbito civil ni mucho menos en el mercantil, donde en ocasiones, se ha pretendido justificar la ejecución sobre el patrimonio del deudor con el mero sobreseimiento en los pagos, sin necesidad de justificar un desbalance patrimonial ⁹⁵. En

⁹¹ Repara en este aspecto, FERNÁNDEZ SEJO, J.M., «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», ob. cit., pág. 258, quien además añade que «El hecho de que en su redacción la Ley Concursal [sic] se refiera al concurso de personas físicas no quiere decir que el texto de la norma sea acertado y útil para resolver los importantes problemas tanto teóricos como prácticos que afecta a las insolvencias de personas físicas sobre todo cuando se trata de no comerciantes, de simples consumidores con problemas de sobreendeudamiento».

⁹² Como ilustración, baste el ejemplo del artículo 48 de la LC: «Efectos sobre el deudor persona jurídica», que destaca peculiaridades en materia de efectos de declaración del concurso cuando no se trata de una persona física.

⁹³ BOE núm. 164, de 10 de julio.

⁹⁴ Vid. FERNÁNDEZ SEJO, J.M., «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», ob. cit., pág. 258.

⁹⁵ Como exponente de esta teoría, vid. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 1.017.

la actualidad, la LC integra la «concepción patrimonial» (no se paga por déficit patrimonial) y la «concepción funcional» (se sitúa el centro en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esta imposibilidad)⁹⁶, al definir la insolvencia como aquel estado en que se encuentra «el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (art. 2.º 2).

Se comprueba que la LC no define el sobreendeudamiento. Únicamente en supuestos de concurso voluntario, el artículo 2.º 3 establece que el deudor «deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente» (único artículo de la LC en el que se hace referencia al endeudamiento y, además, como concepto distinto del de insolvencia)⁹⁷. Se presupone que el legislador español ha querido evitar que la simple declaración del deudor implique un uso abusivo por él mismo, animado por lograr paralizaciones en el curso de los intereses y de las ejecuciones⁹⁸.

El problema reside en que a lo largo de su texto dispositivo, la LC no define ni el endeudamiento ni la insolvencia suscitándose las correlativas cuestiones de delimitación conceptual. Es patente, pues, la dificultad que entraña la relación entre insolvencia y sobreendeudamiento, máxime cuando, como ya se ha apuntado, el segundo implica unas connotaciones metajurídicas que no es posible eludir. A ello se une la dificultad de calificar como excesivo un endeudamiento en una persona natural no empresaria con relación a una jurídica, obligada a llevar una contabilidad⁹⁹.

Sin embargo, parece posible encontrar un punto de encuentro entre sobreendeudamiento e insolvencia. Esta intersección se concreta en uno de los elementos definitorios del estado de insolvencia: la regularidad en el cumplimiento, lo que supondría que existirá insolvencia si el deudor puede cumplir con las obligaciones pero no de un modo regular o conforme a las reglas¹⁰⁰.

Ello conduce a una cuestión importante y que tiene que ver con reasignar una mejor función al concurso buscando no sólo la satisfacción de los acreedores, sino también la conservación y rees-

⁹⁶ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, pág. 40.

⁹⁷ Entendido el endeudamiento como el conjunto de deudas contraídas por el deudor, exigibles o no, el endeudamiento que deberá justificar el deudor en su solicitud de concurso aludirá a las obligaciones contraídas con independencia de si el pasivo es superior al activo. Desde este punto de vista, el (sobre)endeudamiento puede ser una manifestación del estado de insolvencia.

⁹⁸ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 2.º», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), T. I., ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 42, considera que, el Proyecto de Ley de 2002 incurriría en el defecto de permitir una declaración automática de concurso, con lo que se corría el riesgo de que el deudor acudiera al concurso voluntario con fines fraudulentos o con fines ajenos a los propios del concurso.

⁹⁹ Así lo destaca particularmente, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto objetivo», *Comentarios a la legislación concursal*, T. I, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 117, quien ante estas dificultades aboga porque el endeudamiento excesivo como presupuesto de insolvencia, sólo debería ser predicable en relación a las personas jurídicas que tengan deber contable.

¹⁰⁰ En este sentido, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La insolvencia de las familias en la Ley Concursal Española», *ob. cit.*, pág. 204: «Pago regular es el que se realiza de acuerdo con las reglas observadas por los operadores económicos en el específico sector de actividad de que se trate y con medios normales derivados del ejercicio de la empresa o de los ingresos ordinarios de un no empresario. En definitiva, es insolvente quien no puede satisfacer las obligaciones vencidas con sus ingresos ordinarios, regulares, aunque tenga bienes suficientes. Ese sujeto podrá optar por solicitar su concurso y no liquidar sin más sus bienes, aunque, evidentemente, no será indiferente la composición de su patrimonio».

tructuración del patrimonio del deudor con el fin, en último término, de superar la crisis económica. Efectivamente, nuestra legislación concursal ha optado por no introducir elementos paraconcursales ni tampoco preventivos de la insolvencia ¹⁰¹ que pudieran propiciar, además de la satisfacción de los legítimos titulares de los créditos, una recuperación económica del deudor; sin embargo, incluye como presupuesto objetivo del concurso la inminencia de crisis (art. 2.3). Con ello, se quiere hacer referencia a un estado previo de inseguridad que presupone ciertas situaciones fácticas reveladoras de insolvencia dotando al régimen jurídico del concurso de soluciones de signo preventivo y de auxilio, más allá de las soluciones convencionales basadas en el convenio o la liquidación. Ese estado previo de inseguridad se alcanza permitiendo anticipar el momento de declaración del concurso y es conocido en terminología anglosajona: *timing problem* ¹⁰².

La relevancia de la insolvencia inminente radica, pues, en que se está adelantando la apertura del procedimiento a una fase de amenaza de incumplimientos contractuales sin que, necesariamente, concurra el presupuesto de la impotencia para el pago de las deudas ¹⁰³. De esta manera, la LC se sitúa en la línea de anticipar el momento de apertura del procedimiento y nos acerca al concepto de «crisis económica» que contemplaba el Anteproyecto de 1983, en su artículo 9.º, como presupuesto objetivo del concurso cuando concurrieran los hechos reveladores de dicha situación ¹⁰⁴.

Nos situamos, entonces, ante un uso preventivo del sistema concursal que facilitaría el concurso de las familias o del consumidor sin tener que esperar a la comprobación de falta de bienes o de liquidez, ya que el deudor al prever la imposibilidad de cumplir *regularmente* con el pago de sus obligaciones podrá optar por anticipar la solicitud de apertura del procedimiento concursal.

En definitiva, y en palabras de Emilio BELTRÁN: «Con esa precisión en el concepto de estado de insolvencia la ley viene a reajustar las funciones del concurso de acreedores, evitando que se con-

¹⁰¹ Durante el trámite de redacción de la LC y ante la carencia de institutos preconcursales, la misma ya fue objeto de crítica. Así, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal», en *La reforma de la legislación concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dir.), ed. Marcial Pons/Registadores de España, Madrid, 2003, págs. 9-86.

¹⁰² El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), de 27 de enero de 2006, en *Anuario de Derecho Concursal*, 8/2006, págs. 338-342, pág. 339, señala que: «El presupuesto objetivo del concurso es una cuestión previa a cualquier disquisición sobre las características y funcionamiento de cualquier proceso concursal y constituye además un importante problema de política legislativa, pues equivale a determinar en la práctica los criterios conservativos o liquidativos de las empresas en crisis: hay que encontrar el equilibrio entre la necesidad de anticipar el concurso y evitar que cuando éste se plantea ya sea ineficaz por ausencia o insuficiencia de la masa activa, y la necesidad de impedir que las acciones ejecutivas universales solapen el ejercicio de las acciones individuales y ocupen un espacio que no es el suyo». Tal y como expresa GARRIDO, J.M., «El privilegio del acreedor instante de la quiebra», *Revista de Derecho Mervantil*, núm. 206, oct.-dic. 1992, en págs. 801 y ss., se refiere a esta cuestión del *timing problem*.

¹⁰³ A juicio de SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. II, ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004, pág. 456, se da un concepto amplio de insolvencia al referirse a la falta de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles manifestando así la LC la preocupación de adelantar la declaración de concurso. También, SUÁREZ-LLANOS, L., «El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia», en *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, I., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., BONET NAVARRO, Á., (dirs.), ed. Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 45 y 46.

¹⁰⁴ Esta opción fue criticada expresamente por GIRÓN TENA, J., «Introducción. Temario para una encuesta», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, monográfico, núm. 8, 1985, págs. 17-20.

vierta en un puro instrumento contable y en un procedimiento de liquidación de empresas –o de patrimonios– cuyo activo sea inferior al pasivo y ofreciendo al deudor la posibilidad de utilizarlo para afrontar de una manera organizada los pagos y, por tanto, la reestructuración de la empresa o del patrimonio»¹⁰⁵.

D) El privilegio comercial

Pese al pretendido carácter universal de la LC es imposible afirmar un trato igualitario en la misma a las empresas y a las personas físicas. Y ello, por tres razones básicamente:

1. Porque las empresas no son sujetos de derecho, lo son los empresarios.
2. Porque no se puede contraponer las empresas/empresarios con las personas físicas dado que también hay empresarios personas físicas.
3. Porque no es cierto que la LC establezca el mismo régimen para los empresarios, sean personas físicas o jurídicas, y los consumidores, sino que únicamente se establece la unidad de procedimiento, a lo que también cabe hacer la oportuna crítica¹⁰⁶.

Sentada esta premisa, se constata la permanencia de un privilegio comercial en la LC con dos manifestaciones fundamentalmente, a las que, a partir de la reforma parcial producida por el Real Decreto 3/2009, puede añadirse una tercera.

La primera aparece en la prohibición de paralización de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado no afectos a su actividad profesional o empresarial¹⁰⁷. Efectivamente, el artículo 56 de la LC prohíbe a los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad «iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación». Permite, en los mismos términos, la paralización o suspensión temporal de la ejecución de dichos bienes del concursado, en cuyo caso la administración concursal podrá atender los pagos necesarios con cargo a la masa (155.2). Sin embargo, esta opción no es predicable a la persona en relación a su vivienda familiar y concerniente a la oportunidad de extender los efectos de los artículos 56 y concordantes de la LC permitiendo la conservación de la misma

¹⁰⁵ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», ob. cit., pág. 44.

¹⁰⁶ Vid. COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, pág. 218, quien alude a esta confusión que late en el seno de la LC.

¹⁰⁷ La denominación de «privilegio comercial» viene realizada por ILLESCAS ORTIZ, R., «La persona física concursada», ob. cit., págs. 1992-1993.

en cuanto sea posible integrarla en «el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso» (asumiendo la propia terminología del apdo. III de la EM de la LC) ¹⁰⁸.

El consumidor declarado en concurso no puede, por tanto, solicitar la suspensión de ejecución sobre su vivienda habitual, a diferencia de lo que ocurre con un empresario en relación al local afecto a su actividad. La desprotección de la vivienda familiar por parte de la LC se deduce, además, de otras circunstancias, como es la adjudicación preferente de la vivienda al cónyuge del concursado previo abono de la diferencia en caso de que el precio de la vivienda supere el haber que le correspondiere (art. 78.4) ¹⁰⁹. Ese «abono de exceso» para una economía media, teniendo en cuenta la relevancia que el crédito hipotecario sobre la vivienda tiene, se convierte en un *quantum* tan elevado que hace impracticable dicha adjudicación, al no poder el cónyuge no concursado, en muchas ocasiones, hacerse cargo de la diferencia de numerario que se exige para la conservación de la vivienda para la familia.

La segunda manifestación del privilegio comercial se encuentra en relación al artículo 100 de la LC, que establece el contenido de la propuesta de convenio estando proyectado fundamentalmente para empresas, ya que vincula las quitas y esperas a los planes de viabilidad y a los ciclos económicos de las mismas. En el artículo 100.1, en su primer párrafo, se establecen los límites para los créditos ordinarios de las proposiciones de quita y espera, que no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno ni las esperas de cinco años, a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. No obstante, los mencionados límites legales pueden exceptuarse cuando se trate de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, en cuyo caso el juez puede ampliar aquellos límites ordinarios (art. 100.1, segundo párrafo) ¹¹⁰. Con esta solución, se pretende favorecer el proceso de reestructuración de dichas empresas, pero no es aplicable a otro tipo de deudor no empresarial.

La tercera manifestación de este privilegio comercial puede entenderse introducida por el artículo 8 del Real Decreto 3/2009 que, como se ha indicado, añade una disposición adicional cuarta a la LC excluyendo la posibilidad de rescindir los créditos concedidos en virtud de acuerdos de finan-

¹⁰⁸ El apartado f) del fundamento de derecho tercero del Auto del Juzgado número 3 de Barcelona de fecha 29 de diciembre de 2004, ya cit., dice literalmente, «La parte instante reclama la suspensión de un procedimiento hipotecario seguido ante los Juzgados de Manresa al amparo del artículo 56 de la Ley Concursal [sic], dicha medida es procesal y materialmente inviable en el supuesto de autos dado que el redactado del artículo 56 permite la paralización de las ejecuciones hipotecarias cuando los bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva, circunstancias que no concurren en el caso de autos ya que la hipoteca recae sobre la vivienda habitual. Por otro lado el planteamiento de la suspensión debe efectuarse ante el Juzgado que sigue la ejecución singular. Todo ello sin perjuicio de la comunicación que se haga al juzgado de referencia respecto de la declaración de concurso». También *vid.* el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, de 6 de abril de 2005, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, págs. 353-355, donde por parte del Ilustrísimo Magistrado Javier ANTÓN GUIJARRO, se deniega la solicitud de suspensión de ejecución hipotecaria por parte de una pareja de hecho que insta voluntariamente el concurso.

¹⁰⁹ El artículo 78.4 de la Ley Concursal establece que «Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquélla se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso».

¹¹⁰ El artículo 10.Cuatro del Real Decreto 3/2009 ha suprimido de la redacción del artículo 100.1 de la LC el preceptivo «informe emitido al efecto por la Administración económica pertinente».

ciación que respondan «a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo», cumplidos determinados requisitos. En realidad, no se favorece cualquier financiación, sino la que conlleva una reestructuración y tiene un plan de viabilidad y se refiere no sólo a los acreedores financieros profesionales sino también a los suministradores y proveedores. Ahora bien, está claro que el deudor ha de ser un empresario y no un consumidor o particular, el cual, por lo visto, viene sancionado al no ver facilitada una eventual refinanciación ante supuestos de crisis económica, ya que sus financiadores no gozan del privilegio mencionado.

E) La reiterada (e injusta) desconfianza del legislador frente al entorno familiar del deudor

Se recogen en la LC una serie de disposiciones que renuevan la desconfianza tradicional del legislador español en las relaciones patrimoniales entre parientes y que justifican, a juicio del mismo: bien, una presunción de perjuicio patrimonial, bien la postergación de los créditos que esos parientes pudieran ostentar contra su familiar concursado o, incluso, la prohibición de propuesta anticipada de convenio. Es la ya repetida protección o satisfacción de los acreedores a la que alude la Exposición de Motivos de la LC y que, a juicio de algunos, «(...) Se hace primar sobremanera respecto de la protección de los parientes: el tufo del fraude sigue, en opinión del legislador español contemporáneo, contaminando las relaciones económicas entre los consanguíneos»¹¹¹.

Las personas especialmente relacionadas con el concursado persona física, y de las que desconfía el legislador, aparecen reseñadas en el artículo 93 de la LC al regular los créditos subordinados, incluyendo en esa relación:

1. El cónyuge del concursado, o quien lo hubiera sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con el concursado con análoga relación de afectividad o hubieran convivido con él habitualmente en los dos años anteriores. La LC no establece régimen alguno para las personas que se hubieran separado en ese lapso de tiempo y, por lo tanto, no regula el régimen que se debe dar a las transacciones o acuerdos patrimoniales que se hubieran recogido en una separación de mutuo acuerdo; tampoco distingue entre actos dispositivos realizados constante el matrimonio o una vez disuelto o separados los cónyuges¹¹².

¹¹¹ Cfr. ILLESCAS ORTIZ, R., «La persona física concursada», ob. cit., pág. 2003; es de la misma opinión: MUÑOZ, L., «El concurso abreviado», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9, 2006, pág. 145.

¹¹² En comunidades autónomas como la catalana, donde el régimen legal económico subsidiario de primer grado es el de separación de bienes, o en aquellos casos en los que se hubiera pactado ante notario dicho régimen, se pueden dar muchos supuestos de actos dispositivos entre cónyuges tendentes a afrontar los gastos matrimoniales comunes. Es también posible, que siendo ambos cónyuges socios en determinadas actividades comerciales o profesionales proliferen dichos actos dispositivos. A juicio de FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», ob. cit, pág. 277, en nota a pie, núm. 50, resulta evidente que la valoración del perjuicio patrimonial, a los efectos de los artículos 71-73 de la LC, se configura como uno de los elementos fundamentales de estas acciones, por lo tanto el juez deberá indagar sobre la razón por la cual se ha producido ese acto dispositivo.

2. Ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas anteriormente mencionadas (cónyuge o asimilado).
3. Los cónyuges de ascendientes, descendientes y hermanos del concursado.

Sustancialmente, y al servicio de esta causa, el legislador español ha previsto lo siguiente.

a) *Acciones de reintegración*

Una presunción de perjuicio patrimonial con la consiguiente rescindibilidad de los contratos pactados entre dichas personas y el deudor persona física (arts. 71.2 y 71.3.1) y sin necesidad de que haya existido voluntad de fraude¹¹³. Los supuestos de acciones de reintegración responden a dos tipos de presunciones:

1. *Iuris et de iure*. Los actos de disposición a título gratuito y los pagos u otros actos que determinen la extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la fecha de declaración de concurso.
2. *Iuris tantum*. Es decir, con inversión de la carga de la prueba respecto del perjuicio patrimonial de:
 - a) Los actos dispositivos a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
 - b) La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o nuevas obligaciones contraídas en sustitución de aquéllas.

Una de las cuestiones más importantes de las acciones de reintegración gravita en torno a su naturaleza jurídica asimilándose mayoritariamente a una acción rescisoria del Derecho civil¹¹⁴. Y

¹¹³ Es interesante la matización que realiza ALCOVER GARAU, G., «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, vol. I, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO-ÚREBA, A., ALONSO LEDESMA, C., ALCOVER GARAU, G. (dirs.), ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 768 y 769, cuando al poner en relación el artículo 71.1 primer párrafo con el 73.3, ambos de la LC, concluye que, aunque la intención fraudulenta, (o la mala fe) de la contraparte en el negocio perjudicial, no es requisito necesario para el triunfo de la acción, lo cierto es que el que exista o no la misma es sumamente relevante para los acreedores concursales en relación a los efectos de la rescisión.

¹¹⁴ Sobre la naturaleza de la acción rescisoria concursal y su comparación con la acción rescisoria del Código Civil puede consultarse ALCOVER GARAU, G., «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», ob. cit., pág. 770, donde concluye que el legislador concursal ha optado por una acción de naturaleza rescisoria en fraude de acreedores o revocatoria cuya peculiaridad estriba en acoger de forma acusada la tendencia actual hacia la objetivación de los remedios contra el fraude de acreedores. Asimismo, SANCHO GARGARILLO, I., «Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, pág. 1.127, quien defiende que «La naturaleza común a la acción rescisoria por fraude de acreedores permitirá integrar las lagunas de la regulación concursal con la prevista en los artículos 1.291 y ss. del Código Civil». Sobre el debate en torno a la naturaleza de la acción rescisoria concursal.

cabe interrogarse si no hubiera sido más pertinente alejarla de dicha naturaleza y acercarla a la previsión del artículo 53.2 de la LC que establece la posibilidad de que la administración concursal impugne los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude. La legitimación en ambos casos, para impugnación en los supuestos del artículo 53 de la LC y para los supuestos de las acciones de reintegración de los artículos 71 a 73, recae en la administración concursal, pero existe una diferencia importante: el artículo 53.2 de la LC exige prueba de fraude mientras que el ejercicio de las acciones de reintegración requiere, únicamente, la prueba de perjuicio patrimonial (si bien tratándose de las personas especialmente relacionadas con el concursado, se presume el mismo, salvo prueba en contrario).

Al respecto, es preciso apuntar una cuestión que surge con ocasión de la promulgación de la Ley 41/2007, de Regulación del Mercado Hipotecario ¹¹⁵, y que aunque no se refiere directamente a las «personas especialmente relacionadas con el concursado», sí tiene conexión directa con el artículo 71 de la LC. El artículo 12 de la Ley 41/2007 ha modificado el artículo 10 de la Ley 2/1981, dándole el contenido siguiente: «Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso, quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe». Esta modificación es de singular importancia, ya que es una grave disposición que entorpece el mecanismo del artículo 71 que declara, con carácter general, rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor, sin exigir la prueba del fraude sino, en todo caso, del perjuicio patrimonial. Se trata, claramente, de una diferencia de trato que beneficia a las entidades de crédito, quienes no verán impugnados los créditos hipotecarios inscritos a su favor cuando el deudor venga concursado, nada más que cuando la administración concursal logre probar fraude en la concesión del mismo. El resto de los acreedores, que no entren dentro de la categoría prevista en el artículo 2.º de la Ley 2/1981, puede ver rescindidos sus créditos si la administración concursal logra probar únicamente el perjuicio patrimonial para la masa activa. Si esto no resulta correctamente corregido por la jurisprudencia resultará que existe una legislación para las entidades bancarias y otra para el resto de la población ¹¹⁶.

Además, ya se ha apuntado la diferencia de trato a los créditos concedidos por acuerdo de refinanciación mediando un plan de viabilidad cuando se trate de un deudor comerciante y cuando se carezca de esta cualidad.

¹¹⁵ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 de diciembre).

¹¹⁶ Esta diferencia de trato es denunciada por algunos autores, entre ellos, *vid.* TOMILLO URBINA, J.L., tal y como denunció en la conferencia titulada «Operaciones de separación y de reintegración de la masa activa. El concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal», dictada en el *Curso sobre Gestión de la crisis empresarial. El concurso de acreedores, responsabilidades y administración concursal*, organizado por Thomson-Aranzadi [Aranzadi Formación] y por el Ilustre Colegio de Abogados de Gijón [ICAG] de la Escuela de Práctica Jurídica del Principado de Asturias y de la Escuela de Práctica Jurídica «Fermín García-Bernardo» de Gijón. Salón de Conferencias del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón (Asturias), diciembre de 2007.

b) Subordinación de créditos

El legislador concursal ha previsto en el artículo 92.5 de la LC, asimismo, una subordinación de los créditos ostentados por aquellas personas contra el concursado, salvo que los créditos tuvieren la cualidad de salariales según el artículo 91.1 de la LC cuando el concursado sea una persona natural. En estos supuestos, los créditos que ostentan dichos parientes del concursado persona física se postergan automáticamente al último lugar de la lista de acreedores, lo cual significa que raramente van a cobrar lo que en principio les es debido. Pero lo realmente reseñable es que la calificación establecida en el artículo 92 de la LC y, más exactamente, los efectos a ella asociados, operan automáticamente cuando se produzca el supuesto de hecho previsto en la norma prescindiendo de si se ha producido algún perjuicio a la masa activa o, cuando menos, el acreedor (el ahora concursado) haya obtenido alguna ventaja apreciable, de donde se puede deducir el carácter claramente sancionador de dicha opción legislativa¹¹⁷. Son distintos los supuestos de créditos subordinados incluidos en el artículo citado y, para la mayoría de ellos, es posible encontrar una razón que justifica dicha postergación¹¹⁸, pero que, sin embargo, no se justifica en el caso de que el titular del crédito postergado sea una de las personas que el legislador considera «especialmente relacionada con el deudor».

De esta manera, el legislador español pretende hacer una importación de un modelo nacido en el Derecho estadounidense (especialmente diseñado para el ámbito empresarial). Esta teoría norteamericana permite subordinar los créditos de determinadas personas del círculo del deudor a los que se les califica como *insiders*, o acreedores internos, que, ejerciendo un grado de control sobre el deudor, pueden llegar a infringir el deber fiduciario de conducta que pesa sobre ellos (*fiduciary duty*) en detrimento del propio deudor o sus acreedores externos, justificando así la postergación de sus créditos. Ahora bien, para que esta subordinación venga autorizada es necesario que la conducta del acreedor haya sido fraudulenta y haya ocasionado perjuicio a los acreedores o una ventaja injustificada y, aunque es cierto que esta *misconduct* se ha visto ampliada por los Tribunales norteamericanos para incluir en su ámbito supuestos de fraude, ilegalidad, incumplimiento de deberes fiduciarios, infracapitalización o cualquier otro tipo de conducta dolosa o culposa que debe concurrir en el *insider*; en ningún caso se produce de manera automática.

¹¹⁷ La crítica a este automatismo legal está bastante generalizada entre la doctrina. Así: CORDERO LOBATO, E., «Comentario al art. 93», en *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1.103; ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva: las clases de crédito y su graduación», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal.*, GARCÍA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A; PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), ed. Dilex SL, Madrid, 2003, pág. 392.

¹¹⁸ El artículo 92 de la LC establece un listado de créditos cuya subordinación opera de forma automática: créditos comunicados tardíamente, los subordinados de origen contractual, de intereses, de multas y sanciones, cuyos titulares sean personas especialmente relacionadas con el deudor concursado y los créditos que, como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia hay sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado. ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva: las clases de crédito y su graduación», ob. cit., págs. 389 y 391, percibe las razones del legislador para la subordinación de la mayoría de los créditos contemplados en el art. 92 LC, pero esta autora critica la «subordinación automática por el mero hecho de ser personas relacionadas con el deudor, cualquiera que sea o haya sido la conducta de los titulares de esos créditos, lo que resulta manifiestamente exagerado e incluso de muy dudosa procedencia jurídica» (vid. pág. 392).

El problema es que nuestro legislador hace una importación descarriada de la *Doctrine of Equitable Subordination*, cuyo reconocimiento legislativo se hizo a través de la *Bankruptcy Reform Act 1978 (chapter 11)*¹¹⁹, ya que, por un lado, en un intento de huir de fórmulas jurídicas imprecisas que obligaran a recurrir a la casuística, opta por establecer un círculo de *insiders* que resulta inamovible en el ánimo de resolver definitivamente la posibilidad de discusión en torno a la calificación de *insider* o *no-insider* de un determinado acreedor, en la medida en que la LC solventa la cuestión mediante el recurso a un automatismo que excluye la prueba en contrario para unas personas especialmente relacionadas con el deudor concursado y por tal incluidas en un listado¹²⁰. Y por otro lado, porque se extiende del ámbito empresarial al ámbito doméstico¹²¹.

Resulta criticable que se «sancionen» ciertos actos dispositivos con familiares de una manera, insisto, automática y no así los que se realicen con aquellos con los que se tenga por ejemplo, una estrecha amistad. Abandonado el modelo de familia romana hace ya tiempo, difícilmente se puede afirmar que la sola relación de parentesco, excluyendo en su caso al cónyuge del concursado o al que conviva maritalmente con él, sea suficiente para recalificar un crédito preconcursal, basándose únicamente en la mayor información que dichos familiares puedan tener por la lógica cercanía de la convivencia con el ahora concursado¹²². El automatismo legal que asimila el *insider* persona jurídica al *insider* persona física es susceptible de ser duramente criticado, porque permite sancionar a unos familiares de una persona que prestan el auxilio debido y solicitado por la misma ante una situación de apuro económico, viendo en estos casos sus créditos postergados al último lugar de una lista de acreedores. Tal medida puede incluso ser calificada de clara intromisión en el ámbito familiar y del auxilio debido dentro de su seno, sin entender la preferencia del legislador por unos acreedores externos a los acreedores internos de carácter familiar¹²³ y sin permitir la discrecionalidad que en otros casos proporciona la LC al juez del concurso: superación de los límites a las proposiciones de quita y espera (art. 100 de la LC) o rechazo de oficio del convenio aceptado (art. 131 de la LC).

¹¹⁹ Un excelente trabajo sobre el modelo estadounidense de la doctrina de la *equitable subordination* es realizado por GUASCH MARTORELL, R., «El modelo estadounidense de tratamiento de los préstamos de socios: la doctrina de la *equitable subordination*» [sic], *Revista General del Derecho*, núms. 673-674, 2000, págs. 13.349-13.368.

¹²⁰ En este sentido, *vid.* ÁVILA DE LA TORRE, A., «La extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas con el concursado», *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2006, págs. 156-159, esp. 158 y 159, donde explica cómo uno de los puntos más debatidos en la elaboración del Anteproyecto de LC giró en torno al enfrentamiento entre la que dio en denominarse «concepción societaria» y la «concepción concursal». Para la primera, la postergación exigía la demostración del fraude al capital, mientras que la segunda abogaba por la automaticidad de la subordinación en un intento por evitar «los clásicos inconvenientes de las fórmulas basadas en un parámetro de conducta genérico». Se alude a cómo en los trabajos prelegislativos, después de grandes debates, se optó por los planteamientos concursales y por lo tanto, una solución de política legislativa que elimina el margen discrecional de decisión de los tribunales en la medida en que, de otro modo, resultaría lento y complicado llegar a la unificación de criterios.

¹²¹ Esta idea es la que permite afirmar a MUÑOZ, L., «El concurso abreviado», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9, 2006, pág. 146, que «La institución pensada para el crédito empresarial se aplica, sin matizaciones ni temperamentos, al no empresario».

¹²² En este sentido, *vid.* ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva: las clases de crédito y su graduación», *ob. cit.*, pág. 395.

¹²³ Son muy interesantes las apreciaciones que hace ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva: las clases de crédito y su graduación», *ob. cit.*, pág. 395, en este sentido, tanto en relación por la sanción que hace el legislador a los familiares del concursado sin permitir la prueba en contra como la que hace con carácter más general al sistema legal implantado del automatismo y las consecuencias que conlleva incluso en los supuestos de infracapitalización cuando se trate de una persona jurídica (*vid.* pág. 397). La crítica al sistema la realiza, asimismo, ÁVILA DE LA TORRE, A., «La extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas con el concursado», *ob. cit.*, pág. 161.

F) Los elevados costes temporal y económico del concurso. La insuficiencia del procedimiento abreviado. Las nuevas medidas propuestas

El procedimiento concursal es lento y caro y a pesar de los esfuerzos realizados por los redactores de la LC.

El legislador concursal ha intentado aminorar los mencionados costes, principalmente con la introducción del convenio anticipado y del procedimiento abreviado. En relación al primero, cabe decir que la LC dice querer fomentar la solución negociada del concurso con la admisión de la propuesta anticipada de convenio (arts. 104-110 de la LC) a ser presentada únicamente por el deudor requiriéndose para ello:

- a) Las adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1); a partir del Real Decreto 3/2009 se ha añadido que «Cuando la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario bastará con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo» (art. diez, seis).
- b) Que el deudor no haya solicitado la liquidación (art. 104.1).
- c) Que no concurra en él alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 105.1¹²⁴. El Real Decreto 3/2009 ha reducido considerablemente el elenco contenido en dicho artículo, lo cual ha de estimarse positivamente, ya que de los 6 números del artículo 105.1 han quedado sólo los dos primeros. Cabe destacar la supresión de la prohibición que contemplaba la LC de presentación legal de propuesta anticipada de convenio por persona física concursada, en caso de haber sido por ella celebrados contratos en las circunstancias aludidas en el artículo 105.5 b) y con las personas especialmente relacionadas. Las especiales circunstancias del artículo 105.5 b) consistían en «actos de disposición de bienes o derechos a título oneroso que hayan sido efectuados o celebrados como máximo tres años antes de la fecha de solicitud de concurso y, por último, han de haber sido realizados en condiciones que, al tiempo de su celebración, no fueren las normales del mercado».

La propuesta anticipada de convenio pretende asumir el papel de los convenios preconcursales, lo que, unido a que se superpone a la fase común, intenta reducir los costes temporales del proceso y, por ende, también los económicos. Además, el Real Decreto 3/2009 pretende su impulso añadiendo un nuevo apartado 3 en el artículo 5.º de la LC retrasando la obligación del deudor en insolvencia actual de instar la declaración concursal en el plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera tenido conocimiento o debido conocer su estado de insolvencia (se puede extender hasta cuatro meses).

¹²⁴ Las prohibiciones contenidas en la LC han sido objeto de crítica al basarse en algunos casos en la actitud del deudor (condicionamientos subjetivos), opción que no propicia la solución conservativa en favor de la empresa sino tan sólo «premiar» al «deudor bueno». *Id.* en este sentido, PULGAR EZQUERRA, J., «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003, Concursal, y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, GARCÍA VILLAYERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), págs. 443 y 444.

En relación a la tramitación del procedimiento abreviado, sus características principales consisten en reducir a la mitad los plazos del procedimiento ordinario y en nombrar un único administrador concursal.

El procedimiento abreviado viene contemplado en los artículos 190 y 191 de la LC. Concretamente, el artículo 190.1 de la LC, según la redacción dada por el Real Decreto 3/2009, establece que: «El juez aplicará un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 10.000.000 de euros».

Como se ha indicado, los efectos fundamentales de la aplicación del procedimiento abreviado vienen contemplados en el artículo 191: 1. Los plazos en la LC se reducirán a la mitad, salvo aquellos que, por razones especiales, el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. 2. La administración concursal estará integrada por un único miembro que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil (punto 3 del apdo. 2 del art. 27 de la LC), salvo que el juez, apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resolviera expresamente lo contrario.

Ante todo, es preciso hacer una matización significativa y es que el procedimiento previsto en los artículos 190 y 191 de la LC (antes de la modificación por el RD 3/2009) no imponía la obligación al juez del concurso de una persona física de tramitar necesariamente él mismo por dicho procedimiento. Y ello a pesar de la creencia bastante generalizada de que en tales circunstancias procedería su aplicación *ope legis*¹²⁵. Lo que no ha cambiado es que, si bien los efectos normales del procedimiento abreviado son el nombramiento de un «único» administrador y la reducción a la mitad de los términos y plazos legalmente previstos, éstos pueden ser alterados cuando lo estime necesario el juez del concurso. Así se deduce del artículo 191 de la LC, cuando el número 1 establece que el juez podrá mantener los plazos ordinarios, cuando por «razones especiales» lo acuerde para «el mejor desarrollo del procedimiento»; o el número 2, en relación a la posibilidad de no integrar la administración concursal por un único miembro cuando el juez «apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resolviera expresamente lo contrario».

Hecha esta precisión conviene comentar una cuestión relativa al presupuesto cuantitativo u objetivo y que tiene que ver con la ampliación de la cuantía a 10.000.000 de euros.

El artículo 190.1 establecía originariamente, como ya se ha dicho, que la estimación inicial del pasivo no superara 1.000.000 de euros. Se apuntó la posibilidad de proceder a una revisión automática de dicha cantidad con la justificación de que el transcurso del tiempo no hiciera ineficaz la

¹²⁵ Compartimos, por tanto, la apreciación que en este sentido manifiesta, COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», ob. cit., pág. 238.

aplicación de dicho procedimiento abreviado ¹²⁶. Sin embargo, el legislador español, en la redacción definitiva de la LC, no quiso facilitar una actualización automática de la cuantía del pasivo, con el riesgo evidente de una inaplicación progresiva del procedimiento abreviado tal y como ocurrió en Italia con el procedimiento sumario de los artículos 155 a 159 de la *Legge fallimentare* de 16 de marzo de 1942, ahora derogados por el Decreto legislativo de 9 de enero de 2006 ¹²⁷. Lo que se ha demostrado que ha ocurrido en la práctica española e impulsado la modificación del límite cuantitativo, en el ánimo de poder acoger mayor número de procedimientos abreviados con una eventual reducción de los costes.

Respecto a la estimación inicial a la que se refiere literalmente el texto legal, cabe apreciar en primer lugar, que la valoración judicial no exige una prueba o demostración indubitada de la concurrencia del presupuesto cuantitativo sino una acreditación inicial que justificara una probabilidad o verosimilitud, sin perjuicio de la ulterior conversión del procedimiento si vinieran acreditadas otras circunstancias. Y en segundo lugar, que dicha valoración indiciaria ha de hacerse a partir de ciertos documentos incorporados a los autos del concurso al inicio del procedimiento. La determinación inicial del procedimiento abreviado en el concurso voluntario de persona física no comerciante será, previsiblemente, la situación más normal. En este caso, la decisión del juez del concurso se fundamentará en la documentación proporcionada por el propio deudor en su solicitud (relación de acreedores y memoria explicativa), debiendo el juez de oficio incluir en el auto de declaración concursal su opción sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado así como los efectos que ello conlleva (reducción de plazos a la mitad y órgano unipersonal en la administración concursal) y con la teórica reducción de coste económico del procedimiento. Otra cuestión sería valorar si estas consecuencias pueden implicar un estímulo al deudor no comerciante para instar la iniciación voluntaria del procedimiento concursal.

Además, si bien es cierto que la cuantía del pasivo sirve a la LC como criterio delimitador en muchas ocasiones ¹²⁸, es susceptible de valoración si es oportuno remitirse al pasivo del deudor como requisito concurrente para la tramitación del procedimiento abreviado ¹²⁹. Se han esgrimido razones para no justificar un procedimiento especial en base únicamente al pasivo resultante sometido a per-

¹²⁶ El informe sobre el Anteproyecto de LC del Consejo General del Poder Judicial, de 6 de noviembre de 2001, señaló que «La cifra máxima señalada (300.000 €) no es excesiva y podría incrementarse, dado el significativo abaratamiento que puede suponer el procedimiento, a la vez que interesa prever un procedimiento de revisión automático o cuando menos efectivo de dicha cuantía, a fin de que el transcurso del tiempo no haga ineficaz su aplicación». *Vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal del Consejo General del Poder Judicial, de 6 de noviembre de 2001», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003, Concursal y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), ed. Dilex SL, Madrid, 2003, pág. 685.

¹²⁷ *Decreto Legislativo 9 de gennaio de 2006, num. 5, contenente la «Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali»*, *Gazzetta Ufficiale num. 12 del 16 gennaio 2006. Suplemento ordinario num. 13*, que entró el vigor el 16 de julio de 2006.

¹²⁸ Así, la cuantía del pasivo será la que señale el deudor en la solicitud de concurso voluntario (arts. 6.º 2.3 y 106.1), en el incidente de oposición al concurso necesario (art. 18.2), al cumplimentar el requerimiento que se le practique en el concurso necesario (art. 21.1.3) o cuando proceda la transformación del procedimiento, el pasivo será el que se derive de la lista definitiva de acreedores (art. 190.2).

¹²⁹ En este sentido se interroga también, MUÑOZ, L., «El concurso abreviado», *ob. cit.*, págs. 126 y 127.

manente inflación monetaria y cuya actualización nunca se produce o se produce tardíamente ¹³⁰. Es por ello que es posible presentar otros criterios alternativos como son por ejemplo: el importe del activo ¹³¹; su composición; la discrepancia de, al menos, un 25 por 100 entre el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado o entre el importe del pasivo que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada; el número de acreedores concursales u otras circunstancias que enumera el artículo 6.º del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales y que pudieran aportar índices suplementarios de complejidad o de simplicidad en el concurso ¹³².

Por fin, las singularidades procesales que se derivan de la decisión judicial de tramitar el concurso por el procedimiento abreviado no son suficientes cuando se trate de una persona física no comerciante. Sin perjuicio de la remisión a un análisis más pormenorizado de la solución de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, al concurso del consumidor baste aquí decir que el procedimiento abreviado sigue siendo innecesariamente complicado ya que las dos simplificaciones en relación al procedimiento general –reducción a la mitad de los plazos y órgano unipersonal en la administración concursal– no consiguen abaratar significativamente el coste económico y temporal del proceso ¹³³. El incumplimiento ocasionado frecuentemente por la tramitación de los incidentes

¹³⁰ Con ocasión del Anteproyecto de LC de 1983, el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., ponente del mismo, explicaba las razones por las que en esa ocasión no se había optado por la instauración de un procedimiento simplificado o sumario al estilo de los artículos 155 a 159 de la *Legge fallimentare* de 1942 en pro de un reconocimiento de un único régimen general adaptable caso por caso a las exigencias del patrimonio en situación de crisis económica. Presentaba dos problemas prácticos a la hora de justificar la especialidad de un procedimiento sumario a razón del importe del pasivo: «El primero es el común a todas las normas de delimitación cuantitativa con referencia a la moneda: la inflación monetaria. En épocas como la actual, la distinción en función de la cuantía del pasivo está condenada a una permanente actualización, que, según demuestra la experiencia, casi nunca se produce o se produce con extraordinario retraso. Es significativo que, en la realidad italiana, se asista, por esta causa, a la práctica desaparición del procedimiento sumario. El segundo problema hace referencia al momento de la determinación del pasivo (...) Pero la canalización de un concurso por la vía sumaria en base a la sola relación del pasivo presentada por el deudor en el escrito de solicitud (...) se realiza sin comprobación de la exactitud de ese pasivo, y, por consiguiente, sin garantía alguna. De otra parte, fundar la distinción entre concurso general y concurso sumario en la cuantía del pasivo es insuficiente. En buen número de casos, un escaso pasivo aconseja un procedimiento breve de liquidación; pero en otros muchos la complejidad del activo aconsejara lo contrario».

¹³¹ Así lo propugnaba el Grupo Parlamentario catalán (CIU) con la enmienda 56. Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A. 2, de diciembre de 2002, núm. 101-15, pág. 214.

¹³² Entre otras circunstancias, el artículo 6 del real decreto mencionado alude a un número de acreedores superior a 1000; cuando el número de trabajadores empleados por el deudor sea superior a 250 en la fecha de declaración del concurso, o cuando el número medio de trabajadores empleados durante el año inmediatamente anterior sea superior a 250; cuando el número de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios que figuren en el inventario presentado por el deudor fuera superior a 10 o, al menos, tres de ellos radiquen en distintas provincias; cuando el concursado fuera entidad de crédito o de seguros. Hay que tener en cuenta, la reforma del artículo 34.2 de la LC, por el Real Decreto 3/2009, cuando establece que la retribución será fijada por auto del juez, mediante arancel aprobado reglamentariamente que «que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso». A la espera de que la reforma legal se articule en la correspondiente norma reglamentaria, sigue en vigor el Real Decreto 1860/2004.

¹³³ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores», *ob. cit.*, pág. 25; MUÑOZ, L., «El concurso abreviado», *ob. cit.*, pág. 146; COLINO MEDIÁVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», *ob. cit.*, esp. nota a pie núm. 25. QUINTANA CARLO, I., «El sobreendeudamiento de los consumidores y la

concursores, de los llamados plazos impropios que deben disciplinar la actividad del juez del concurso, y los costos a los que debe hacer frente el concursado (abogado, procurador, publicaciones), que abonados en régimen de prededucción (arts. 84.2.2 y 154 de la LC) reducen la masa activa, son problemas que no se resuelven con una simple reducción de los plazos propios o con una administración concursal unipersonal ¹³⁴.

Al respecto, cabe traer a colación las palabras del Profesor Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: «(...) Implica decidir si la insolvencia del consumidor debe ser tramitada y resuelta en el marco de un procedimiento especial, o por el contrario, reconducida al procedimiento general. La Ley Concursal [sic] ha optado claramente por la segunda solución. Esta opción debe ser contemplada como una medida congruente con lo que son criterios definitorios de la nueva norma y, singularmente, con sus criterios unitarios. La unidad legal y de disciplina no casan con el hecho de adoptar procedimientos especiales en materia de insolvencia basados en el presupuesto subjetivo y, al propio tiempo, el procedimiento concursal establecido se caracteriza por su flexibilidad y capacidad de adaptación a los concurso de menor entidad. En contra de esta argumentación se podrá alegar, también con fundamento, que incluso el supuesto del procedimiento y abreviado resulta excesivo para situaciones de insolvencia de personas naturales que tienen su origen en deudas contraídas en el ámbito puramente familiar o personal. A favor de esa postura operan, además, aquellas disposiciones que, inspiradas inequívocamente por la búsqueda de una solución a la insolvencia del consumidor, autorizan una intervención moderadora de los jueces y tribunales, que podrá fijar nuevos plazos y moderar cláusulas penales» ¹³⁵.

ley concursal», ob. cit., pág. 2.269, que señala que el procedimiento, abreviado o no, será en todo caso un procedimiento costoso y, sobre todo, largo; lo que es incompatible con las finalidades que se persiguen en los casos de sobreendeudamiento de los consumidores; ZABALETA DÍAZ, M., «La condonación de las deudas pendientes en Derecho concursal alemán», en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. I, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 912: «(...) Por lo que hubiera sido deseable que, al margen de la reducción de plazos, se hubieran incluido previsiones específicas que tuvieran en cuenta las especialidades de este tipo de deudor. En ese sentido, el procedimiento abreviado se antoja especialmente complejo u costoso (...); BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La insolvencia de las familias en la Ley Concursal Española», ob. cit., págs. 204 y 205; GOZALO LÓPEZ, V., «La protección de los consumidores en el procedimiento concursal», ob. cit., 291 y 292.

¹³⁴ El alto coste del procedimiento concursal ya había sido denunciado durante el trámite de redacción de la LC, y así, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», *La reforma de la legislación concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dir.), ed. Marcial Pons/Registadores de España, Madrid, 2003, págs. 322-337. Lejos de solucionarse, el problema se ha visto incrementado con el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que fija el arancel de los administradores concursales y que, al menos en los grandes concursos, atribuye a la administración concursal unos considerables honorarios; con la reforma del arancel de los procuradores, ya que los derechos arancelarios del procurador que inste el concurso tanto necesario como voluntario, se han incrementado casi en un 40 por 100, porcentaje que se supera incluso en concursos cuyo pasivo exceda de los 600.000 euros. En esta línea se sitúan también los criterios orientativos de honorarios de los respectivos Ilustres Colegios de Abogados. A tal fin, ha venido a contribuir la reforma del artículo 34.2 de la LC, por el Real Decreto 3/2009, cuando establece no sólo, una salvaguarda tendente a garantizar a los administradores concursales el pago mínimo retributivo para los concursos con masa insuficiente, sino, y sobre todo, la necesidad de fijar reglamentariamente una cantidad máxima a percibir por los administradores concursales por la totalidad del procedimiento. Asimismo, los honorarios de los expertos independientes que intervengan en el procedimiento serán con cargo a la retribución de la administración concursal, no con cargo a la masa como se realizaba hasta ahora.

¹³⁵ *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «De los presupuestos del Concurso», en *Comentarios a la legislación Concursal*, T. I, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), ed. Lex nova, Valladolid, 2004, pág. 73.

Por último, cabe mencionar dos aportaciones del Real Decreto 3/2009 con el ánimo de aminsonar costes: la propuesta de liquidación anticipada y la tramitación escrita del convenio. En relación a la primera, el artículo 11 introduce el artículo 142 bis a la LC regulando la liquidación anticipada, que aunque más aplicable a los empresarios, se refiere a que todo deudor podrá presentar desde el mismo inicio del concurso la propuesta evitando así que los costes del procedimiento y la devaluación de los activos impidan que los acreedores se encuentren con que, al final, no tienen nada que cobrar. Los tiempos procesales consumían los recursos del deudor ya que no se podía comenzar la liquidación hasta acabar la fase común, lo que se venía denunciando desde hace tiempo, porque al final el proceso se alargaba más de lo debido. Si el juez aprueba la liquidación anticipada podrá autorizar el pago de los créditos sin esperar a que se solucionen las posibles impugnaciones que surjan. Eso sí, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación. El problema es que, aunque se ha adelantado el momento para su tramitación (aún cuando haya sido presentada con la solicitud de concurso voluntario), deberá tramitarse necesariamente una vez presentado el informe de la administración concursal, de modo que el ahorro de tiempo queda reducido al periodo de resolución de las impugnaciones de la lista de acreedores o del inventario (adoptando las medidas cautelares que el juez considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación). Al respecto, cabe interrogarse la razón por la que el legislador no ha querido configurar la liquidación como propuesta anticipada de liquidación que se tramite con la propia solicitud de concurso voluntario, con el consiguiente ahorro económico y temporal. En relación a la segunda, se ofrece la posibilidad de prescindir de la junta de acreedores tramitando el convenio por escrito, si éstos exceden de 300 ¹³⁶.

7. PROPUESTAS *LEGE FERENDA* PARA UNA FUTURA REFORMA EN EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR

Parece poco probable que el legislador español decida en la actualidad articular los mecanismos legislativos necesarios para proceder a instaurar un procedimiento preconcursal colectivo, dado el alto coste que su puesta en marcha conlleva, como se ha indicado. Esta afirmación no obsta la pretensión de mejorar el procedimiento de ejecución colectiva del que se dispone en la actualidad, como es el concursal, ya que se constata la ineptitud de la LC para afrontar la particular situación de la incapacidad para pagar de una persona física. Ahora bien, hay que partir de que el tratamiento concursal es sólo un aspecto de una problemática más general como es el sobreendeudamiento de los consumidores al que, normalmente, aporta la solución final. Es cierto que el ordenamiento jurídico puede y debe ofrecer medidas para prevenir el sobreendeudamiento antes de que surja la crisis patrimonial ¹³⁷, pero por ser precisamente el procedimiento concursal el último eslabón jurídico de la cadena, no sea el cauce más adecuado para ese fin. Esta afirmación no es incompatible con la posibilidad de incorporar al procedimiento concursal ciertas medidas adecuadas a la persona física no

¹³⁶ Ésta es una de las propuestas que en su día fue presentada por COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de Consumidor», ob. cit., pág. 13.

¹³⁷ Sobre las medidas preventivas, *vid.* TRUJILLO DíEZ, I.J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, ob. cit., págs. 54-78.

comerciante que concursa, como son ciertas soluciones de reestructuración patrimonial del deudor, opción desechada por nuestro legislador concursal y, por ello, criticada por algunos sectores doctrinales¹³⁸. La propia Exposición de Motivos de la LC reconoce como su objetivo primordial la satisfacción a los acreedores y no, por supuesto, lograr una rehabilitación económica de la persona insolvente. Desde este punto de vista, se constata una falta injustificada de atención de la LC al concurso de una persona física no comerciante ya que, si el legislador reconoce como posible compaginar la protección primaria de satisfacer a los acreedores y la conservación de empresas o unidades de producción¹³⁹, no se comprende el descarte de la protección de las economías domésticas o familiares en el seno del procedimiento concursal. Si el principio de unidad de disciplina permite atender las especiales exigencias del concurso de empresario o profesional, también deberá permitir atender las propias del no comerciante, al menos el de aquel que merezca un trato favorable por no haber provocado de manera dolosa o culposa su propio estado de insolvencia lanzándose compulsivamente a un endeudamiento excesivo¹⁴⁰.

Salvada la reticencia manifestada por el legislador a modificar la LC introduciendo mejoras necesarias, dada la reciente promulgación del Real Decreto 3/2009, y ante la anunciada y esperada reforma integral de la misma, queremos contribuir haciendo las siguientes aportaciones:

A) Favorecer el convenio o «plan de viabilidad» frente a la liquidación

La búsqueda de una solución negociada al concurso no debe de implicar el sacrificio de los titulares de los créditos más allá de lo estrictamente necesario. Hay que establecer, pues, la tensión adecuada entre la recuperación patrimonial del consumidor y el mercado de crédito. Sería oportuno considerar la posibilidad de valorar una eventual responsabilidad en la concesión de crédito al deudor concursado, lo cual ha de tenerse en cuenta a la hora de posicionar a los acreedores en el concurso. Además, con el fin de favorecer la recuperación patrimonial del particular de buena fe, podría considerarse degradar algunos créditos con privilegio general que afecten al consumidor. Así sería procedente equiparar los créditos tributarios y demás del Derecho público a que se refiere el número 4 del artículo 91 de la LC a los ordinarios. Esta propuesta se justificaría porque, en relación a los cré-

¹³⁸ Vid. QUINTANA CARLO, I., «El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal», ob. cit., pág. 2257, manifiesta al respecto que la LC que ha ignorado la situación de sobreendeudamiento de los consumidores indicando que el Derecho Concursal debe constituir una de las sedes (no la única) adecuadas para resolver dicha situación ya sea posibilitando un procedimiento concursal particular, ya sea instrumentado mecanismos previos tendentes a evitar la apertura de la insolvencia, ya sea, por último, disponiendo remedios posteriores que maten la responsabilidad por la parte de la deuda que no se haya podido satisfacer tras la ejecución colectiva del patrimonio del deudor. Vid. también, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «El presupuesto subjetivo de la declaración del concurso. En particular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores», ob. cit., pág. 85, que reconoce el esfuerzo que realizan los jueces mercantiles en relación a los concursos de los particulares pero critica a la LC al no establecer un procedimiento razonable y adecuado para los mismos.

¹³⁹ Vid. párrafo VI de la Exposición de Motivos de la LC.

¹⁴⁰ Así lo expresa, asimismo, COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», ob. cit., págs. 225 y 226, y esp. nota 26.

ditos del acreedor institucional, el Estado debe sacrificarse igualmente en beneficio de una posible recuperación económica del deudor ¹⁴¹.

La solución negociada del concurso no es de fácil consecución dado que el juego de determinados artículos en nuestro sistema la hace poco atractiva para los acreedores frente a la liquidación patrimonial. Dichos artículos son: el artículo 1.911 del Código Civil que establece el principio de la responsabilidad universal del deudor que se ve complementado con el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil donde se advierte que «La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante», así como con los artículos 1.156 y 1.157, ambos del Código Civil, que declaran la extinción de las obligaciones únicamente por el pago total o cumplimiento de la prestación. Además, salvo que el deudor disponga de bienes para garantizar los pagos, los acreedores, a tenor de la redacción actual de la LC, pueden rechazar el convenio.

Legalmente debería de favorecerse la vía consensuada estableciendo mayor flexibilidad en las mayorías exigidas en junta de acreedores con el fin de propiciar un itinerario consensuado de pagos. Esta solución sería posible de aplicarse la mayoría menos rigurosa que la exigida con carácter general en el párrafo primero del artículo 124 de la LC para la aceptación del convenio por parte de los acreedores que establece que «para que se considere aceptada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso». Pero el propio artículo prevé en el párrafo segundo que será suficiente que vote a su favor (de la propuesta de convenio) una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra, «cuando el contenido de la propuesta a convenir consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 por 100» ¹⁴².

Pues bien, la benevolencia que demuestra la LC, en relación a las mayorías exigidas para aprobar un convenio en la actualidad, debería extenderse a otros supuestos además del expresamente contemplado. La protección del particular no culpable de su insolvencia no parece justificar suficientemente, a juicio de nuestro legislador, una mayor flexibilidad legal en relación a la mayoría de acreedores necesaria para aceptar el convenio con el deudor, criterio del que cabe discrepar abiertamente, proponer su modificación.

Con la misma finalidad de favorecer una solución negociada al concurso a partir de un itinerario de pagos, es posible plantearse el grado y contenido de discrecionalidad judicial óptima para el

¹⁴¹ La crítica a los privilegios de los créditos públicos fue realizada en su día en un artículo ácido y satírico con ocasión de la reforma concursal por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «El diablo y la reforma del derecho concursal», ob. cit., donde se puede leer: «Para las leyes, después de los diablos nada hay tan peligroso como los incompetentes bienintencionados. Y así, en esta fase, por citar ejemplos, se aumentan los privilegios de los créditos públicos (a veces de modo expreso, y otras de modo mucho más sutil, reconociendo extraños derechos de separación).

¹⁴² Este artículo 124 ha sido modificado por el artículo 10 nueve del Real Decreto 3/2009, para añadir que «(...) En los supuestos de tramitación escrita los acreedores contrarios a estas propuestas deberán, en su caso, manifestar su voto en contra con los mismos requisitos previstos para las adhesiones en el artículo 103 y en los plazos de los artículos 108 y 115 bis de esta ley».

supuesto que fracase la aceptación del plan de pagos propuesto por el deudor y, por lo tanto, la posibilidad de imposición judicial del convenio aun con el voto en contra de los acreedores.

Ante todo, se debe tener presente que los «planes de viabilidad» de un consumidor no dan muchas opciones al deudor o, por lo menos, menos opciones que en una empresa en la que los reajustes de plantillas o las resoluciones de contratos pueden sanear la capacidad de producción de una compañía. El consumidor normalmente utilizará el concurso como un instrumento para «parar» o suspender pagos temporalmente pero, para poder resolver algunos contratos o rehabilitar otros, deberá contar con cierta capacidad de tesorería o disponer de patrimonio inmobiliario no afecto a garantías reales con el que poder asumir nuevas garantías durante el concurso. De ahí que se plantee la oportunidad de la imposición judicial del acuerdo aun contra el voto de los acreedores. Pero surge la pregunta: «¿en todo caso?». Para algunos, la utilidad de la autorización al juez para imponer un plan de pagos a los acreedores ordinarios estaría únicamente justificada en los supuestos que realmente se prevea una recuperación económica avalada, entre otros factores, por una diferencia considerable, por ejemplo, entre el precio de la vivienda y el préstamo hipotecario, o la previsión de ingresos por trabajo o bien la concurrencia de un patrimonio susceptible de ser enajenado ¹⁴³. Sin embargo, desde otra perspectiva, parece posible la instauración en estos supuestos de concordatos preventivos que permitan en aquellos supuestos en los que el juez constate una situación de insolvencia de imposible asunción por el deudor con su patrimonio y previsión de ingresos (siempre y cuando se fijen las suficientes garantías para evitar nuevas situaciones de endeudamiento) la posibilidad de imponer quitas y esperas definitivas aún con el voto en contra de los acreedores, amén de otras medidas alternativas ¹⁴⁴. Abogo por esta solución, ya que la discrecionalidad judicial debe poder estimar hasta qué punto la situación concreta del concurso del particular sin patrimonio o previsión de ingresos justifica la imposición de un itinerario de pagos. Ahora bien, habría que hacer un importante ejercicio de prudencia, ya que está en entredicho el principio de la autonomía de la voluntad que rige nuestro sistema y aunque la Constitución Española permita alterar este principio, las excepciones al mismo para proteger a la persona física concursada deben estar fundamentados en la necesidad de compensar desequilibrios perjudiciales para la misma en las relaciones patrimoniales. En caso contrario, se puede caer en un excesivo proteccionismo que no viene justificado por el ordenamiento jurídico, ya que se puede llegar no sólo a

¹⁴³ Vid. COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», ob. cit., pág. 229, «Para ilustrar la utilidad de la autorización al juez para imponer un plan de pagos a los acreedores ordinarios puede servir un ejemplo (...) Piénsese en el concurso no culpable de un consumidor que, no obstante su estado de insolvencia, tiene un activo superior al pasivo, por ejemplo, porque la diferencia entre el valor actual de su vivienda y la parte de préstamo hipotecario que le queda por pagar es considerable. Si además, el consumidor dispone de unos ingresos por su trabajo de considerable cuantía y tiene algún bien que pueda realizar con relativa facilidad para cubrir parte de su deuda vencida o a punto de vencer, bastará un convenio de cierta espera para que pueda recomponer su situación financiera y pagar íntegramente todos los créditos».

¹⁴⁴ En este sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», ob. cit., pág. 24, quien aporta su experiencia como juez de lo mercantil para abogar por una mayor discrecionalidad judicial que permita al concursado persona física un plan de viabilidad realista avalado por el juez aun en contra del voto de los titulares de los créditos en el concurso.

perjudicar los intereses de los acreedores, sino también a invadir la autonomía privada de la persona física concursada de forma exagerada ¹⁴⁵.

En realidad, se trata de valorar el conflicto de dos intereses en juego: el interés de favorecer la recuperación patrimonial de las familias españolas y el de no sacrificar el interés del mercado del crédito más allá de lo razonable. Precisamente, este límite es una cuestión nada baladí y de difícil concreción ya que habría que decantarse entre que los acreedores ordinarios no resulten en situación desventajosa en comparación con una eventual liquidación patrimonial del *debitoris* (teniendo en cuenta, no sólo lo que pudieran obtener a partir de la misma, sino también de las expectativas de cobro con los ingresos posteriores del concursado) ¹⁴⁶ o entre dar primacía al interés del consumidor sobreendeudado y a su capacidad de recuperación económica.

En cualquier caso, cuando ni legalmente ni judicialmente el convenio, aún articulado como plan de pagos, venga como solución del particular sobreendeudado, se abren las puertas de la liquidación, lo que no quiere decir que las expectativas de dicha solución concursal sean más halagüeñas.

B) Necesaria armonización entre ejecución individual y colectiva. Una propuesta de «patrimonio familiar inembargable»

Siguiendo el esquema general ya instituido por los artículos 1.449 y 1.451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ¹⁴⁷, la Ley de Enjuiciamiento Civil actual reproduce con diversas modificaciones una salvaguardia importante a favor del deudor. Así, la Sección 3.ª del Capítulo III del Título IV se enuncia como «De los bienes inembargables», distinguiendo entre los que lo son absolutamente, que estarían comprendidos en el artículo 605, y los que lo serían para el ejecutado. Estos últimos se recogen en el artículo 606, imponiéndose en el precepto siguiente determinados límites al embargo de sueldos y pensiones. Estos preceptos constituyen una manifestación del antiguo principio *beneficium competentiae*, en virtud del cual el deudor sólo podía ser condenado dentro de los límites de sus posibilidades.

Con estos presupuestos surgen algunas cuestiones relevantes.

¹⁴⁵ A este ejercicio de prudencia apela DE LA CUESTA RUTE, J.M., «Persona física y consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, CUENA CASAS, M., COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coords.), ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 113, quien dice que «un tratamiento del sobreendeudamiento deducido tan sólo de un fin tuitivo del sujeto endeudado en exceso no es un tratamiento que pueda alojarse en el territorio propio del derecho concursal; ni justifica la intervención administrativa como instancia a que pertenezcan los órganos llamados a dispensar aquel tratamiento».

¹⁴⁶ Éste es el límite que no debe ser sobrepasado bajo ningún concepto a juicio de COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», ob. cit. pág. 229.

¹⁴⁷ Ley de Enjuiciamiento Civil. Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881.

En primer lugar, los problemas que surgen si se considera que lo predispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere, únicamente, a las ejecuciones singulares y no a las colectivas reguladas por la LC. Esta dualidad de procedimientos ejecutivos sobre el patrimonio del deudor acarrea, en ocasiones, una falta de sintonía, que aquí procede dejar de manifiesto y que trata de reinvidicar la aplicación de la normativa de los bienes inembargables previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procedimientos concursales, tanto de los que absolutamente tengan ese carácter como los que se refieran al ejecutado. Se aboga por esta interpretación con el fin de no dejar al ejecutado concursal (y a su familia) en la más absoluta indigencia que le impida, incluso, seguir realizando su actividad profesional. La situación puede resultar especialmente grave si lo que se embarga son bienes considerados necesarios para la llevanza de una vida mínimamente digna. Procede articular, por tanto, una propuesta de «patrimonio familiar inembargable» y de incluir en ese concepto un elemento fundamental que es la vivienda familiar, sobre la que se destaca la escasa protección que en nuestro sistema se le infiere, en contraposición a otras legislaciones (sobre todo latinoamericanas). Esta propuesta tiene como objetivo la protección del hogar familiar frente a las pretensiones de terceros acreedores y que es feudataria de la adjudicación que con carácter preferente tiene el cónyuge a la adjudicación de la vivienda familiar en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales en caso de muerte del otro cónyuge (arts. 1.406.4 y 1.407 del CC)¹⁴⁸. En España, no es desconocida esta institución desde que el 9 de marzo de 1938 fuera promulgado el Fuero del Trabajo¹⁴⁹, pero sí está poco o nada desarrollada (salvo la figura residual de la explotación rústica prevalerte), lo cual podría solucionarse con una voluntad legislativa al respecto, sobre todo cuando la ley rituarial civil ha facilitado esta posibilidad en el artículo 605 al establecer que «No serán en absoluto embargables (...) 4.º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal», preconizando así un *numerus apertus* en el elenco de bienes inembargables¹⁵⁰.

Todos estos factores apuntados parecen suficientes para justificar la calificación como inembargable de un elemento esencial del patrimonio familiar como es la vivienda habitual (dejando, pues, al margen la vivienda de vacaciones o segunda vivienda) y salvaguardarlo así de su absorción por la masa pasiva del concurso, máxime cuando la pretendida protección dispensada por el artículo 78.4

¹⁴⁸ Vid. FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., «Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable», *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2005, pág. 210, quien efectivamente considera (vid. pág. 243) que esa protección del tercero coadyuva a un paulatino abandono del sistema ganancial en aras de otros sistemas económicos elusivos de una responsabilidad perjudicial para el cónyuge no deudor.

¹⁴⁹ Posteriormente, se dictaría la Ley reguladora de los Patrimonios Familiares, de 15 de julio de 1952, desarrollada por las Órdenes de 27 de mayo y 27 de junio de 1953.

¹⁵⁰ Vid. STC 158/1993, de 6 de mayo de 1993 (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1993), que destacando la importancia para la propia dignidad de la persona del mínimo inembargable señala, asimismo, en el fundamento jurídico tercero, que las declaraciones legislativas de inembargabilidad deben, sin embargo, evitar todo sacrificio desproporcionado del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y han de desenvolverse, a tal efecto, dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios. Si la ejecución se impidiera más allá de la cuantía que asegura ese mínimo vital, se estaría sacrificando, sin proporción ni justificación constitucional, el derecho de los acreedores ex artículo 24.1 a hacer efectivos los créditos reconocidos en resolución judicial. El límite cuantitativo a la embargabilidad de sueldos y pensiones es, pues, de fijación legislativa, pero debe, en todo caso, existir, ya que sólo así se puede preservar el principio de proporcionalidad en el sacrificio evidente que aquella limitación comporta para el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.

de la LC, bajo el viso de adjudicación preferente al cónyuge concursado, no es en la mayoría de los casos más que una falacia. Se daría protección, de esta manera, al cónyuge inocente y a su familia de la mala gestión, mala suerte u operaciones fallidas del cónyuge que ahora concursa al garantizarles al menos el techo donde habitan.

En segundo lugar, tampoco existen mecanismos explícitos en la LC que eviten una ejecución desproporcionadamente gravosa para el deudor o antieconómica por tratarse de bienes de valor ridículo, sin entidad suficiente para conformar lotes para salir por un precio mínimo en la subasta; o que eviten que los muebles se vendan por debajo del 30 por 100 del valor tasado (art. 650 de la LEC) y los inmuebles por debajo de un 50 por 100 (art. 670 de la LEC), si no se activan sistemas de mejora de posturas. Habrá de ser el juez del concurso quien integre los mínimos excluidos de la ejecución ordinaria en el procedimiento concursal.

C) Los límites a la sujeción temporal indefinida del deudor ejecutado: la liberación de deudas

Nuestra legislación no contempla medidas para la limitación temporal de la responsabilidad del deudor sobreendeudado. Como se ha indicado, del juego de los artículos 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.911 del Código Civil se deduce la indefinida sumisión del deudor hasta la completa satisfacción de la deuda. Por lo tanto, una vez teóricamente finalizada la liquidación por vía de ejecución singular o colectiva, el deudor resta siempre condicionado por el resto del impagado (salvas las quitas y esperas que se hubieren podido negociar). Esta situación es lo que se ha dado en calificar como el sometimiento del deudor a la «gota malaya», eternizando la ejecución y viéndose el deudor sometido a retenciones periódicas por pequeñas cantidades, amén de la segura inclusión en archivos o listados de morosos que le dificultarán, cuando no imposibilitarán, el acceso al crédito ¹⁵¹.

Una consecuencia de lo anterior es que existe un grave impedimento para una eventual recuperación económica de un deudor sobreendeudado. No existen medidas jurídicas a tal fin, ni siquiera en situaciones extraordinarias, pese a algunos intentos legislativos al respecto ¹⁵². Es por ello que se propone, *lege ferenda*, la liberación de deudas del consumidor no culpable de su situación o *fresh*

¹⁵¹ Vid. FERNÁNDEZ SEJO, J.M., «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», ob. cit., pág. 280.

¹⁵² El Grupo Parlamentario en el Senado de Convergència i Unió propuso dos enmiendas al Proyecto de LC, a los efectos de modificar el apartado 2 del artículo 178 (enmienda núm. 321) y de introducir un artículo 178 bis (enmienda núm. 322); esta última, bajo el título «Exoneración de deudas residuales del deudor persona física», incluía un mecanismo de liberación de deudas del particular de buena fe u honesto que se encuentra en la tesitura de no poder pagar las mismas, siempre que concurrieran los siguientes presupuestos: 1) Que la sentencia de calificación hubiera declarado el concurso como fortuito. 2) Que el deudor se comprometiera a ceder al administrador judicial designado por el Juez, el importe de los salarios, sueldos, pensiones, retribuciones o sus equivalentes embargables durante un periodo de cinco años contado desde la clausura del concurso. 3) Que el deudor hubiera solicitado esta exoneración antes de la conclusión de la fase común del concurso. Asimismo, la propuesta preveía la revocación del beneficio concursal si el deudor incumplía su obligación de cesión o si era condenado por algún delito de tipo económico [BOCG, Senado, Serie II, 9 de mayo de 2003, núm. 120 (c), págs. 219-220].

start, evitando así que, una vez finalizada la liquidación, quede siempre expuesto a que su patrimonio sea nuevamente ejecutado. Únicamente a través de la eficacia novatoria del convenio prevista en el artículo 136 de la LC, es posible afirmar una eventual exoneración o liberación de deudas en los supuestos de acuerdos de quita, siempre dentro de los límites legales del artículo 100 de la LC. Con esta actitud, el legislador español se muestra firme en ignorar la toma en consideración del carácter fortuito de la situación concursal del deudor, así como su honesto comportamiento anterior, contemporáneo o posterior imposibilitando una eventual rehabilitación económica o *fresh start* y liberándolo del pago de las deudas concursales no satisfechas tras la conclusión del concurso o durante un plazo de tiempo posterior. En este punto, el ordenamiento concursal ha asumido los principios generales del Derecho común y expone al deudor hasta su prescripción a las ejecuciones singulares de los acreedores o a una eventual reapertura del concurso¹⁵³. El fundamento es el consabido principio de respeto de los derechos económicos de los acreedores presentes en el concurso y el temor a la desatención del mercado de crédito, con la consecuencia de que una eventual utilización fraudulenta o abusiva en contra de los intereses de los acreedores pudiera provocar la *profesionalización de ciertos concursados*¹⁵⁴.

Esta preferencia del legislador español por satisfacer los intereses de los acreedores puede producir otro efecto adverso (y también contrario a los intereses de los acreedores) como es el de demorar la apertura del procedimiento concursal, ya que se le resta al deudor sobreendeudado de un incentivo importante para propiciar el llamamiento a sus acreedores a través del juez del concurso¹⁵⁵. Por lo tanto, se debe ser cauto a la hora de afirmar, sin más, que esta institución perjudica gravemente los intereses de los titulares de los créditos y por ello excluirla sin paliativos de los objetivos fundamentales del procedimiento concursal.

La bondad de este, llamémosle beneficio, viene justificada por la experiencia de países de nuestro entorno que a través de sus legislaciones concursales han introducido esta figura, bien entendido que nunca con un efecto automático o al arbitrio del deudor sino previa la concurrencia de unos requisitos de comprobación objetiva y a la verificación de una determinada conducta del concursado. Es importante tener en cuenta que, tal subordinación no es ajena a la filosofía de nuestro legislador concursal, ya que para la presentación de la propuesta anticipada de convenio, prevista en el artículo 105 de la LC, en particular su primer apartado, se presupone una conducta honesta y recta del sujeto que la pretende, el cual no debe encontrarse en ninguna de las prohibiciones previstas en

¹⁵³ El artículo 179 de la LC establece que «1. La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior».

¹⁵⁴ Se ha explicado la posición del legislador español desde la desconfianza que podría ocasionar el uso y abuso de esta figura. En este sentido, *vid.*: PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, ob. cit., págs. 204-205; FERRÉ, J., «La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2006, págs. 207 y 224-225, que en parangón al derecho alemán alude a los riesgos de una implantación automática de esta figura; ZABALETA DÍAZ, M., «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán», ob. cit., pág. 889.

¹⁵⁵ En este sentido se manifiesta, asimismo, RUBIO VICENTE, P.J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», ob. cit., pág. 135.

el mismo. De la misma manera, ciertas conductas reprobables recogidas en la LC son susceptibles de ocasionar una calificación del concurso como culpable, como es el caso de haber incurrido en falsedades documentales (art. 164.2.2.º)¹⁵⁶ o haber distraído el activo en perjuicio de sus acreedores (art. 164.2.4.º), entre otras¹⁵⁷.

Por último, cabe apuntar dos cuestiones más:

La primera tiene que ver con que la concesión definitiva del beneficio se subordina no sólo a una serie de requisitos subjetivos o conducta del deudor, sino también a la necesidad de una efectiva y determinada satisfacción simultánea de los acreedores. Efectivamente, tal y como se desprende de las legislaciones concursales que nos sirven de referencia, admitida inicialmente a trámite la solicitud de exoneración de deudas, se abre un segundo periodo complementario del anterior que implica la cesión de la renta disponible del deudor a un fiduciario durante un periodo de tiempo determinado, parejo al cumplimiento de una serie de obligaciones dirigidas, precisamente, a posibilitar dicha cesión de rentas y, en último término, la concesión definitiva de la exoneración: es lo que se ha dado en llamar la fase o periodo de cesión de renta o de buena conducta¹⁵⁸. Es por ello que se prevé la obligación del deudor de ejercer una actividad remunerada y, en caso de que esté desempleado, buscar trabajo sin rechazar las ofertas que reciba¹⁵⁹.

La segunda se refiere al efecto principal de declaración definitiva de exoneración del pasivo restante y, por tanto, la extinción de la parte de los créditos concursales aún no satisfechos tras la conclusión del periodo de cesión de rentas. No obstante, se contemplan mayoritariamente una serie de excepciones relativa a supuestos que no se verán afectados por la declaración de exoneración y, por tanto, el importe no satisfecho subsiste frente al deudor, así entre otros: créditos por alimentos¹⁶⁰, acreedores que tienen derecho a ejecución separada del procedimiento concursal¹⁶¹,

¹⁵⁶ El epígrafe 290.1.2.º *InsO* y el artículo 238.1 b) *Código da Insolvencia*, excluyen la posibilidad de disfrutar de la exoneración del pasivo restante del concurso cuando el deudor haya cometido durante los tres años anteriores a la solicitud o inicio del concurso con dolo o culpa grave falsedades documentales o haya proporcionado por escrito informaciones falsas o incompletas sobre su situación económica para obtener créditos o ayudas públicas o eludir pagos u obligaciones con el Estado.

¹⁵⁷ En este sentido, se redacta el artículo 142.5 de la *Legge Fallimentare* italiana o el epígrafe 290.1.4.º *InsO* como circunstancia que impide la aplicación del beneficio.

¹⁵⁸ La enmienda 322 presentada por el Grupo Parlamentario catalán en el Senado *Convergència i Unió* al Proyecto de LC proponía en el artículo 178 bis 1.2.º el compromiso del deudor a la cesión de sus rentas durante un periodo de cinco años contados desde la clausura del procedimiento [BOCG, Senado, Serie II, de 9 de mayo de 2003, núm. 120 (c), pág. 219].

¹⁵⁹ Tal y como apunta FERRÉ, J., «La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán)», ob. cit., pág. 222, notas 42 y 43, esta exigencia prevista en el epígrafe 295 *InsO* ha generado gran litigiosidad en Alemania, por ejemplo en el sentido de que el precepto se refiere a actividades laborales a tiempo completo y no a tiempo parcial y menciona una sentencia *AG Hamburg* 20.11.2000, en *NZI* 2001/2, págs. 103-104, en la que se consideró que un deudor de 30 años y sin niños, que sólo desarrollaba un trabajo a tiempo parcial no era merecedor de la liberación de las deudas. Asimismo, alude que los tribunales germanos han considerado que no se cumple con la obligación de buscar trabajo únicamente a través de la inscripción en los servicios estatales de empleo o por medio de la simple lectura de los anuncios laborales en los periódicos, siendo necesario que el deudor se muestre activo en la búsqueda de un puesto de trabajo, presentando solicitudes para las plazas libres de los puestos de trabajo adecuados a su formación (*LG Kiel*, en *ZVI* 2002, pág. 474).

¹⁶⁰ *Vid.* artículo 245.2 a) *Código da Insolvencia* y artículo 142 *Legge Fallimentare*.

¹⁶¹ § 301.II *InsO*.

indemnizaciones u obligaciones derivadas de la realización de actos ilícitos dolosos o de ilícito extracontractual ¹⁶², créditos tributarios ¹⁶³ o créditos por multas y obligaciones similares o intereses u otras sanciones pecuniarias penales y administrativas ¹⁶⁴.

¹⁶² § 302. I *InsO*; artículo 142 *Legge Fallimentare* y artículo 245.2 b) *Código da Insolvencia*.

¹⁶³ Artículo 245.2 d) *Código da Insolvencia*.

¹⁶⁴ *Vid.* artículo 245.2 c) *Código da Insolvencia*; artículo 142 *Legge Fallimentare*; L. 643-11-I.1.^a, *Code du Commerce* y § 302.2 *InsO*. Esta exclusión es criticada por RUBIO VICENTE, P.J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», ob. cit., págs. 159 y 160.