

PROBLEMÁTICA DE LA INTRODUCCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL *FRESH START* EN UN ORDENAMIENTO JURÍDICO

Iker Cabezuelo Adame*
icabezuelo@cgcabogados.net

Sumario.- Resumen. Palabras clave. 1.- Previo. 2.- Del contexto socioeconómico actual. 3.- Planteamiento de la problemática: la responsabilidad universal de los deudores. 4.- Concepto y contenido de la figura de *fresh start*. 5.- Control de los abusos en la aplicación y funcionamiento del *fresh start*. 6.- Concepto y filosofía del *fresh start*. 7.- Críticas a la introducción de la institución del *fresh start*. 8.- Conclusiones. 9.- Bibliografía.

Palabras Clave: *fresh start*, liberación de deudas, concurso de acreedores, persona física, insolvencia, endeudamiento, crisis económica, medidas solutorias, emprendedores, iniciativa privada, *lege ferenda*

Resumen.

El presente trabajo tiene por objeto tratar la problemática que ofrece tanto la introducción como la aplicación de la institución de la liberación de deudas en un ordenamiento jurídico carente de la misma. Para ello, se avanza previamente cuál es el contexto socioeconómico y jurídico en que dicha institución se implementaría para, posteriormente, describir los fundamentos que la inspiran, así como las críticas tanto a favor como en contra que desde la doctrina se han vertido sobre ella.

A la vista de lo estudiado y una vez contempladas las distintas visiones que existen respecto a esta figura, la conclusión a la que se llega es que la liberación de deudas no solo constituye una salida para la rehabilitación de los individuos insolventes particularmente considerados, sino una importante herramienta para la reactivación de economías en situaciones de crisis, así como medio

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto y Diploma en la especialidad Jurídico-Económica. Culmina su formación tanto jurídica como económica con un curso académico en la Katholieke Universiteit Leuven, en Bélgica. Habiendo ejercido anteriormente la abogacía en Bilbao, de donde es originario, en la actualidad presta sus servicios como letrado en Barcelona, formando parte, como socio, de la Firma CGC Abogados. En el ámbito académico, participa habitualmente en Congresos y Jornadas Jurídicas.

preventivo para evitar que las mismas se produzcan. De forma paralela, para los acreedores, la implantación del *fresh start* no supone un empeoramiento, al menos relevante, de su posición jurídica.

Abstract

The present article aims to deal with the issues that arise with the introduction and the implementation of the *fresh start* in a legal system. To that goal, it starts by covering the socio-economic and legal context in which such institution would be introduced. Then, it describes its underpinnings and the positive and negative criticism that it has received.

As a result of reviewing existing studies and after considering the different views that exist around the *fresh start*, the article concludes that not only it provides a solution for rehabilitation of those who are bankrupt, but it constitutes a powerful tool for reactivation of economic systems in crisis, and a preventive means to avoid that they occur. In parallel, the implementation of the *fresh start* doesn't imply a deterioration, at least not relevant, of the legal position of the creditors.

1.- Previo

Desde luego, la situación crítica en que se encuentra la economía del planeta y, como consecuencia de ello, la realidad cada vez más quebradiza de la sociedad (y el estado) del bienestar es conocida por todos, no ya por la abundante literatura que se ha escrito al respecto –que también-, sino porque, desgraciadamente –o de forma afortunada aunque solo sea por lo enriquecedor que resulta toda época de cambio-, nos está tocando vivir y formar parte de este periodo tan extraordinario de la historia. Por ello, procuraré no extenderme en exceso para esbozar, muy brevemente, los contornos de la realidad de la que emerge el problema respecto al cual me agradecería traer a este foro algunas de las ideas que se discuten en la doctrina española como vías de solución.

Previamente, sí me gustaría advertir que la realidad que conoce este autor es únicamente la española, careciendo de conocimientos que le permitan establecer unas semejanzas y diferencias con la mejicana. No obstante, aunque la realidad de la que parto es en todo caso la española, esto, a mi entender, no resulta óbice para que, si estas líneas son de algún interés, lo sean para cualquier lector con independencia de la legislación nacional de la que sea conocedor, puesto que la intención no es plantear un análisis del desarrollo legal que dicha institución ha experimentado -o debiera experimentar- en España, sino de un modo mucho más genérico y, desde luego, menos ambicioso, avanzar someramente al lector que se adentra de forma iniciática en este tema, cuáles son los puntos

más espinosos que genera dicho debate, cuáles serían, en su caso, las posible vías de escape de los problemas que se plantearan y, en último término, describir cuál es la filosofía que late detrás de todas estas cuestiones.

Por tanto, sin perjuicio de que a continuación se expongan unos rasgos genéricos del contexto socioeconómico global –que no por conocido puede obviarse en el presente escrito- y de que, además, en ciertos momentos de la exposición se caiga en lo que podría aparentar ser un vicio de exceso de localismo, el objeto de tales notas introductorias únicamente reside en hacer ver al lector cuál es el exacto contexto en el que se escriben estas palabras, el cual puede provocar que el autor de las mismas haya interpretado ciertas realidades de una manera y no de otra.

2.- Del contexto socioeconómico actual

Desde mediados de la década de 1990 hasta finales del año 2007 se desarrolló en España –en línea con lo que sucedía en Europa y en buena parte del resto del mundo, siendo el caso particular más conocido el de los Estados Unidos de América- una política de crédito calificable como blanda (o “alegría del crédito”, según algunos autores²⁶) que condujo a un endeudamiento desmesurado del ciudadano medio, que se vio seducido por todas las facilidades que el mercado financiero le concedía para vivir en un nivel de consumo que su economía real verdaderamente no le permitía²⁷.

Dicha situación de progresivo endeudamiento de la sociedad sin un soporte en la economía real avocó inexcusablemente a lo que se conoció como crisis de las *subprime*, siendo estas unas hipotecas basura concedidas a personas cuyas posibilidades de hacer frente al pago de las mismas resultaban francamente reducidas. Los “inesperados” incumplimientos de estos deudores trajeron consigo en cascada el impago de otros créditos y así mediante esta cadena de acontecimientos se alcanzó una situación de colapso de la economía en la que la puerta de acceso al crédito se cerró a cal y canto; y con ello las posibilidades de innumerables deudores de hacer frente a sus cuotas hipotecarias y otras deudas se evaporaron.

En España en particular, el impacto de la crisis resultó especialmente virulento debido a las particularidades de una economía que había experimentado un sonado *boom* en los años anteriores, la cual se había caracterizado por un crecimiento vertiginoso basado en la construcción y en la

26 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 20

27 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 22

especulación inmobiliaria que facilitó enormemente el mayor nivel de consumo de los españoles a costa de un elevado endeudamiento auspiciado por las entidades bancarias que, con la salvaguarda del ininterrumpido crecimiento del precio de las viviendas, desarrollaron una política de crédito en la que se desligó la concesión del mismo de la solvencia futura del deudor para vincularse más a la existencia de una garantía real que asegurara la recuperación por parte del banco del dinero prestado.

A este respecto, debe tenerse presente que sobreendeudamiento y morosidad no fueron necesariamente de la mano²⁸. De hecho, en los años precedentes al estallido de la crisis, los españoles fueron cayendo cada vez más en una situación de sobreendeudamiento, sin que el mismo estuviera significando por aquel entonces un incumplimiento de las obligaciones de pago. Sin embargo, la caída de los primeros deudores entrañó irremediabilmente la de los acreedores de estos, que a su vez eran deudores de otros acreedores, al encontrarse sustentado el funcionamiento de su microeconomía en el funcionamiento del sistema macroeconómico de endeudamiento. Así, la falta de liquidez de los primeros arrastró a los segundos y estos a los terceros y así sucesivamente, arrastrando la situación de endeudamiento de la mayor parte de la sociedad a un incumplimiento de las obligaciones de pago generalizado, al encontrarse basada la capacidad de los deudores para pagar a sus acreedores principal e incluso exclusivamente en la expectativa de cobro de las cantidades a su vez a ellos adeudadas.

Por tanto, podemos hablar de que la abusiva concesión de crédito comporta un perjuicio pluriofensivo, pues afecta tanto al patrimonio de aquellos que fueron financiados de forma “injustificada” por las entidades bancarias, como la de aquellos otros, en muchos casos particulares, que contrataron con estos y que sobrevinida la insolvencia de sus deudores, carecen tanto de unos ingresos con los que contaban para pagar sus deudas, como de un patrimonio del deudor contra el que dirigirse y que, en la mayoría de los casos, se encuentra totalmente gravado como garantía para los créditos concedidos por los bancos, quienes desde su posición privilegiada cuentan con una protección más eficaz para sus derechos. No obstante lo dicho, la crisis ha adquirido tales dimensiones que incluso las propias entidades financieras han terminado por sufrir los efectos de una crisis²⁹, al menos en parte, por ellas provocada, viendo afectada su solvencia por los

28 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 23

29 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 123

acumulados impagos y por la nula salida en el mercado inmobiliario de los inmuebles que constituían las garantías de sus créditos y préstamos. Esta situación a su vez hace peligrar la economía de aquellos con los que los bancos han contratado, a los que debe dinero y, a su vez, la de la propia sociedad, de ahí que el problema haya adquirido tal magnitud que la intervención del estado en la economía tradicionalmente privada (como, por ejemplo, mediante la nacionalización de bancos) haya sido vista no con malos ojos por sectores del espectro político tradicionalmente reacios a tales medidas.

Por tanto, como decimos, si bien el sobreendeudamiento consiste en la asunción de tal número de compromisos de pago (o compromisos de tal cuantía) que puede amenazar con una potencial imposibilidad de atender ordenada y adecuadamente las obligaciones de pago ante una “leve” variación de las circunstancias en las que se contrata, la insolvencia constituye la materialización de dicho perjuicio, esto es, la imposibilidad de cumplir con las obligaciones de pago en su día contraídas³⁰.

En el presente artículo se tratará de esbozar alguna idea relativa a la posibilidad de frenar este endeudamiento excesivo con el fin de avanzar hacia lo que cabría calificar como un endeudamiento responsable, pero, sobre todo, nos centraremos en plantear y debatir las posibilidades que ofrece la institución del *fresh start*, que se encuentra focalizada ya en el potencial perjuicio del sobreendeudamiento ya materializado, esto es, en las situaciones de insolvencia y en la forma de evitar que tales situaciones generadas a nivel privado desemboquen en un colapso global de la sociedad a niveles macroeconómicos.

3.- Planteamiento de la problemática: la responsabilidad universal de los deudores

El ordenamiento jurídico español, como la mayor parte de los ordenamientos actuales de todo el globo, se caracteriza por la procelosa y pormenorizada regulación de la inmensidad de problemáticas reales o hipotéticas que se disgregan en los más diversos ámbitos de las relaciones sociales humanas a través de una legislación de dimensiones al menos tan elefantiásicas como la de los problemas que trata de solucionar. A pesar de ello, cualquier jurista que desarrolle su profesión en el contexto del ordenamiento jurídico español es conocedor del principio general que se recoge

30 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 28-29

en el artículo 1911 del Código Civil y que constituye, sin duda, un fundamento sobre el que se asienta buena parte del desarrollo legislativo posterior. En dicho artículo se establece el principio de responsabilidad universal de los deudores, que responderán ante sus acreedores “*con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

Este principio de responsabilidad universal ha comenzado a ser cuestionado por importantes sectores de la doctrina, así como por la jurisprudencia más innovadora³¹, que han llegado incluso a calificarlo como anacrónico, atendidas las nuevas circunstancias del contexto socioeconómico en que se mueve la sociedad del siglo XXI, que se ha alejado de forma importante de aquel otro que inspiró los principios jurídicos que se contuvieron en un código del siglo XIX³².

Así, estas Resoluciones Judiciales³³ contradicen este principio tradicional, unas aparentemente sin base legal para ello, otras realizando una interpretación valiente de la ley concursal, pero también racional, interpretando en muchos de los casos que el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren únicamente a ejecuciones singulares, pero no a las colectivas, que son reguladas, por el principio de especialidad, por la Ley Concursal cuya normativa, según sostienen algunas teorías, no se encuentra sujeta al principio de responsabilidad universal del deudor³⁴.

De hecho, si atendemos exclusivamente a la regulación de la insolvencia que se realiza a través de la Ley Concursal, encontraremos una importante contradicción entre la regulación de la insolvencia de la persona física y la jurídica, provocada, seguramente, por la evidente desatención que ha mantenido el legislador español hacia el insolvente persona física³⁵ cuyos problemas, como a

31 Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010; Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011

32 BACHES OPI, Sergio et al.: “*Algunas reflexiones en torno al concurso de persona física*” en Dret Concursall. Revista Jurídica de Catalunya nº 4-2012. P. 167

33 Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010; Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011

34 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: “*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 188

35 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 42

continuación se comentará, reciben en numerosas ocasiones no una mala solución por parte del legislador, sino la más absoluta de las desatenciones³⁶.

Así, por ejemplo, el deudor concursado no goza de la posibilidad de detener con la declaración de concurso las ejecuciones individuales que se estén llevando a cabo de las garantías reales en su día concedidas salvo que las mismas se encuentren afectas a la actividad profesional o empresarial del deudor³⁷. Evidentemente, dicha regulación genera un perjuicio únicamente al deudor persona física, ya que en el deudor persona jurídica, por lo general, coincidirá su domicilio con el lugar donde desarrolla su actividad empresarial; por el contrario, en el caso del deudor persona física, no se producirá dicha coincidencia, por lo que con la declaración de concurso no se podrá detener la ejecución de su vivienda particular, lo cual entraña un problema indirecto para la viabilidad de la actividad profesional de esta persona, cuyas necesidades vitales básicas comienzan a tambalearse con la potencial pérdida del inmueble que constituye su hogar³⁸.

Por otra parte, nos encontramos también con que la persona jurídica, en caso de finalizar el procedimiento concursal mediante liquidación, quedará automáticamente extinguida y, por tanto, se extinguirá también la parte de la deuda que no haya podido ser pagada mediante el dinero obtenido de la liquidación³⁹. Por el contrario, el deudor persona física, en virtud del artículo 1911 del código civil, que según la doctrina claramente mayoritaria continúa siendo de aplicación en situaciones concursales, continuará adeudando aquellas cantidades que no hayan sido satisfechas mediante la liquidación de su patrimonio realizada en sede concursal, lo cual, en numerosos casos, arrastrará al deudor concursado a un “endeudamiento a perpetuidad”⁴⁰ claramente desincentivador de la actividad empresarial o laboral del concursado⁴¹ que será conocedor de que todos aquellos ingresos

36 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 33

37 TAMAYO HAYA, Silvia.: *“El sobreendeudamiento de los consumidores”* en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: *“La insolvencia de las familias”*. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 368

38 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 50

39 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: *“Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física”*, en CUENA CASAS, Matilde: *“Familia y concurso de acreedores”*. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 37

40 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 59

41 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 205

futuros que pudiera obtener (salvando un mínimo considerado patrimonio inembargable) irán a parar a manos de sus acreedores⁴².

Por tanto, la declaración de concurso no presenta ningún atractivo para el insolvente persona física. Por un lado, no le resuelve apenas ningún problema a corto plazo, ya que el más acuciante acostumbra ser el de la ejecución de su vivienda, la cual, como decimos, no se detendrá por la declaración de concurso. Por otro lado, a largo plazo tampoco le reporta ningún beneficio al concursado, quien, a pesar de ver liquidado todo su patrimonio, continuará adeudando por aquellas cantidades que no alcance a satisfacer con sus bienes presentes. Esto provoca a su vez que el interés de sus acreedores por alcanzar un convenio con quitas o esperas sea prácticamente nulo⁴³, conscientes de que lo que no obtengan mediante la liquidación del deudor teóricamente podrían obtenerlo en el futuro⁴⁴.

En consecuencia, con estos caracteres, la declaración de concurso de persona física en modo alguno proporciona solución válida alguna, convirtiéndose su declaración únicamente en una obligación legal y no en un remedio que la ley disponga para auxiliar al insolvente⁴⁵. El destino de la práctica totalidad de los concursos de persona física será la liquidación y el endeudamiento a perpetuidad con la consiguiente consecuencia de que, en la práctica, los “insolventes” se ven abocados a funcionar en la economía sumergida o mediante testafierros⁴⁶.

4.- Concepto y contenido de la figura del *fresh start*

En vista de lo expuesto emerge entre algunos autores la idea de que la institución conocida como *fresh start* que en mayor o menor medida funciona en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno debía implantarse en el ordenamiento jurídico español como solución a las situaciones en las que se encuentran, tras la finalización del procedimiento, las personas físicas que se han declarado en concurso. Consecuencia de esta presión por parte de la doctrina ha sido la

42 TOMILLO URBINA, Jorge et al.: “*El futuro de la protección jurídica de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 208

43 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 150

44 TAMAYO HAYA, Silvia.: “*El sobreendeudamiento de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 369

45 TAMAYO HAYA, Silvia.: “*El sobreendeudamiento de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 371

46 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 8

reciente (y tímida) introducción en la Ley Concursal española de la institución del *fresh start* mediante la reforma que introdujo la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de Emprendedores⁴⁷.

Como ya se avanzó, el propósito de este artículo no es el de analizar profusamente la reforma de la legislación concursal española operada por la Ley de Emprendedores, por lo que a continuación se expondrá muy sintéticamente cuáles son las características de esta institución a nivel general y de manera práctica sin entrar todavía en la filosofía o los principios que laten tras ella, sin perjuicio de que en algún momento particularicemos sobre el caso español; todo ello con el simple propósito de que el lector no avezado en la materia cuente con unas nociones básicas de la institución cuya conveniencia se pretende discutir en el presente escrito.

El *fresh start*, que literalmente significa “nuevo comienzo”⁴⁸, es una institución jurídica por medio de la cual, una vez finalizado el concurso de persona física mediante la liquidación de su patrimonio, excluidos algunos bienes que se declaran como inembargables (suele ser habitual el establecimiento de la vivienda como bien inembargable, tal y como se ha hecho en España con la Ley de Emprendedores con la creación del “Emprendedor de Responsabilidad Limitada”⁴⁹), el deudor queda exonerado del pago de la parte restante del crédito que no ha sido satisfecho mediante lo obtenido a través de la liquidación.

Esta solución jurídica es condicionada en muchos ordenamientos a la obligación de pago por parte del deudor liberado de cierto porcentaje de las ganancias que obtenga durante cierto periodo de tiempo, quedando totalmente liberado de cualquier atadura una vez transcurrido dicho periodo de tiempo siempre y cuando haya cumplido escrupulosamente con la obligación que pesa sobre él. Por

47 Artículo 178.2 de la Ley Concursal: “La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, salvo las deudas de derecho público a que se refiere el artículo 91.4º de esta Ley, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y al menos el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes, con la salvedad de los créditos de derecho público, si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”.

48 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 123

49 Artículo 7 de la Ley de Emprendedores: “El emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de “Emprendedores de Responsabilidad Limitada”, una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este capítulo”.

tanto, la institución del *fresh start* devendría en un periodo “de pruebas” durante el cual la persona que pretende beneficiarse de dicha liberación aún debe continuar pagando a sus acreedores, finalizando definitivamente el citado procedimiento por el cumplimiento del deudor de sus obligaciones de pago durante el periodo estipulado⁵⁰; por el incumplimiento, en cuyo caso el beneficio de la liberación de deudas desaparecería⁵¹; o por cumplimiento anticipado, esto es, es posible incentivar al deudor para obtener un mayor número de ingresos mediante la reducción correlativa del periodo de tiempo durante el cual una parte de lo que obtenga se

destina al pago de sus deudas anteriores a la aplicación del *fresh start*⁵².

Para controlar el correcto funcionamiento del deudor liberado durante el periodo de tiempo en que se le obligue a destinar parte de sus ingresos al pago de las deudas aún pendientes, la mayoría de las legislaciones introducen la figura de un fiduciario⁵³ –que parece recomendable que coincida con la persona del administrador concursal, tanto por las similitudes de una ocupación y otra, como por su conocimiento de los antecedentes del caso concreto- que administra el patrimonio –la parte embargable- del deudor liberado en aras de obtener la satisfacción de los deudores durante el comúnmente denominado periodo “de buena conducta”⁵⁴.

No obstante lo dicho, a pesar de que, en principio, transcurrido ese periodo de buena conducta, el deudor quedaría definitivamente liberado, esta afirmación debe puntualizarse para señalar que, por lo general existe una serie de deudas cuya exoneración definitiva no suele admitirse⁵⁵, como suelen ser las obligaciones de pago derivadas de la comisión de algún ilícito

50 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 213

51 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 127

52 ÁLVAREZ VEGA, M^ª Isabel: “*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 103

53 ÁLVAREZ VEGA, M^ª Isabel: “*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 556

54 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. Pp. 86-87

55 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 222-223

doloso o aquellas otras relacionadas con los derechos personalísimos de terceros, tales como pueden ser las obligaciones de alimentos entre familiares, pensiones compensatorias, etc.⁵⁶.

Así mismo, también habrá de puntualizarse que si bien el deudor en cuestión queda liberado del pago de la deuda a través del *fresh start*, esto no significa que la deuda quede automáticamente extinguida, sino que la misma persiste y únicamente no le será exigible su pago al deudor liberado. Esto tiene evidentes repercusiones en aquellas deudas en las que existan otros codeudores, los cuales continuarán obligados al pago, razón por la cual se puede dar el caso –y se da– de que deudores exonerados de sus obligaciones de pago acaben abonando lo adeudado para proteger a los otros codeudores o, simplemente, porque a quien se adeuda es un familiar o un amigo a quien voluntariamente se quiere pagar. Así mismo, habrá de advertirse que la liberación de deudas no constituye una condonación, ya que mientras que una condonación se produce por voluntad del acreedor, la liberación se caracteriza precisamente por operar de espaldas al acreedor, por ministerio de la ley y de forma independiente a los deseos del acreedor⁵⁷, si bien es cierto que el efecto final será el mismo: la no exigibilidad del pago de la deuda al deudor liberado/condonado⁵⁸.

Para terminar con esta sucinta descripción de los caracteres propios de la figura del *fresh start*, resulta imprescindible exponer, siquiera brevemente, los requisitos de acceso a dicha institución que suelen emplearse con el fin de controlar y limitar los abusos en su aplicación y funcionamiento, para lo cual se empleará el siguiente epígrafe.

56 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 137-138

57 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 138-139

58 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. Pp. 45-46

5.- Control de los abusos en la aplicación y funcionamiento del *fresh start*

Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos europeos⁵⁹ coinciden en subordinar la figura de la liberación de deudas al cumplimiento de unos determinados requisitos⁶⁰, que a su vez pueden sintetizarse todos ellos en la comprobación de la existencia de una actitud, por parte de quien pretende beneficiarse de ella, tendente a la satisfacción de los acreedores. En los ordenamientos en los que la institución de la liberación de deudas se encuentra más consolidada, los citados condicionantes o requisitos se aplican con carácter previo a que entre en funcionamiento la liberación. Así, básicamente, se tratará de comprobar cuál ha sido el comportamiento del deudor a lo largo de toda su trayectoria pasada y, muy especialmente, en los momentos circundantes a la declaración de concurso, para estimar si es aceptable, por legítima, la aplicación de la institución del *fresh start*.

Por otra parte, resulta propio de ordenamientos en los cuales la liberación de deudas se admite con ciertas cautelas la subordinación de la consumación de dicha liberación al perfecto cumplimiento de un plan de pagos de lo que aún queda adeudado durante un determinado periodo de tiempo, al cabo del cual, el deudor definitivamente quedará liberado. Se busca así evitar una brusca introducción de este sistema en nuestro ordenamiento, controlando la buena fe del deudor incluso durante el periodo de “ejecución” de la liberación. Puesto que este control, posterior a la declaración de liberación de deudas ya ha sido comentado en el anterior epígrafe, pasaremos a tratar brevemente los mecanismos de control previo a la declaración de liberación que más habitualmente se aprecian en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Esencialmente, el sistema de control previo al acceso al beneficio de la liberación de deudas no difiere demasiado del régimen de calificación de los concursos que existe en el ordenamiento jurídico español. Así, en líneas generales puede afirmarse que en aquellos concursos que reciban la calificación de culpables, el concursado carecerá de acceso a la institución de liberación de deudas, mientras que en aquellos otros casos en los que se califique como fortuito se permitirá la liberación.

59 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 202

60 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 136

Así, por ejemplo, se excluirá del acceso a la liberación de deudas a todos aquellos que con su conducta hayan ocasionado o agravado la situación de insolvencia⁶¹, o para aquellos que hayan sustraído u ocultado parte del patrimonio, o para aquellos otros que hayan ocultado información, o para los que no hayan solicitado el concurso de forma

tempestiva⁶².

A estos criterios de acceso debemos añadir uno particular de la institución del *fresh start* como es que el deudor que pretende acceder al mismo no se haya beneficiado del mismo en un periodo determinado de años⁶³, entendiéndose que la reiteración del acceso a la liberación de deudas en un periodo breve de tiempo implica un uso abusivo del mismo o, al menos, revela una actitud en cierta forma negligente en la manera de gestionar la economía particular.

6.- Naturaleza y filosofía del *fresh start*

Una vez descrito tanto el marco del problema al que se pretende dar solución a través del *fresh start* y descritas someramente también las características esenciales de dicha institución jurídica, podemos adentrarnos sin mayores preámbulos en lo que pretende ser el núcleo de la presente exposición, esto es, tratar de describir, desde el punto de vista subjetivo de quien escribe estas palabras, la naturaleza de los fundamentos filosófico-jurídicos que fundamentan esta institución.

Actualmente, los ordenamientos jurídicos occidentales se dividen en esta materia entre aquellos –fundamentalmente los anglosajones⁶⁴- que contemplan el endeudamiento y la potencial insolvencia no como un fracaso, sino como un riesgo de la actividad económica de unos individuos en los que una sociedad que confíe en la iniciativa individual y en los emprendedores como motores de su economía debe confiar; y aquellos otros que, todavía marcados por ciertos tabúes morales del

61 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 35

62 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 214-218

63 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 35

64 TOMILLO URBINA, Jorge et al.: “*El futuro de la protección jurídica de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 208

pasado, continúan viendo la insolvencia no como una contingencia del tráfico económico, sino como una situación reprobable desde un punto de vista moral⁶⁵, siendo esta perspectiva más propia de los sistemas continentales del norte de Europa que, paradójicamente, se están adaptando de una forma más ágil y dinámica que por ejemplo el derecho español a las corrientes del derecho anglosajón que parecen imponerse en los últimos tiempos⁶⁶.

Desde la primera de estas perspectivas, se entiende como lógico que el mercado, la comunidad, debe socializar el riesgo que asume el emprendedor, siendo esta la única manera de que la iniciativa individual continúe siendo fuerte y operante como motor de la economía⁶⁷. El denominado “fracaso” económico constituye un fenómeno natural y humanamente comprensible, que puede acontecer a cualquiera y no únicamente a los que con su conducta imprudente se abocan irremediamente a él⁶⁸. Por ello, la regulación de esta sociedad no debe desincentivar el espíritu y la capacidad productiva de los emprendedores, ni por el miedo a contraer unas deudas que aten el futuro del deudor para toda la vida, miedo que puede surgir antes de la declaración e inicio de una actividad, como por el efecto de que, una vez consumado el fracaso económico y declarado el concurso, este deudor persona física quede totalmente inválido para desarrollar cualquier actividad económica productiva al saber que los rendimientos que de dicha actividad obtenga le serán apropiados por los acreedores que aún le persigan del pasado. Por el contrario, una sociedad de este tipo tiene claro que debe ofrecer una nueva oportunidad a todos estos emprendedores que fracasan para que puedan volver a intentar iniciar una nueva actividad empresarial, enriquecedora para ellos mismos y enriquecedora así mismo para su sociedad⁶⁹.

Por el contrario, los partidarios de la segunda postura continúan dotando a la insolvencia de un cierto cariz moral, identificando de forma, si se me permite la expresión, un tanto arcaica, la insolvencia económica con una actitud derrochadora y descuidada de quien incurre en tal

65 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: *“La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 104

66 CUENA CASAS, Matilde. *“Fresh start y mercado crediticio”*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. Pp 5-6

67 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 168

68 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 204

69 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 26

situación y que, por tanto, tal comportamiento resulta merecedor de un castigo como puede ser la pérdida del patrimonio y la posterior situación de “indigencia” económica, como puede calificarse la situación de quien se ve privado de realizar cualquier actividad empresarial-laboral en el futuro.

A mi juicio, esta segunda visión descrita es la que aún colea en algunos ordenamientos que apuestan por conceder el beneficio del *fresh start* únicamente a las personas físicas que, como consumidores, han quedado en una situación de insolvencia, pero no a aquellas personas físicas que han caído en tal situación producto de su actividad empresarial o profesional⁷⁰. En mi opinión, se cae en un, desde mi punto de vista, injusto paternalismo al conceder a los primeros tal beneficio, como si se tratara de “ovejas descarriadas” que fruto de las desinformaciones y las influencias externas han sido conducidas a tal situación, no admitiéndose tal beneficio para los profesionales que, con una mayor formación, han de ser conscientes de cuáles son los riesgos a los que se enfrentan en el tráfico mercantil⁷¹. Por tanto, no hay realmente una confianza en la actividad empresarial ni en la iniciativa privada que merezca ser tutelada, sino, en todo caso, un fuerte componente de desaprobación moral hacia el endeudamiento y sus consecuencias que recibirá su “justo castigo” y que únicamente podrá modularse en el caso de los consumidores, quienes, fruto de factores externos a su voluntad, han podido ser conducidos a una situación no querida de endeudamiento.

Desde mi punto de vista, la filosofía del *fresh start* no trata de implementar medidas paternalistas de protección a ciertas personas, sino de incentivar unas conductas que socialmente se han aceptado como positivas para el desarrollo de una sociedad. Para ello, será necesario permitir que quien no ha gozado de prosperidad en su negocio, bien por mala suerte, bien por su propia torpeza, tenga la oportunidad de comenzar de cero nuevamente. De hecho, esta filosofía es la que teóricamente opera en la Ley Concursal española cuando se prioriza –al menos en la Exposición de Motivos- la continuidad empresarial de la empresa⁷², como motor económico de la sociedad, y, al menos como un brindis de buenas intenciones antepone la viabilidad futura de la empresa a la satisfacción íntegra de los acreedores. Así mismo, en el caso de la finalización de un concurso de persona jurídica por medio de liquidación se acepta sin problemas que la misma se extinga y que

70 TOMILLO URBINA, Jorge et al.: “*El futuro de la protección jurídica de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 296

71 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 147

72 BACHES OPI, Sergio et al.: “*Algunas reflexiones en torno al concurso de persona física*” en Dret Concursall. Revista Jurídica de Catalunya nº 4-2012. P. 163

sus socios puedan iniciar una nueva aventura empresarial bajo el manto de una nueva sociedad, sin verse atados por las deudas que la antigua sociedad hubiera contraído y no satisfecho.

Esta tesis que en este escrito se pretende defender se nutre de la manifiesta ineficiencia que ha demostrado la Ley Concursal española –al menos hasta la reciente reforma- para procurar una salida digna al deudor persona física. Se ha hecho evidente en España que sin liberación de deudas no hay estímulo real para que una persona física declare voluntariamente el concurso de acreedores. Esta ausencia de incentivos, a su vez produce un efecto pernicioso para la economía al retrasarse una declaración que resulta inevitable aumentando la bola del endeudamiento a costa de implicar a familiares y amigos, cuya economía es puesta en riesgo, y a costa también de beneficiar la posición de los acreedores más fuertes –los bancos- que aumentarán sus créditos o sus garantías con la correlativa disminución de la del resto de acreedores de menor tamaño⁷³.

Si tenemos en cuenta que para el deudor el concurso solo tiene sentido si concluye mediante convenio, pues de lo contrario, con la liquidación, ningún beneficio obtendría al continuar obligado al pago del resto de lo adeudado; y que la culminación del concurso mediante convenio es prácticamente una utopía, dado que los acreedores no estarán dispuestos a renunciar al cobro de la totalidad de su crédito, si tienen la oportunidad de no hacerlo mediante la liquidación del patrimonio y mantenimiento indefinido del crédito por la cantidad que no se alcance a cubrir, observamos que la regulación del concurso de persona física sin *fresh start* resulta totalmente ineficiente.

No obstante la realidad teórica expuesta, debe matizarse la apariencia de que los acreedores disponen de todo el patrimonio futuro que el deudor pueda generar, pues en la práctica las entidades crediticias son concededoras que tras la declaración de concurso de la persona física, en adelante muchas de ellas funcionarán mediante testafierros o en la economía sumergida, por lo que ellas también serán reacias a solicitar el concurso necesario. Si a todo esto sumamos los importantes costes económicos que entraña un procedimiento concursal, entenderemos el fracaso de la figura del concurso para resolver la insolvencia de la persona física sin liberación de deudas. Se hace evidente que debe regularse un incentivo como es el *fresh start* que permita una solución tempestiva y así beneficiar a los acreedores al encontrar un patrimonio menos deteriorado y aminorado⁷⁴.

73 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 552

74 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 203

7.- Críticas a la introducción de la institución del *fresh start*

Al margen de la visión que se ha calificado como “paternalista”⁷⁵ y cuyo efecto principal es el de tratar de limitar los efectos del *fresh start* a ciertos destinatarios, en este caso, a los consumidores, existen también otras líneas de pensamiento crítico hacia tal figura jurídica que obedecen a razones más de índole práctico⁷⁶.

Así, se ha escrito abundante literatura sobre los perniciosos efectos que puede tener la liberación de deudas sobre los tipos de interés, argumentando ciertos autores que, obviamente, las entidades financieras ante el aumento de posibilidades de no recuperar las cantidades prestadas en ciertos casos, corregirán esa disminución de la rentabilidad de su negocio elevando los tipos de la totalidad de los créditos que concedan con el fin de que la mayor remuneración para el banco de los créditos que son devueltos compense la pérdida que supone la no devolución de los concedidos a concursados con activos insuficientes para satisfacerlos. Visto desde el punto de vista de la ciudadanía, se produciría una socialización del riesgo de impago de unos, cuyo coste sería asumido por el conjunto de ciudadanos que acceden al crédito, quienes verían incrementado el precio que habrían de pagar por el dinero que se les presta⁷⁷. Otra posible consecuencia derivada de la introducción del *fresh start* en un ordenamiento y claramente ligada a la anterior es la posible restricción del crédito únicamente a aquellos que puedan ofrecer una garantía real a la entidad prestamista o, en casos excepcionales, a aquellos otros sobre los que la entidad financiera pueda realizar una previsión de su solvencia muy clara.

Las anteriores críticas si bien pueden entenderse desde la lógica como correctas, solo lo son parcialmente, puesto que omiten una parte de verdad que complementa dichas afirmaciones críticas y que si no las anula y voltea completamente, sí las mitiga sobremanera. Así, si bien los críticos del *fresh start* acogen los parámetros de la oferta y demanda propios de la economía liberal para estimar una subida de los tipos de interés, omiten o evitan hacer referencia a que la propia competencia generada por ese libre juego de la oferta y la demanda deparará una mayor lucha por parte de los oferentes -los bancos- por acaparar ciertos nichos de mercado, de forma que, si bien el análisis de cada consumidor por parte de las entidades financieras será mucho más exhaustivo y minucioso a la

75 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 147

76 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 153

77 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 149

hora de concederle un crédito, a buen seguro algunos de ellos tratarán de copar aquellos sectores del mercado que en un principio pueden ser despreciados por la mayoría de los oferentes por una mayor o menor inseguridad respecto a su solvencia futura, pero que con un estudio de mercado más ajustado -en el afán de captar ciertos clientes despreciados pero no despreciables- puedan ser asumidos como clientes por ciertas entidades menos conservadoras y con mayor capacidad para asumir ciertos riesgos, siempre, eso sí, sin caer en el crédito desmedido y despreocupado que se ha vivido estos últimos años. Por tanto, sin negar la posibilidad de que, al menos en un primer momento, los créditos se restrinjan a personas con una solvencia sobradamente acreditada o a aquellos que ofrezcan un inmueble en garantía del crédito, en nuestra opinión, el propio mercado dispondrá la aparición de ciertas entidades más dispuestas a realizar un tratamiento individualizado de cada cliente que conduzca a la concesión de créditos a aquellos no que tengan almacenado previamente un patrimonio que ofrecer en garantía⁷⁸, sino que cuenten con un proyecto cuya perspectiva a ojos del avezado analista del banco resulte viable⁷⁹.

Además, quizá sería interesante importar el sistema de *credit score* norteamericano⁸⁰, como base de datos -al estilo de la que en España se conoce como CIRBE- en la que se recojan no solo los créditos fallidos o impagados de cada individuo, sino también aquellos que haya solicitado y haya devuelto. Este sistema permite tener una información más global de cada potencial deudor que la que actualmente se tiene en España, facilitando la concesión de los créditos a tipos de interés personalizados en función de la solvencia que a través de, entre otros medios, la base de datos de *credit score*, haya logrado acreditar cada solicitante de crédito. Así, el precio del dinero dependerá del riesgo de cada solicitante, atenuándose o eliminándose de esta manera la mutualización del riesgo anteriormente aludida que, por ciertos sectores ideológicos, pudiera ser desaprobada⁸¹. Es cierto, como han señalado algunos autores, que este registro puede suponer una intromisión hasta cierto punto ilegítima en el derecho a la privacidad, el honor y la intimidad de los individuos, pero siempre que el registro se use como un medio para proteger al consumidor, se contengan en él solo los datos determinantes para enjuiciar su solvencia económica, el acceso a dichos datos solo sea

78 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 119

79 CUENA CASAS, Matilde. *“Fresh start y mercado crediticio”*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 33

80 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 133-141

81 CUENA CASAS, Matilde. *“Fresh start y mercado crediticio”*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 48

posible para aquellos terceros que acrediten una justa causa para conocer la solvencia de la persona en cuestión, dichos datos sean veraces y puedan ser corregidos en su caso por el deudor en cuestión, dicha intromisión, que es cierto que se producirá y que será mayor que si solo se registraran los créditos impagados, se podrá considerar proporcionada⁸².

En último lugar respecto a las críticas hasta ahora señaladas, no resulta baladí cuestionarse si la introducción del *fresh start* en nuestro sistema realmente produciría una reducción de las cantidades recobradas por los bancos, máxime si atendemos a que en la actualidad aquellas cantidades que no se recuperan mediante la liquidación concursal en contadas ocasiones les son reintegradas con posterioridad⁸³. Esto nos lleva a pensar que la nueva regulación con la introducción de la liberación de deudas no hará disminuir las cantidades que recuperen las entidades bancarias y sí, por el contrario, reducir los costes que la realización de ciertas maniobras de recobro infructuosas para ellos suponía. En esta tesitura, resulta cuanto menos cuestionable defender como insalvable la subida de los tipos de interés para el supuesto de introducción del *fresh start* en un ordenamiento y plantearnos si este no es más un pretexto que desde ahora están difundiendo las entidades bancarias a fin de justificar una futura subida de los tipos de interés. De hecho, en Estados Unidos, las entidades bancarias presionaron enormemente con el propósito de modificar el sistema imperante en el sentido de reducir la aplicación del *fresh start*⁸⁴ y en España, así mismo, también han presionado al máximo para limitar la aplicación de dicha figura⁸⁵. Los bancos critican la irresponsabilidad de los consumidores al contraer deuda, pero ocultan la alta rentabilidad que ellos han obtenido de ese sobreendeudamiento.

Por otra parte, se ha comentado también la posible comisión de abusos por parte de los deudores en los impagos de los créditos recibidos al amparo de una normativa que les permite eximirse del pago de unas deudas y comenzar de cero sin ningún pasivo aun no habiendo pagado la mayor parte de lo adeudado.

A este respecto, las estadísticas existentes en los países en los que ya se ha implantado el *fresh start* demuestran que dicha institución no provoca que aumenten las situaciones de

82 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. Pp 34-35

83 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. Pp. 29-30

84 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: “*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 111

85 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 27

insolvencia, sino que simplemente aumentará el número de concursos de persona física porque dichos concursos con *fresh start* constituirán un remedio válido para solucionar las situaciones de insolvencia, lo cual antes no sucedía, por lo que, debido a este motivo, las declaraciones de concurso aumentarán, pero no porque aumenten las situaciones de insolvencia, sino porque habrá más situaciones de insolvencia cuya solución se encauce a través de la declaración de concurso⁸⁶. Además, por regla general y sin perjuicio de que puedan darse excepcionales casos de abusos, la situación de insolvencia proviene de una dificultad financiera generada, al menos en el caso de la crisis actual, por las políticas de un mercado crediticio “generoso” y no tanto por una actitud temeraria de quien solicita el crédito⁸⁷. No olvidemos, la terminación del concurso por liquidación le aboca a la pérdida de todo lo ganado hasta ese momento, lo cual en modo alguno se puede entender que cause indiferencia a aquel que cae en la insolvencia. En otras palabras, las entidades financieras son responsables principales de unas políticas de incentivación del crédito que han conducido a un consumo desmesurado. El sobreendeudamiento irresponsable es consecuencia de una concesión irresponsable de crédito⁸⁸.

En cualquier caso, a pesar de lo dicho, no se obvia que, efectivamente, existen y existirán casos excepcionales de mala praxis por parte de los particulares que haciendo un uso abusivo de la institución que analizamos se aprovechen de su existencia en el tráfico ordinario con fines espurios. En estos casos, no hemos de olvidar, como ya se ha expuesto, que el acceso a la liberación de deudas no es automática, sino que exige un control previo a la declaración de liberación que en algunos casos puede prolongarse incluso con posterioridad a dicha declaración. Así, de la misma manera que se controla y califica un concurso como fortuito o culpable, se distinguirá entre el endeudamiento activo, asimilable al doloso e incluso al negligente; y el endeudamiento pasivo que ha tenido lugar por causas ajenas a la voluntad del deudor, condicionándose el acceso al *fresh start* a que el endeudamiento haya sido del segundo tipo⁸⁹. Ello no obstante, no debe excluirse *a priori* una eventual protección de situaciones de sobreendeudamiento no directamente provocadas por una fatalidad sobrevenida a la asunción de créditos, sino a una no estrictamente diligente previsión y organización del presupuesto familiar o personal, entroncado esta tesis con lo que ya se expuso

86 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 31

87 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 26

88 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 16

89 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 31-32

respecto a la filosofía de proteger no solo al “consumidor desamparado”, sino también al emprendedor que adopta una iniciativa y que, por circunstancias no siempre controlables por él, fracasa en el plano económico.

Por otra parte, también critica un sector de la doctrina el efecto expropiatorio⁹⁰ que tiene sobre los derechos de crédito el *fresh start* con el consiguiente debilitamiento de la posición jurídica de los deudores, contradiciéndose el principal objetivo del derecho concursal en España que es la satisfacción de los acreedores⁹¹. Es más, algunos comparan esta liberación de deudas con una suerte de sanción⁹² frente al acreedor por no haber sido diligente al estudiar con más cuidado a quién concede un crédito, siendo visto en consecuencia el *fresh start* ya como sanción ya como expropiación, como una figura totalmente ilegítima⁹³.

Frente a esta crítica, el sector de la doctrina opuesto desarrolla una labor argumentativa apoyada en el espíritu social que co-preside el denominado Estado del Bienestar. Así, se argumenta que la condonación forzosa de ciertos créditos, por los motivos ya expuestos, se produciría igualmente si la misma se institucionaliza legalmente o no (liquidado el patrimonio del deudor, este no generará nuevo patrimonio acreditable por sus acreedores), por lo que, en consecuencia, el *fresh start* carecería de una repercusión relevante para los acreedores, mientras que para los deudores contaría con un efecto trascendental al ser estos reactivados para el tráfico mercantil, derivando de esto un beneficio para la economía en general⁹⁴. Por otra parte, “desahuciado”, el deudor en nada beneficia los acreedores, que de esta manera no van a recuperar su crédito, mientras que rehabilitado puede que al menos alguna cantidad les sea satisfecha finalmente a los acreedores, o al menos, el no hundimiento de la sociedad de consumo les reportará un beneficio indirecto⁹⁵. Al mismo tiempo el *fresh start* constituiría una medida disuasoria de políticas de fomento e incremento

90 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 207

91 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 146

92 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 139

93 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 61

94 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 206

95 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 14

irreflexivo del nivel de crédito y endeudamiento, implicando a los propios acreedores en la consecución de una solución convencional conveniente a la crisis, evitando retrasos a la declaración del concurso convirtiéndolo en algo poco atractivo e ineficaz.

La rehabilitación del deudor como miembro productivo para la sociedad constituye sin duda un valor a considerar en términos de beneficio para la comunidad con independencia de que por sí sola considerada su recuperación *per se* ya constituiría a mi juicio un valor deseable. De la misma manera que en su día se consideró desproporcionada la prisión por deudas, quizá también haya llegado el momento de dar un paso más y considerar que la situación de marginación en la que quedaría una persona que adeuda para el resto de su vida es igualmente desproporcionada. En palabras de algún autor, se puede considerar que tal situación constituye la “muerte social” del individuo que se ve obligado a vivir en una situación de semiclandestinidad, con recursos obtenidos de la economía sumergida y a través de testaferros⁹⁶.

Es cierto que el *fresh start* ha tenido tradicionalmente especial difusión en aquellos países con un Estado Social débil, como ha podido suceder con los Estados Unidos, que, careciendo de un sistema social público que se haga cargo de estas personas “inválidas” para el tráfico económico y mercantil, ha dispuesto en su ordenamiento jurídico de recursos supuestamente suficientes para que la propia sociedad desde el ámbito privado conceda la oportunidad a los individuos de rehabilitarse para seguir siendo activos para la vida económica de su sociedad. Esta realidad ha llevado a algunos autores a excluir la aplicación del *fresh start* en aquellos Estados en los que el sistema público ya ampara al colectivo del que hablamos.

A mi modo de entender, la respuesta ha este planteamiento debe ser que, indudablemente, el estado social no puede ni debe excluir la posibilidad de que la sociedad se autorregule y corrija las desviaciones que se produzcan sin intervención directa del Estado. En primer lugar, porque para bien o para mal los países occidentales se basan en economías liberales, por lo que, existiendo en las mismas sus propios mecanismos de autocorrección de las desviaciones que en su seno se produzcan, no hay motivo alguno para evitar que los mismos entren en funcionamiento. En otras palabras, si la propia economía liberal dispone de un potencial remedio para corregir la crisis que se produce en su funcionamiento, el primer recurso al que se debe acudir es este, entendiéndose siempre que la segunda oportunidad y la facilidad para emprender constituyen los motores

96 BACHES OPI, Sergio et al.: “*Algunas reflexiones en torno al concurso de persona física*” en Dret Concursall. Revista Jurídica de Catalunya nº 4-2012. P. 166

fundamentales de tal modelo de economía. Y en segundo lugar, porque los Estados del Bienestar son al mismo tiempo capitalistas y sociales, lo cual implica que la existencia de un remedio “liberal” no tiene por qué excluir su complementación con un remedio “social”. Y viceversa. El Estado Social debe velar por proporcionar el mayor nivel de bienestar a sus ciudadanos, por lo que si dispone de un primer remedio, el liberal, y un segundo, el social, para el caso de que el primero no sea suficiente, se estará dotando de una respuesta más satisfactoria a la demanda social que realiza la ciudadanía.

En el fondo , si dejamos a un lado los intereses de las grandes corporaciones bancarias, parece evidente que analizando la problemática tanto desde la perspectiva del afectado individualmente, como desde la perspectiva del beneficio para el conjunto de la sociedad, la conclusión a la que se llega es que la no liberación de deudas no entraña ningún beneficio para ningún operador, mientras que la rehabilitación del deudor genera beneficios tanto a nivel microeconómico como en términos macroeconómicos.

8.- Conclusiones

A la vista de lo expuesto, cabe concluir, en primer lugar, que la introducción de la institución del *fresh start* en un ordenamiento jurídico entraña indudables beneficios para el deudor insolvente en particular, que dichos beneficios se extienden también a la sociedad en la que se integra dicho deudor y que en modo alguno las consecuencias para los acreedores son tan nefastas como en algunos casos ciertos autores contrarios a la doctrina de la liberación de deudas mantienen.

Desde la perspectiva del estado social y de bienestar, ha de considerarse positiva una política que abunde aún más en la protección de los ciudadanos ante situaciones de crisis económicas individuales o colectivas y que complemente los mecanismos de protección ya existentes en tales estados. Igualmente, desde la perspectiva del estado liberal y capitalista, una política que permite a un individuo que por causas diversas ha experimentado un fracaso económico en su aventura empresarial rehabilitarse y constituirse nuevamente en un elemento productivo para su sociedad debe ser celebrada tanto por el incentivo que resulta para que surjan nuevos emprendedores, como por el efecto reactivador que puede surtir en una economía que experimenta tendencias recesivas.

Por otro lado, la concreta solución que ha sido planteada a lo largo del presente escrito, la institución de la liberación de deudas, en modo alguno puede ser exclusiva o excluyente de otras muchas con las que debe ser combinada, no solo las políticas sociales que ya han sido aludidas, sino

también -y más vinculado con la temática que analizamos- una correcta política preventiva en el ámbito financiero en el que tanto el banco, desde su posición de preeminencia de conocimientos jurídicos, económicos y culturales⁹⁷, como el consumidor, desde su mayor conocimiento de sus circunstancias personales, desarrollen una labor de intercambio de informaciones totalmente honesta⁹⁸ que conlleve, en su caso, la concesión de un crédito solo en circunstancias viables, pudiendo imputarse la responsabilidad de una concesión “equivocada” a aquella parte que no haya sido plenamente honesta en su función informativa. Cada una de las partes debe asumir las consecuencias desfavorables del incumplimiento de sus obligaciones en esta fase preventiva y ello tendrá una repercusión en su responsabilidad en caso de que el deudor sea declarado en concurso⁹⁹. De forma paralela, el desarrollo de registros de *credit score* puede facilitar en mucho esta tarea de análisis de la viabilidad de un crédito.

Así mismo, habrá de potenciarse también la figura de los mediadores¹⁰⁰ como promotores de la solución amistosa de conflictos derivados de impagos de cantidades adeudadas¹⁰¹. En Francia, por ejemplo, se han creado comisiones públicas gratuitas cuya misión es la de coadyuvar para tratar de alcanzar acuerdos entre deudores y acreedores¹⁰². No ha sido el propósito de este artículo analizar la mayor conveniencia de que los institutos de mediación que pudieran crearse sean de ámbito público (no olvidemos que existe un interés público que preservar como es la continuidad no solo de la empresa, sino de una persona que aun individualmente considerada continúa constituyendo un motor de la economía) o privado, contando ambas variantes con sus propias ventajas e inconvenientes. Lo que está claro es que esta potencial salida al conflicto sobrevenido entraña un sustancioso ahorro en el coste respecto al que representa la tramitación de un

97 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 141

98 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 118-119

99 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 120

100 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 155, 163 y ss

101 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: *“La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 103

102 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: *“El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 128 y ss.

procedimiento concursal¹⁰³ a la par que las alternativas que se podrán encontrar para solventar el conflicto a buen seguro serán más abiertas y menos encorsetadas que las planteables en sede concursal. La figura del mediador es óptima por cuanto evita que una de las partes, generalmente el acreedor, desde su posición de preeminencia económica utilice la negociación para reforzar aún más su posición¹⁰⁴ a costa del deudor o de otros posibles acreedores aprovechando la situación de necesidad en que en numerosas ocasiones se encuentra la parte deudora¹⁰⁵.

A modo de conclusión final, me gustaría acabar haciendo hincapié en el aspecto social que late tras la institución del *fresh start*, pues a pesar de que estoy convencido de que los argumentos que han de llevar a su adopción o no por parte de cada Estado son los de marcado carácter técnico-económico, esto es, si resulta conveniente para su economía y especialmente para evitar que las posibles crisis coyunturales devengan en estructurales la introducción de tal figura, pienso que también es legítimo -y necesario- plantearse un juicio ético-moral respecto a las difíciles, cuando no trágicas, situaciones que atraviesan numerosas familias consecuencia de la crisis que nos azota desde hace ya más de un lustro. Si en el siglo XX aprendimos que es Justo que el Estado ampare a personas enfermas o desempleadas, ¿no debe servirnos el momento de cambio que vivimos para mostrarnos que también aquellas personas a las que el sistema ha impulsado a desarrollar actividades empresariales bajo su iniciativa individual para mayor gloria del propio sistema han de ser protegidas cuando no su conducta temeraria sino las propias circunstancias generadas por el propio sistema les dan la espalda?¹⁰⁶

Desde mi punto de vista, caminamos cada vez más hacia un sistema de organización social en el que, si bien las grandes corporaciones son criticadas o aplaudidas, dependiendo del prisma ideológico de cada uno, la pequeña empresa se admite cada vez más como un medio ideal para generar riqueza para el colectivo y como tal, constituye un motor básico del sistema, lo cual nos debe llevar no solo a la conclusión de que el sistema económico-jurídico debe preservarla para

103 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 181

104 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 157

105 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 121

106 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: *“La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 103

lograr su propia subsistencia, sino que, desde un punto de vista ético, el sistema (la sociedad, el estado) debe asumir como responsable las consecuencias negativas que pueda contener para sus miembros (los ciudadanos) el funcionamiento de unas actividades empresariales que la propia sociedad, en un momento dado, le ha pedido (exigido) que desarrolle.

9.- Bibliografía

ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: *“La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010

BACHES OPI, Sergio et al.: *“Algunas reflexiones en torno al concurso de persona física”* en Dret Concursall. Revista Jurídica de Catalunya nº 4-2012

CUENA CASAS, Matilde. *“Fresh start y mercado crediticio”*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011

FERNÁNDEZ CARRON, Clara: *“El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009

SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: *“Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física”*, en CUENA CASAS, Matilde: *“Familia y concurso de acreedores”*. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010

TAMAYO HAYA, Silvia.: *“El sobreendeudamiento de los consumidores”* en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: *“La insolvencia de las familias”*. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008

TOMILLO URBINA, Jorge et al.: *“El futuro de la protección jurídica de los consumidores”* en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: *“La insolvencia de las familias”*. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008