



# UNIVERSITAT DE BARCELONA

## El concurso de la persona física

Miguel A. Alarcón Cañuta

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

---

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de Investigación: Derecho Mercantil

## **EL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA**

Director: Dr. Rafael Guasch Martorell

MIGUEL A. ALARCÓN CAÑUTA

BARCELONA, 2019



## AGRADECIMIENTOS

Culminando estos años de trabajo, no quisiera dejar pasar la oportunidad de agradecer a las personas que, de una u otra forma, contribuyeron en el inicio, desarrollo y logro de este objetivo.

Agradezco a mi Director, Dr. Rafael Guasch, por aceptar mi solicitud de llevar a cabo esta investigación, por su apoyo y confianza; quien con sus certeros consejos contribuyó en guiar mi labor y, sin duda, posibilitar un crecimiento en mi actividad investigadora.

Al Dr. Rodrigo Coloma, por creer en mí y apoyarme desde la gestación de la idea de esta meta.

Al personal de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, y a la "pecera"; todos quienes, aunque fuera de casa, día a día me hicieron sentir como en mi hogar.

A mis compañeros de doctorado, algunos ahora doctores y otros pronto a serlo, Diego, Maridalia, Ana, Pilar, Christopher; quienes en conjunto contribuyeron a que los días de trabajo fueran más amenos.

Doy gracias a mi hermana Angélica, hermanito Jorge, abuela María y sobre todo a mis padres Patricia y Miguel, quienes me han enseñado que las cosas que más se valoran son aquellas que, aunque difíciles, se logran con esfuerzo y dedicación.

A mi pareja Lara, por su paciencia y por estar siempre presente con su apoyo incondicional.

A la Carrera de Derecho y Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Arturo Prat, Chile.

Finalmente, a la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT) de Chile, por haber financiado mis estudios doctorales a través de una beca del Programa Becas Chile para estudios de Doctorado en el extranjero, convocatoria del año 2016.



## **RESUMEN**

Partiendo de un análisis de derecho comparado e histórico, seguido de un análisis dogmático-crítico, se establecen las bases dogmáticas para una comprensión de una moderna regulación concursal de la persona física que, regida por fundamentos y principios propios replicables en cualquier ordenamiento, permiten concretizarla como una institución individual o especial, cuya finalidad y objetivos vinculados a la protección de los intereses del deudor han de entenderse trascendentes a la regulación sustantiva, para una adecuada construcción de los elementos o instituciones estructurales de un procedimiento concursal de la persona física. A partir de un análisis valorativo y crítico de la sistemática de la regulación concursal relativa al tratamiento de la insolvencia de la persona física en la legislación concursal española, en consideración al modelo estándar, y a través de una delimitación de los problemas y efectos que posibilitan caracterizarla como eminentemente sancionatoria y restrictiva de los intereses de los deudores; se construye una regulación constitutiva de un procedimiento concursal de la persona física propiamente tal y que obedece a los fines y objetivos contenidos en el principio del fresh start.



## **ABSTRACT**

Starting from a comparative and historical law analysis, followed by a dogmatic-critical analysis, we establish the dogmatic bases for an understanding of a modern bankruptcy regulation of the natural person that, ruled by its own fundamentals and principles replicable in any legal system, allow to concretize it as an individual or special institution, whose purpose and objectives linked to the protection of the debtor's interests must be understood as transcendental to the substantive regulation, for an adequate construction of the structural elements or institutions of the individual bankruptcy proceeding. From an evaluative and critical analysis of the systematic bankruptcy regulation regarding the treatment of the individual insolvency in the Spanish bankruptcy law, considering the standard model, and through a delimitation of the problems and effects that allow to characterize it as eminently sanctioning and restrictive of the debtors' interests; we construct a legal regulation constitutive of a bankruptcy proceeding for the physical person as such, and that obeys the aims and objectives contained in the fresh start principle.





## RESUM

Partint d'una anàlisi de dret comparat i històric, seguit d'una anàlisi dogmàtica-crítica, s'estableixen les bases dogmàtiques per a la comprensió d'una moderna regulació concursal de la persona física que, regida per fonaments i principis propis replicables en qualsevol ordenament, permeten concretitzar-la com una institució individual o especial, la finalitat i objectius de la qual –vinculats a la protecció dels interessos del deutor– s'han d'entendre transcendents a la regulació substantiva, per a una adient construcció dels elements o institucions estructurals d'un procediment concursal de la persona física. A partir d'una anàlisi valorativa i crítica de la sistemàtica de la regulació concursal relativa al tractament de la insolvència de la persona física en la legislació concursal espanyola, en consideració al model estàndard, i a través d'una delimitació dels problemes i efectes que possibiliten caracteritzar-la com eminentment sancionadora i restrictiva dels interessos dels deutors, es construeix una regulació constitutiva d'un procediment concursal de la persona física pròpiament tal que obeeix a les finalitats i objectius continguts en el principi del fresh start.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>21</b>
<b>PARTE PRIMERA. LA MODERNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA.....</b>	<b>31</b>
<b>SECCIÓN 1ª. EL MODERNO PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA .....</b>	<b>31</b>
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JUSTIFICATIVOS DEL FRESH START Y LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL.....	31
1. El trato diferenciado de las normas de bancarrota entre deudores personas físicas comerciantes y no comerciantes. El origen de la descarga de la deuda. ....	32
2. Justificaciones del origen de la descarga de la deuda para deudores comerciantes. ...	38
3. Justificaciones del origen de la descarga de la deuda para el deudor persona física no comerciante.....	43
3.1. La descarga de la deuda para el no comerciante como herramienta que beneficia al deudor en ciertas circunstancias económicas y financieras desfavorables a través de la limitación de su responsabilidad.....	47
3.2. Cambio de paradigma en torno a la visión del crédito y el riesgo del mercado. El deudor no comerciante como sujeto de circunstancias imprevisibles.....	51
II. LA MODERNA CONCEPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA.....	53
1. La concepción moderna de la descarga de la deuda. ....	53
2. Consecuencias de la incorporación de la descarga de la deuda en el procedimiento concursal de la persona física.....	56
2.1. Introducción del objetivo de otorgar un alivio al deudor en caso de desafortunado estado económico-financiero. ....	56
2.2. Cambio de concepción en torno a la naturaleza del procedimiento de bancarrota. ....	56
2.3. Consideración de los procedimientos concursales de la persona física como de <i>ultima ratio</i> para la solución al problema de la crisis económico-financiera del deudor persona física. ....	57

2.4.	Confusión conceptual entre el objetivo y la herramienta de materialización del objetivo de la legislación concursal de la persona física. ....	59
3.	Justificaciones de la descarga de la deuda o <i>discharge</i> .....	62
4.	La fundamentación y función del moderno procedimiento concursal del deudor persona física. ....	68
5.	¿Qué debemos entender por <i>fresh start</i> en la moderna regulación concursal de la persona física?.....	71
<b>SECCIÓN 2ª. PRIMERA APROXIMACIÓN A "LOS TIPOS" DE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES DE LA PERSONA FÍSICA DESDE LA EXPERIENCIA COMPARADA.....</b>		<b>73</b>
1.	Notas introductorias. ....	73
2.	Procedimientos concursales o fases destinados a la reorganización o renegociación y pago de la deuda.....	77
3.	Procedimientos concursales o fases destinadas a la liquidación. ....	84
4.	La descarga o <i>discharge</i> de la deuda residual y el nuevo comienzo o <i>fresh start</i> . ....	88
5.	El interés por limitar o prevenir el abuso de los procedimientos concursales. ....	91
6.	Excepciones al <i>discharge</i> o descarga de la deuda residual. ....	95
7.	Principales diferencias. ....	96
7.1.	Objetivo del procedimiento concursal de la persona física y su relación con la obtención del <i>discharge</i> .....	96
7.2.	Fomento de las soluciones consensuadas en los procedimientos concursales..	98
7.3.	La duración del procedimiento concursal.....	100
7.4.	Criterios delimitadores del ámbito de aplicación de los procedimientos concursales.....	102
<b>SECCIÓN 3ª. EL PRINCIPIO DEL FRESH START. PRINCIPIO RECTOR DE LA MODERNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA.....</b>		<b>104</b>
1.	Generalidades.....	104
2.	La conceptualización del <i>fresh start</i> como una política.....	106
3.	La noción general de principio como contraposición a la noción de política. ....	109
4.	El contenido normativo del <i>fresh start</i> . ....	111
4.1.	El sustantivo "fresh start" y su contenido de significado prescriptivo.....	111
4.2.	La existencia y validez de una norma jurídica. Cuestiones dogmáticas previas y posición del autor. ....	116
4.3.	La norma jurídica contenida en el <i>fresh start</i> .....	120
4.3.1.	La dignidad humana como fundamento y justificación de la norma contenida en el <i>fresh start</i> . ....	120
4.3.2.	Tres derechos inherentes a la persona del deudor que justifican la norma contenida en el <i>fresh start</i> . ....	127
4.3.3.	La existencia de la norma jurídica contenida en el <i>fresh start</i> . ....	133
5.	El "fresh start" como un principio.....	135
5.1.	El principio desde un enfoque estructural y funcional. Posición del autor.....	135
5.2.	El enfoque estructural. El <i>fresh start</i> como un principio directriz del ordenamiento. ....	139
5.2.1.	Consecuencias de la consideración del <i>fresh start</i> como principio desde un enfoque estructural. ....	140
5.3.	El enfoque funcional. El <i>fresh start</i> como principio implícito dependiente de su contenido.....	143
5.3.1.	Consecuencias de la consideración del <i>fresh start</i> como un principio desde un enfoque funcional. ....	143
5.4.	La importancia del principio del <i>fresh start</i> desde el punto de vista de sus objetivos.....	146

<b>PARTE SEGUNDA. UNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA EN LA LC .....</b>	<b>149</b>
<b>SECCIÓN 1ª. FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA EN LA LC. ....</b>	<b>149</b>
1. Breve descripción del procedimiento concursal de la persona física en España. ....	149
2. Fundamentos y objetivos de la regulación concursal de persona física en la LC. ....	151
2.1. La LC eminentemente originada desde la visión de la persona jurídica deudora y destinada a la protección de los acreedores. ....	151
2.2. Fundamentos de la regulación concursal de la persona física en la LC.....	154
2.2.1. Fundamentos vinculados al fomento de los acuerdos extrajudiciales de pago. ....	154
2.2.2. Fundamentos vinculados a la exoneración de la deuda residual. ....	156
2.3. Objetivos de la regulación concursal orientada a la persona física en la LC....	158
2.4. La falta de una regulación concursal de persona física propiamente tal en la LC. ....	161
2.4.1. Inexistencia de un procedimiento concursal de persona física en la LC. ....	161
2.4.2. La falta de reconocimiento de la finalidad y objetivos del moderno derecho concursal de la persona física en la LC.....	165
<b>SECCIÓN 2ª. FASES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA A LA LUZ DE LA LC.....</b>	<b>168</b>
I. PRECISIONES PREVIAS.....	168
1. Inicio del procedimiento concursal.....	168
2. Declaración de concurso.....	170
2.1. Solicitud de concurso.....	170
2.2. Declaración del concurso.....	172
2.3. Efectos de la declaración de concurso.....	174
2.3.1. Intervención y suspensión de la facultad de administración y disposición sobre los bienes del deudor persona física.....	174
2.3.2. Paralización de ejecuciones y apremios singulares contra el patrimonio del deudor. Las excepciones.....	177
2.3.3. El deber de información y colaboración del deudor.....	178
2.3.4. El derecho de alimentos del deudor y ciertos dependientes.....	180
II. LA EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL DEUDOR COMO ELEMENTO Y CRITERIO PARA DETERMINAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.....	185
1. El acceso al procedimiento concursal en la LC.....	185
1.1. Breve consideración del presupuesto objetivo del concurso de la persona física en la LC.....	185
1.2. La facultad de elección del deudor del mecanismo de alivio convenido o liquidatorio. Libre elección del deudor de la solución del convenio o de la liquidación.....	187
1.3. El problema en torno a la elección libre del tipo de mecanismo de alivio en la LC.....	190
2. El moderno procedimiento concursal como un todo configurado por etapas independientes.....	194
2.1. Delimitación de la idea en función de modelos comparados.....	194
2.2. La incidencia de los objetivos de los elementos estructurales y de la configuración general de un procedimiento concursal.....	195

2.3.	La ventaja de los procedimientos concursales por etapas independientes: el abaratamiento de costos de la administración; el ahorro de recursos de los acreedores; el cumplimiento de la finalidad del moderno derecho concursal de la persona física de otorgar un alivio al deudor. ....	196
3.	El criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales de un procedimiento concursal de persona física.....	200
3.1.	El criterio del <i>means test</i> en el derecho estadounidense.....	200
3.2.	El procedimiento francés y la evaluación del nivel de endeudamiento del deudor. ....	203
4.	Un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las herramientas concursales para el alivio. La "evaluación de la capacidad de pago" del deudor. ....	204
4.1.	La concepción de los tipos de deudores como punto de partida. La disparidad de nivel de endeudamiento de los deudores personas físicas .....	204
4.2.	Las circunstancias particulares del deudor como elemento esencial en el criterio delimitador. ....	207
4.3.	La concepción de la "viabilidad de la persona física" y su influencia en la elaboración del criterio delimitador del ámbito de aplicación de las fases estructurales del procedimiento concursal. ....	210
5.	El nivel de endeudamiento como criterio delimitador del ámbito de aplicación de las fases del procedimiento concursal en la LC. ....	212
5.1.	La falta de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las fases estructurales del procedimiento concursal en la LC. ....	212
5.2.	La evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago como cuestión irrelevante en la LC. ....	215
5.3.	La cuestión de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa y su vinculación con la capacidad económica del deudor persona física. ....	219
5.4.	Necesidad de consideración de la capacidad de pago en función del concepto de viabilidad de la persona física para una adecuada configuración del procedimiento concursal de la persona natural en la LC. ....	223
<b>SECCIÓN 3ª. LA ASESORÍA DE DEUDA COMO HERRAMIENTA EFICIENTE PARA EL TRATAMIENTO Y PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA Y EL ABUSO.....</b>		224
1.	La idea de un "real fresh start" para el deudor persona física. ....	224
1.1.	Un real alivio como manifestación del objetivo de prevención de la insolvencia contenido en el principio del fresh start.....	224
1.2.	La falta de consideración del objetivo de prevención de la insolvencia en la LC. ....	226
2.	La asesoría de deudas como herramienta eficiente para la prevención de la insolvencia y la puerta giratoria del concurso.....	228
2.1.	Fundamentos y finalidad de la asesoría de deuda. ....	229
2.2.	El diverso riesgo de insolvencia en los deudores personas físicas. ....	231
2.3.	La asesoría de deuda como herramienta preventivo educativa continua de la insolvencia. ....	234
3.	La asesoría de deudas como herramienta eficiente para el fomento de las soluciones amigables en el concurso de la persona física.....	237
3.1.	La cuestión del fomento de las soluciones amigables en el procedimiento concursal de la persona física. ....	237
3.1.1.	El fomento de las soluciones amigables a la insolvencia a través de la asesoría de deudas. ....	237
3.1.2.	El fomento del acuerdo extrajudicial de pagos en la LC. ....	238
3.2.	La evaluación integral de la situación del deudor como elemento esencial de la asesoría de deudas.....	241
3.2.1.	La aparente relevancia de la evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor persona física en torno al concurso consecutivo. ....	242

3.2.2.	La evaluación de la viabilidad de la persona física en la LC. Su aparente relevancia en torno al acuerdo extrajudicial de pagos. ....	245
3.2.3.	La aparente relevancia de la evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor persona física en torno a la propuesta anticipada de convenio. ....	249
3.2.4.	La asesoría de deuda como herramienta de tratamiento integral y social de la insolvencia. ....	253
4.	Necesidad de una asesoría de deuda integral, social y continua en la LC. ....	256

**PARTE TERCERA. EL CARÁCTER SANCIONADOR DE LA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA EN LA LC** ..... 263

**SECCIÓN 1ª. EL PERIODO DE BUENA CONDUCTA EN LA LC**..... 263

I.	FÓRMULAS DE ALIVIO DEL DEUDOR EN LA MODERNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA. ....	263
1.	Las formas de obtención del alivio del deudor. ....	263
1.1.	La forma automática de descarga de la deuda residual.....	265
1.2.	La forma aplazada de descarga de la deuda residual. Configuración del periodo de buena conducta. ....	267
1.3.	Conceptualización y elementos de un periodo de buena conducta. ....	269
2.	Formas de exoneración de la deuda en la LC. ....	272
2.1.	La fórmula de exoneración automática en la LC. ....	272
2.2.	La fórmula de exoneración aplazada. Un periodo de buena conducta "camuflado" en la LC. ....	273
2.3.	La satisfacción de un porcentaje mínimo de créditos en beneficio de los acreedores en la LC. ....	275
2.4.	Extensión de la exoneración del artículo 178 bis.5 en función de las formas de exoneración. ....	278
2.5.	La incongruencia de una exoneración provisional en la forma de exoneración directa en la LC.....	282
3.	Naturaleza jurídica del periodo de buena conducta. ....	286
3.1.	Fundamentos del periodo de buena conducta. ....	287
3.2.	Objetivos y naturaleza jurídica del periodo de buena conducta en la LC.....	293
3.2.1.	Prevenir el abuso y la insolvencia. Escarmentar al deudor. ....	293
3.2.1.1.	<i>Naturaleza sancionatoria</i> . ....	297
3.2.2.	Protección del mercado del crédito, por tanto, satisfacción de los acreedores. ....	301
3.2.2.1.	<i>Naturaleza compensatoria</i> . ....	303
II.	PROPUESTA DE REGULACIÓN DE UN ADECUADO PERIODO DE REHABILITACIÓN DEL DEUDOR.....	306
1.	Injustificación de un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores en la LC. ....	306
1.1.	Injustificación del porcentaje de satisfacción mínima desde su vinculación con la mala fe del deudor persona física.....	307
1.2.	Innecesariedad e injustificación de un índice de satisfacción mínima de los acreedores. ....	310
2.	Injustificación del periodo de buena conducta desde un análisis de proporcionalidad. ....	317
2.1.	El obligado periodo de buena conducta en la LC. ....	317
2.2.	El principio del fresh start como límite a la actividad de los acreedores y de los poderes públicos.....	319
2.2.1.	Las consecuencias del principio del fresh start como derivación de la dignidad humana en cuanto límite.....	319



2.2.2.	Las consecuencias del principio del fresh start en cuanto derivación de un cúmulo de derechos inherentes a la dignidad. ....	323
2.3.	Idoneidad (congruencia) del periodo de buena conducta. ....	326
2.4.	Innecesariedad del periodo de buena conducta. Necesaria consideración de herramientas distintas a las sancionatorias para educar efectivamente al deudor. ....	327
2.5.	Desproporcionalidad del periodo de buena conducta. ....	330
3.	Injustificación del término del periodo de buena conducta y la tasa mínima de satisfacción a la luz de la teoría de las expectativas. Una hipótesis de eventual falta de interés de los acreedores en un procedimiento sin masa. ....	334
4.	Necesidad de una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor. ....	341
5.	Una propuesta de etapa de rehabilitación apropiada para la LC. ....	349
5.1.	La reducción del periodo de buena conducta en el Reino Unido. ....	351
5.2.	Le necesidad de evaluación de las circunstancias del deudor. ....	353
5.3.	Propuesta de una etapa de rehabilitación para la LC. ....	354
6.	Otras cuestiones que debieren considerarse en la adecuada regulación de un periodo de rehabilitación para el deudor en la LC. ....	359
6.2.	Facultad del deudor de presentar convenio en los términos que sus circunstancias lo permitan. Innecesariedad de un porcentaje de satisfacción mínima en el periodo de rehabilitación. ....	359
6.3.	Facultad del juez de reemplazar la voluntad de los acreedores en la aprobación del plan de rehabilitación. ....	362
 <b>SECCIÓN 2ª. LAS EXCEPCIONES A LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL COMO LÍMITE AL ALIVIO DEL DEUDOR EN LA LC. ....</b>		 363
I.	ADECUADA DELIMITACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL COMO LÍMITE AL ALIVIO DEL DEUDOR. ....	363
1.	La delimitación de las obligaciones "(no) descargables" en la LC. ....	363
2.	Justificaciones de una excepción a la descarga de la deuda residual. ....	366
3.	El carácter expreso de las excepciones a la descarga de la deuda. ....	369
4.	Las excepciones a la descarga de la deuda en nuestra LC. ....	371
4.1.	El problema de la falta de comprensión del legislador de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda. ....	372
4.2.	Necesidad de expresa mención de las deudas exceptuadas en un adecuado periodo de rehabilitación del deudor. ....	379
4.3.	Alcances de la comprensión adecuada de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda en torno a las obligaciones exonerables en las fórmulas consagradas por la LC. ....	380
4.4.	La naturaleza de la mal llamada "exoneración provisional" y su influencia en las excepciones a la descarga de la deuda en la LC. ....	386
II.	EXCEPCIONES A LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL EN PARTICULAR EN LA LC. ....	389
1.	Respecto de la excepción de los créditos de derecho público. ....	389
2.	Respecto de la excepción de los créditos por alimentos. ....	393
3.	Respecto de la excepción de la parte de los créditos garantizados no cubiertos por la ejecución de la garantía. ....	396
3.1.	Adecuada comprensión del <i>cramdown</i> como herramienta eficiente para los deudores hipotecarios. La experiencia comparada. ....	399
3.2.	La exención al embargo de bienes. Breve referencia al régimen de la vivienda habitual del deudor en el concurso de la persona física. ....	404

<b>SECCIÓN 3ª. EL CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA REGULACIÓN CONCURSAL DE PERSONA FÍSICA EN LA LC.....</b>	<b>411</b>
1. Las anotaciones de deudores en el registro.....	411
1.1. Las anotaciones de la exoneración de la deuda en el Registro de Deudores. ...	411
1.2. Las anotaciones de denegación y revocación de la deuda en el modelo alemán.....	412
1.3. La privación de un efectivo alivio del deudor. ....	413
2. Una hipótesis de futura insolvencia ¿y delincuencia? del deudor persona física en consideración al carácter de la regulación de la LC.....	417

<b>PARTE CUARTA. LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA.....</b>	<b>423</b>
---	------------

<b>SECCIÓN 1ª. LA CONDUCTA DEL DEUDOR COMO LÍMITE A LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL EN LA LC.....</b>	<b>424</b>
--	------------

I. LA CONDUCTA DEL DEUDOR COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DEL FRESH START.....	424
1. La conducta del deudor y su vinculación con el objetivo de prevención del abuso....	424
2. Límites al principio del fresh start en función de la conducta del deudor. ....	426
2.1. Buena fe contractual y buena conducta procedimental.....	427
2.2. Un concepto de buena fe en el concurso de la persona física. ....	428
2.3. La conducta esperada del deudor para el logro de alivio. ....	429
3. El rechazo de la descarga de la deuda como consecuencia del incumplimiento de las limitaciones vinculadas a la conducta del deudor.....	432
3.1. Breve relación de los casos de rechazo de la descarga de la deuda. ....	433
3.2. Fundamentos, justificaciones y naturaleza jurídica de los casos de rechazo de la descarga de la deuda. ....	435
II. EL TRATAMIENTO DE LA CONDUCTA DEL DEUDOR EN LA LC.....	438
1. La consideración de la conducta del deudor persona física vinculada a la buena fe en la LC.....	438
2. El carácter no taxativo de las circunstancias delimitadoras de la buena fe del deudor .....	440
3. Aplicación copulativa de los requisitos vinculados a la conducta del deudor. ....	442
4. El problema de la discontinuidad de la exoneración en la fase de liquidación. ....	444
5. La necesidad de una evaluación de oficio y de subsanación de ciertas circunstancias configuradoras de la mala fe del deudor.....	447

<b>SECCIÓN 2ª. LA BUENA FE CONTRACTUAL EN LA LC. EL RECHAZO DE LA DESCARGA DE LA DEUDA. ....</b>	<b>453</b>
--	------------

I. EL RECHAZO ABSOLUTO DE LA EXONERACIÓN EN LA LC.....	453
1. Rechazo por calificación del concurso (artículo 178 bis.3.1º).....	454
2. Rechazo por incumplimiento de la obligación de colaboración del artículo 42 LC (artículo 178 bis.3.5º.ii). ....	455
2.1. La supuesta contradicción entre la calificación por incumplimiento del deber de solicitar el concurso y la posibilidad de exoneración. ....	456
2.2. El tratamiento restrictivo del deudor ante el incumplimiento de la obligación de colaboración.....	458
3. Rechazo por falta de intento de acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 178 bis.3.3º). ....	461
3.1. La supuesta contradicción entre el número 3º y número 4º del apartado 3 en torno a la exigencia de intento de acuerdo extrajudicial de pagos como base de una paradoja de mayor trascendencia y gravedad para el alivio del deudor. ....	461

3.2.	Injustificación de la causal de rechazo del alivio vinculada al intento de acuerdo extrajudicial de pagos.....	465
II.	ADECUADO TRATAMIENTO DE LAS CAUSALES DE BLOQUEO EN LA LC.....	468
1.	Las causales de bloqueo en la LC.....	468
1.1.	Breve identificación de las causales de bloqueo en la LC.....	468
1.2.	El tratamiento de las circunstancias de bloqueo en el procedimiento concursal alemán.....	470
1.3.	Comentarios críticos a la regulación de las causales de bloqueo en la LC.....	473
1.3.1.	Respecto de la causal de bloqueo por comisión de delitos previos (artículo 178 bis.3.2º).....	473
1.3.2.	Respecto de la causal de bloqueo por obtención de la descarga en un procedimiento previo (artículo 178 bis.3.5º.iii).....	474
1.3.3.	Respecto de la causal de bloqueo por rechazo de una oferta de empleo adecuada a la capacidad del deudor (artículo 178 bis.3.5º.iv).....	475
2.	La cuestión de la delimitación de las causales de bloqueo.....	478
2.1.	El problema de una falta de evaluación de causales de rechazo del alivio al inicio del procedimiento en la LC.....	478
2.2.	¿Posibilidad de ampliación de las causales de bloqueo?.....	479
2.3.	Necesidad de delimitación expresa.....	481
2.4.	Un criterio para la delimitación de las causales de bloqueo.....	482
3.	Críticas a la normativa de rechazo de la exoneración en la LC.....	485
III.	LA BUENA FE CONTRACTUAL DEL DEUDOR PERSONA FÍSICA... ¿EN LA LC?.....	490
1.	La buena fe contractual como límite al abuso del deudor persona física.....	492
1.1.	Importancia de una evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física.....	492
1.2.	Configuración de la buena fe contractual.....	494
1.2.1.	Contenido de la buena fe contractual. El perjuicio por insatisfacción de los acreedores.....	494
1.2.2.	La buena fe contractual y el estado de insolvencia.....	496
1.2.3.	El aspecto volitivo como elemento esencial de la buena fe contractual.....	499
2.	La evaluación de la buena fe contractual en la LC.....	505
2.1.	¿La calificación del concurso como fórmula de evaluación de la buena fe contractual?.....	505
2.1.1.	Fundamento y justificaciones de calificación del concurso en la LC.....	506
2.2.	Incongruencia de la calificación del concurso a través de las causales expresas como fórmula de evaluación de la buena fe contractual del deudor en la LC.....	510
2.3.	La causal genérica de calificación como posible fórmula de evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física.....	516
2.3.1.	Necesidad de comprensión de la presunción de la buena fe del deudor como punto de partida del sistema.....	516
2.3.2.	La calificación del concurso no se aplica a todo deudor que logra llegar a la fase de exoneración.....	518
2.3.3.	Necesaria comprensión del resultado antijurídico y de los deberes de cumplimiento del deudor.....	520
2.3.4.	Necesaria comprensión de un modelo de evaluación en concreto de la buena fe contractual del deudor.....	526
2.4.	Necesidad de que la evaluación de la calificación del concurso responda a los parámetros y elementos de una adecuada evaluación de la buena fe contractual del deudor.....	530
2.4.1.	Dos ejemplos de ello: la calificación del concurso como culpable y la concesión de la exoneración de la deuda en un concurso anterior no son causales de rechazo de la exoneración en un concurso posterior.....	530

2.4.2.	Especial referencia al caso del deudor que "no puede" acceder a un acuerdo extrajudicial de pagos como deudor de mala fe.....	534
3.	La labor del juez en la determinación de la mala fe contractual. Un ejemplo de la experiencia estadounidense y francesa. ....	536
4.	Necesidad de incorporación de la evaluación de la buena fe contractual en el procedimiento concursal de la persona física.....	542
<b>SECCIÓN 3ª. LA BUENA CONDUCTA PROCEDIMENTAL EN LA LC.....</b>		<b>551</b>
I.	ADECUADA DELIMITACIÓN DE LAS FORMAS DE RECHAZO DE LA DESCARGA EN LA LC A LA LUZ DE LA MODERNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA.....	551
1.	El problema de la genérica unidad de tratamiento del rechazo de la exoneración en la LC y de la unidad de tratamiento de la revocación de la exoneración como causal de rechazo del alivio en la LC.....	551
2.	Los motivos de denegación y revocación de la descarga en la LC.....	554
2.1.	Una adecuada delimitación y comprensión de la denegación y revocación de la descarga de la deuda. ....	555
2.2.	Delimitación adecuada de las causales de denegación y revocación en la LC.	556
3.	Breve sistematización de los motivos de denegación en el ordenamiento alemán. ....	560
II.	LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN EN LA LC.....	564
1.	Motivo de denegación por constatación de ingresos, bienes o derechos ocultos del deudor (artículo 178 bis.7, párrafo primero).....	564
2.	Motivos de denegación contemplados en el artículo 178 bis.7, párrafo segundo. ....	566
2.1.	Motivos de denegación por concurrencia de las circunstancias del apartado 3 (artículo 178 bis.7.a)).....	567
2.2.	Motivo de denegación por incumplimiento del deber de colaboración. ....	570
2.2.1.	La supuesta contradicción entre las circunstancias del número 1º y del numeral ii) del número 5º, del apartado 3, desde el entendimiento de la causal como motivo de denegación. ....	570
2.3.	Una adecuada comprensión de la circunstancia de rechazo de oferta de empleo adecuada como causal de denegación. ....	572
2.3.1.	La contradicción de la regulación del periodo de buena conducta en la LC desde la obligación de trabajar del deudor. ....	572
2.3.2.	La LC configura la obligación de trabajar como un motivo de denegación.....	574
2.3.3.	Consecuencias de nuestra interpretación en la regulación del periodo de buena conducta. ....	576
2.3.3.1.	<i>Propuesta de interpretación beneficiosa para el deudor en función de una necesaria consideración del adecuado entendimiento de la institución de la denegación de la exoneración.....</i>	577
2.3.3.2.	<i>Contenido de la obligación de trabajar del deudor en la causal de denegación de la exoneración.....</i>	581
2.3.3.3.	<i>La necesaria vinculación de la exigencia de trabajar del deudor con una adecuada evaluación de sus circunstancias particulares. La vital función de la asesoría de la deuda integral y social.....</i>	585
3.	Plazo para el ejercicio de la denegación de la exoneración en la LC.....	588

III.	LA REVOCACIÓN DE LA EXONERACIÓN EN LA LC.....	589
1.	Las efectivas causales de revocación en la LC. ....	589
1.1.	Causal de revocación por mejora sustancial de la situación económica del deudor (artículo 178 bis.7.c)).....	589
1.1.1.	Adecuada interpretación del alcance de la causal de revocación en función de la posibilidad de pago de "todas las deudas pendientes"......	591
1.1.2.	Propuesta de interpretación de la causal de mejora sustancial de la situación económica del deudor como un motivo de denegación parcial de la exoneración. ....	592
1.2.	Causal de revocación por constatación de ingresos, bienes o derechos ocultos del deudor (artículo 178 bis.8, párrafo final).....	596
2.	La revocación no solo aplica para la forma de exoneración aplazada en virtud del plan de pagos del artículo 178 bis.6. ....	598
3.	La cuestión de la falta de delimitación de un plazo para la revocación. ....	600
4.	Adecuada comprensión de la institución de la revocación de la exoneración en la LC. ....	602
4.1.	La naturaleza jurídica de la exoneración de deudas en la LC.....	603
4.1.1.	La supuesta ventaja de una obligación natural respecto de una extinta desde la visión del legislador español.....	605
4.1.2.	La extinción de las obligaciones como efecto adecuado de la exoneración en función del principio del fresh start. ....	606
4.1.3.	La naturaleza sui generis del modo de extinguir exoneración.....	607
4.2.	Naturaleza jurídica de la revocación de la exoneración en la LC.....	611
4.2.1.	El efecto de "recuperación" de los créditos por los acreedores y su incidencia en la naturaleza de la revocación de la exoneración. ....	612
4.2.2.	Diferencias entre la invalidez y la rescisión de un acto determinado. ....	615
4.2.3.	La revocación de la exoneración como un caso de especial rescisión.....	617
	4.2.3.1. <i>Diferencias entre la especial naturaleza rescisoria de la revocación de la exoneración y las acciones rescisorias concursales.</i> .....	618
4.3.	Incidencia de la naturaleza rescisoria de la revocación en la pretensión de otorgar alivio solo al deudor que se lo merece. ....	621
4.3.1.	El perjuicio a los acreedores como requisito de procedencia de la revocación de la exoneración y su incidencia en cuestiones procedimentales.....	621
4.3.2.	Imposibilidad de procedencia de oficio de las causales de revocación. ....	623
4.3.3.	Especial referencia a ciertas causales de revocación en la LC. ....	624
	4.3.3.1. <i>Especial referencia a la causal de revocación de "mejora sustancial de la situación económica del deudor".</i> .....	624
	4.3.3.2. <i>Especial referencia a la causal de revocación por condena por delito previo.</i> ....	630
4.3.4.	Término de presentación de la solicitud de revocación.....	634
	<b>CONCLUSIONES</b> .....	637
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	655

## INTRODUCCIÓN

La regulación concursal destinada al tratamiento de la insolvencia de la persona física no es un tema nuevo en el derecho comparado. La misma remonta sus orígenes a la Inglaterra del S. XV. Ordenamientos como el estadounidense, alemán y francés han considerado la introducción de una regulación jurídica destinada al tratamiento del problema de la crisis económico-financiera de la persona física, respectivamente, ya desde finales del S. XIX, y década de los 90 del S. XX. Aunque si bien nuestro ordenamiento español ha retardado la regulación concursal de la persona física, y aunque con Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley 14/2014 o LAE), y Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad (Ley 25/2015 o LSO), se introducen elementos estructurales que vienen, en la visión del legislador, a perfeccionar la regulación, lo cierto es que el tratamiento del concurso de la persona física ha estado presente desde la regulación del procedimiento concursal dado por la Ley 22/2003, de 09 de julio, Concursal (Ley Concursal o LC).

Desde el establecimiento de la regulación concursal de la persona física, tanto la doctrina y la jurisprudencia, de manera sistemática, han venido dando cuenta y criticando un sin número de ambigüedades e inconsistencias de la originaria LC, así como de sus sucesivas modificaciones en la materia originadas a partir de la LAE y la LSO. En este contexto, incluso los jueces de lo mercantil se han visto obligados a reunirse en al menos dos oportunidades<sup>1</sup> para ponerse de acuerdo en los criterios que, ante las falencias de la legislación, habrían de ser aplicados en algunos problemas interpretativos concretos originados en la redacción de la legislación. A modo de ejemplo, uno de los informes emanados de tales reuniones comienza esclareciendo que aunque su objetivo no tiene pretensiones de imponer una determinada doctrina,

---

<sup>1</sup> Así, el Seminario de Segunda Oportunidad, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en Madrid, 25 al 27 de enero de 2016 y el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 en Barcelona, de 15 de junio de 2016, desde donde se originaron una serie de conclusiones plasmadas, respectivamente, en los informes CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), Senent Martínez, Santiago (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 2. Disponible en: <https://seccionconcursalicali.wordpress.com/2016/04/27/conclusiones-seminario-segunda-oportunidad/> [Fecha de consulta: 11 de abril de 2019] y UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016) Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 en Barcelona. Disponible en: <http://www.advocatsreus.cat/wp-content/uploads/2016/07/ACUERDOS-15-6-16-Juzgados-mercantil-Barcelona-Exoneraci%C3%B3-del-passiu-insatisfet-art.-178-bis-LC-1.pdf> [Fecha de consulta: 11 de abril de 2019].

"responde a la necesidad evidente [de] unificar la interpretación que damos en nuestra práctica a la Ley Concursal".

Sentado lo anterior, comprendemos que lo descrito es solo la manifestación de la punta de lo que, al igual que un iceberg, esconde un profundo y macizo problema bajo la superficie.

Nadie o muy pocas personas discuten en la actualidad la necesidad de otorgar un tratamiento al problema de la insolvencia del deudor persona física en sede concursal<sup>2</sup>. En el caso de España, si la premisa de que la cantidad de concursos de personas físicas eran escasos y que las prestaciones del estado del bienestar permitían a las personas naturales afrontar de mejor forma las situaciones de escasez, lo cierto es que, siguiendo a alguna doctrina<sup>3</sup>, tales premisas en la actualidad han cambiado. En efecto, es del todo claro que, según sus palabras, se ha elevado "progresivamente el número de solicitudes de concurso de consumidores, siendo incluso cuestionable de algún modo en la actualidad que el referido nivel de prestaciones del estado social en España justifique la inexistencia de mecanismos exoneratorios de responsabilidad del deudor consumidor de buena fe."

Sin embargo, la existencia hoy en día de una diversidad de regulaciones concursales que atiende a esta cuestión<sup>4</sup> tiene como consecuencia una falta de unidad en el tratamiento del procedimiento concursal. Esta multiplicidad de regulaciones concursales de la persona física repercute en una disparidad de criterios entre los ordenamientos a la hora de consagrar una normativa para el tratamiento y solución de la insolvencia de personas naturales; y como corolario de ello, la pluralidad de puntos de vista en torno al objetivo del procedimiento concursal de la persona física determina que existan regulaciones más o menos protectoras o restrictivas de los intereses de los deudores; lo que a su turno conlleva una consecuente inseguridad jurídica para el que es el sujeto principal del procedimiento concursal.

---

<sup>2</sup> También puede desprenderse de lo señalado por CUENA, Matilde (2014) "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 31, enero-abril, Editorial Thomson Reuters, p. 125; GARRIDO, José María (2014) "Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales de 2012", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 31, enero-abril, p. 199; PULGAR EZQUERRA, Juana (2014) "Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 20, Editorial La Ley, pp. 23 y 24. (Smarteca); CUENA, Matilde (2012) "Insolvencia de las personas físicas y sobreendeudamiento hipotecario", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 17, Editorial Wolter Kluwer, p. 2 (Smarteca)

<sup>3</sup> PULGAR, Juana (2008) "Concurso y consumidores en el marco del estado social de bienestar", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 9, Editorial Wolter Kluwer, p. 4 (Smarteca).

<sup>4</sup> Así lo pone de manifiesto EFRAT, Rafael (2002) "Global trends in personal bankruptcy", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 76, p. 81. Por su parte, GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 202.

Si bien el problema anterior encuentra un grado importante de manifestación en la falta de una normativa común a los estados en torno al problema de la insolvencia de la persona física; lo cierto es que tal consecuencia se irradia a cada uno de los ordenamientos jurídicos, como es el caso del nuestro regido por la Ley Concursal. En cada uno, el problema encuentra un nicho para la gestación, surgimiento y desarrollo de un régimen concursal de la persona física que no contiene una propia y determinada individualidad, sino que es el fruto de una visión de la institución que puede responder a una multiplicidad de convicciones, ideologías políticas y económicas, y a una disparidad de justificaciones. Ello repercute en que la conceptualización y visión del concurso de la persona física en el ordenamiento jurídico sea efímera, momentánea, transitoria, o si se quiere breve; dependiente de criterios que escapan a su propia esencia; una regulación que se oculta por influencia política y económica tras mil y una máscaras, que la muestran o definen de un modo particular que bien puede responder a una concepción momentánea o incluso tergiversada de un supuesto deber ser, pero que mantiene escondida y no responde a su verdadera esencia.

A modo de ejemplo, no solo en nuestro ordenamiento, sino que en la gran mayoría que contiene una regulación destinada al tratamiento de la insolvencia del deudor persona física, la falta de individualidad de la regulación concursal puede apreciarse en la multiplicidad de justificaciones que se pretende dar para la descarga de la deuda residual, pero que de ninguna manera entendemos responden a las justificaciones que, desde su esencia, se desprende de la regulación concursal de la persona física propiamente tal. En efecto, aunque se ha criticado que la descarga de la deuda podría atentar contra el mercado del crédito al fomentar la cultura de no pago o incluso el fraude de los deudores, y aunque si bien se ha avanzado en dar respuesta negativa a cada uno de estos cuestionamientos<sup>5</sup>; lo cierto es que la descarga de la deuda, si bien es parte del procedimiento concursal de la persona natural, no es su esencia.

---

<sup>5</sup> Así, desmintiendo el eventual riesgo en el mercado del crédito, CUENA (2014) "Ley de emprendedores..." p. 129; CUENA, Matilde (2014) "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 20, Editorial Wolter Kluwer, p. 2 (Smarteca); CUENA, Matilde (2011) "Fresh start y mercado crediticio", en *InDret*, N° 3. Por su parte, CUENA, Matilde (2016) "El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 37, enero-abril, Editorial Thomson Reuters, p. 16, en torno al eventual riesgo de *moral hazard* de los deudores y el eventual riesgo de perjuicio al mercado del crédito; INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, en GARRIDO, José María (2014) "Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 31, enero-abril, pp. 249 a 251, en torno al eventual riesgo moral y de fraude de los acreedores.



Aunque propiamente no es el objetivo principal de esta investigación, la problemática anterior nos permite hacer una reflexión. Pareciera ser que la ambigüedad en el tratamiento del concurso de la persona física a nivel internacional e interno es un rasgo buscado y resguardado; una particularidad que a lo largo de los años pareciera ser que se ha normalizado y se ha transformado en un carácter intrínseco de la institución. Como ejemplo y explicación de lo anterior, en el Informe sobre el Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Naturales del Banco Mundial<sup>6</sup> (INFORME DEL BANCO MUNDIAL) se plantea que la insolvencia de las personas naturales se entrelaza con cuestiones sociales, políticas y culturales que presentan demasiadas diferencias como para ser tratadas de manera uniforme. Hoy por hoy parece ser normal que la regulación concursal de la persona física sea entendida como múltiple, diversa, con muchas caras y formas de manifestarse. Incluso, la propia descarga de la deuda residual responde, en función de las convicciones filosófico-jurídicas, a una no menor multiplicidad de justificaciones. El concurso de la persona física se aprecia hoy como eminentemente maleable, el cual bien puede obedecer a una ideología política o económica de turno; una regulación que, carente de propia naturaleza, es adaptable a necesidades político económicas cambiantes. De allí que el fresh start, en la visión actual de la institución, sea definido como una política, la política del fresh start.

Las consecuencias de lo anterior, a grosso modo, se han adelantado, y qué mejor que el caso de la regulación del concurso de la persona física en nuestra Ley Concursal para dar cuenta de ellas: inseguridad jurídica en un tratamiento inadecuado del problema de la insolvencia del deudor persona física. En efecto, para este tipo de deudores, la regulación concursal no se presenta como una herramienta eficiente y segura para un tratamiento adecuado del problema de la insolvencia. Para los acreedores, el concurso de la persona física se circunscribe en una herramienta más para la efectiva satisfacción de sus acreencias. Ante la cuestión de un resguardo de los intereses de las partes en el concurso la pugna es solucionada en favor de los acreedores. Carente de una propia individualidad, se entiende que la regulación concursal de la persona física ha de ceder en favor de principios afianzados durante siglos en los ordenamientos jurídicos; principios como el de responsabilidad patrimonial universal del deudor que, de manera rígida, ha servido para dar seguridad jurídica al tráfico de bienes y a la sociedad en general.

---

<sup>6</sup> INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 211.

Ahora bien, ¿por qué la regulación concursal de la persona física presenta diversos alcances y efectos en una diversidad de ordenamientos?; ¿es que el carácter ambiguo del tratamiento de la institución es en efecto perteneciente a su esencia?. Si esto es así, ¿entonces no podemos esperar la configuración de una única o uniforme regulación concursal que obedezca a una propia naturaleza?, ¿es que la regulación concursal de la persona física no presenta tal esencia, a saber, una esencia que sea capaz de definirla como una institución particular, independiente y trascendente que presenta especiales finalidades y objetivos?. Si esto es así, ¿es que el tratamiento de la insolvencia del deudor persona física, por esencia de la institución, ha de estar sometido a una efímera existencia?, ¿una existencia inconstante o cambiante que dependa de la particular visión que la política de turno estime preponderante?.

Comenzaremos diciendo que nuestra respuesta es que, en principio, entendemos que no. No nos parece lógico el resultado planteado; a priori, no nos parece que las consecuencias al problema de la crisis económico-financieras del deudor persona física deban, por esencia, ser susceptibles a cambios reglamentarios tan drásticos entre los estados, entre etapas históricas de un estado, que pudiendo depender de una infinidad de razones, signifiquen en fin una regulación concursal con alcances tan disímiles para el logro de la solución del problema de la insolvencia que, en fin, determine una absoluta falta de seguridad jurídica para los deudores personas físicas y sus familias.

Pero lo cierto es que sería muy sencillo si en este punto pudiésemos dar por finalizada nuestra investigación; sería muy sencillo que nos limitásemos a tomar posición por una de las tantas facetas que orbitan en torno a la institución y, a partir de la misma, argumentásemos su justificación para luego continuar modelando tal careta. En este ejercicio, si bien podríamos luego ir un poco más allá, y evaluar la regulación concursal existente en el ordenamiento español con la finalidad de adherirla de mejor forma a nuestras premisas, corremos el riesgo de que, como se ha manifestado<sup>7</sup>, una descripción jurídica que no concuerde con sus fuentes puede cambiar negativamente el derecho y, así, el mundo. Si bien han existido intentos a nivel internacional por establecer una guía para una regulación del concurso de la persona física con afán unificador, se aprecia que tales intentos se han limitado a dar cuenta de la mencionada multiplicidad de formas de manifestación de la regulación concursal de la persona física y han tomado partido por alguna de ellas. Es el caso de la Guía Legislativa sobre el

---

<sup>7</sup> LATORRE L., Virgilio (2012) *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 17.

Régimen de Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), el Informe del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Naturales, y más actualmente la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE (PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016). Aunque no desconocemos que es del todo loable el esfuerzo por establecer un marco de referencia en torno al tratamiento del problema de la insolvencia de los deudores personas naturales, y aunque tales intentos han servido para ir perfilando la regulación, no debe desconocerse que, como bien hemos señalado, tales intentos son esfuerzos para perfilar alguna de las múltiples facetas de la regulación<sup>8</sup>.

Sentado lo anterior, a través de tal labor entendemos que solo estaremos maquillando las imperfecciones de una de las tantas máscaras que sobre la institución existen. Es por ello que sentimos que debemos ir más allá; debemos intentar encontrar respuestas contrarias a las preguntas previamente formuladas; preguntas que, como vemos, se vinculan con la existencia misma de la institución; cuestiones que nos obligan necesariamente a ir más allá de la superficie conocida, y descender a la esencia profunda de la misma, a su esencia fundante. Un ejercicio que, al igual que la física cuántica intenta descubrir y dar razón de los elementos fundantes de la materia, nos posibilite dilucidar, descubrir o dar cuenta de aquella esencia; un ejercicio que, haciendo un símil podríamos denominarlo como de jurídica cuántica, nos permita ir en búsqueda de la verdadera esencia de la institución en su conjunto y de todos los elementos estructurales de la misma; uno que nos permita descubrir y arriesgarnos a proponer una base de entendimiento uniforme para la regulación concursal de la persona física; una base que signifique extraerla del yugo de las mil y una caras que cubren su verdadera esencia; una base uniforme y trascendente que pueda ser aceptable, replicable, y

---

<sup>8</sup> En torno al Informe del Banco Mundial, de acuerdo con GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., pp. 201 y 202, el grupo de trabajo ha ofrecido orientaciones para el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas teniendo en cuenta las diferentes opciones de política legislativa y las diversas sensibilidades existentes en los distintos países de todo el mundo. Agrega que "el tema no se presta fácilmente a un tratamiento unificado y uniforme. Las actitudes hacia la ley de insolvencia personal están integradas en la sociedad, la cultura y la historia de un país en particular. En torno a los fundamentos de la PROPUESTA DE DIRECTIVA, BENAVIDES VELASCO, Patricia (2018) "Nueva "oportunidades" para la regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 28, Editorial Wolter Kluwer, p 9 (Smarteca), expresa que "[...] la solución por la que se opta en la Propuesta de Directiva es la de no armonizar aspectos esenciales de la insolvencia, dada la diversidad de las distintas normas existentes en el territorio de la Unión."

esperable en todo ordenamiento jurídico que, al igual que el español, pretenda la configuración de un procedimiento concursal destinado a la persona física.

Así las cosas, a través de esta investigación intentaremos encontrar la esencia fundante y justificativa de la regulación concursal de la persona física, con la finalidad de otorgarle una única faz que dé cuenta de tal esencialidad; una única y trascendente fisonomía que posibilite la construcción de la regulación concursal de la persona física en cualquier ordenamiento, y por la cual sea posible evaluar la regulación existente, especialmente la regulación española, de manera tal de adecuarla y/o reconstruirla en función de aquella esencia. En este sentido, y como bien se ha señalado<sup>9</sup>, entendemos que la labor de la ciencia es elaborar la autocomprensión normativa de su tiempo, reconduciendo el conjunto de las instituciones jurídicas al fundamento que les da la legitimidad; razón última que no se encuentra a disposición del legislador, y que significa que si este no acierta al verdadero fundamento, no produce más que "leyes de desecho".

Para el logro del objetivo de esta investigación, partiremos de un presupuesto o hipótesis básico: el problema de la diversidad de tratamiento de la regulación concursal de la persona física tiene como punto de partida una falta de reconocimiento de los fundamentos, finalidades y principios, lo que tiene como consecuencia una inadecuada comprensión de la regulación concursal de la persona física. Así pues, la hipótesis que intentaremos defender a lo largo de esta investigación es que la regulación concursal de la persona física se configura como un derecho concursal especial regido por principios y objetivos propios; de forma tal que la articulación y construcción de un procedimiento concursal especial que responde a tales principios y objetivos particulares habrá de permitir una protección mayor de los intereses del deudor y de su entorno familiar cercano.

La premisa de partida planteada bien puede ser disgregada en un conjunto de hipótesis derivadas que guiarán el discurso a lo largo de nuestro trabajo, a saber: el concurso de la persona física es una institución que obedece y es regida por una finalidad, objetivos y principios especialísimos que determinan su diferenciación y tratamiento individual; atendido a la idea anterior, la regulación concursal de la persona física tiene fundamentos y justificaciones, objetivos y principios únicos que permiten configurarla como una regulación uniforme en los ordenamientos jurídicos occidentales;

---

<sup>9</sup> JAKOBS, Günther (2008) *El derecho penal como disciplina científica*. Traducción castellana de Alex van Weezel, Pamplona: Thomson Civitas, p. 22 y 23.

como consecuencia de lo anterior, la regulación concursal del concurso de la persona física en el ordenamiento español habrá de ser respetuoso del marco uniforme o modelo estándar del concurso de la persona física.

Considerando el objetivo e hipótesis planteados, el tipo de investigación al que se corresponde el presente trabajo es uno que si bien parte de etapa de investigación pura, al pretender acrecentar los conocimientos teóricos para el progreso de la ciencia jurídica<sup>10</sup>, en una segunda etapa aplicada, pretende aplicar el conocimiento a la resolución<sup>11</sup> de la multiplicidad de alcances que, en la práctica jurídica, conlleva el problema principal.

Por su parte, en cuanto al nivel de investigación, considerando que una investigación descriptiva se define como aquella en que se caracteriza un fenómeno o situación concreta, estableciendo su estructura o comportamiento<sup>12</sup>, indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores<sup>13</sup>, si bien se parte de un nivel descriptivo a través del cual se pretende inicialmente conocer y caracterizar la regulación del derecho comparado y la actual regulación concursal de la persona física en el ordenamiento español; no obstante, y en mayor medida, el nivel de investigación del presente trabajo se corresponde con un explicativo, entendiéndose como aquel que se encarga de establecer el porqué de los hechos o fenómenos, en este caso jurídicos, mediante el establecimiento de relaciones causa-efecto, ocupándose tanto de la determinación de las causas como de la explicación de los efectos<sup>14</sup> de una institución determinada. Finalmente, aunque a nivel teórico, considerando el objetivo de este estudio, podemos decir que un nivel experimental de investigación también se encuentra presente, toda vez que a través del presente trabajo ciertamente se propone y aplica un nuevo modelo o tratamiento de la institución objeto de estudio, a partir del que se presenta el método o técnicas a través de las cuales se pretende mejorar y corregir la situación problemática detectada. En tal sentido, a través de un ejercicio descriptivo interpretativo y crítico prescriptivo, se pretende en un comienzo identificar problemas en la institución objeto de esta investigación, para luego propugnar y proponer su modificación<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> ANDER-EGG, Ezequiel (2011) *Aprender a investigar*, Argentina: Editorial Brujas, p. 42.

<sup>11</sup> VILLASEÑOR R., Isabel y GÓMEZ G., Juan (2013) *Investigación y documentación jurídicas*, 2ª edición, Madrid: Editorial Dykinson, p. 29.

<sup>12</sup> ARIAS, Fidias G. (2012) *El proyecto de investigación*, 6ª edición, Venezuela: Editorial Episteme, p. 24.

<sup>13</sup> ANDER-EGG (2011) *Aprender..., cit.*, p. 30.

<sup>14</sup> ARIAS (2012) *El proyecto..., cit.*, p. 26.

<sup>15</sup> LATORRE (2012) *Bases metodológicas..., cit.*, p. 110.

Por otro lado, considerando la justificación de nuestro trabajo y los objetivos pretendidos, el método de investigación a utilizar comprenderá una mezcla entre una metodología comparada, dogmática y analítica.

En efecto, el presente trabajo no solo busca caracterizar o sistematizar la actual regulación concursal de la persona física en el ordenamiento español a partir de un conocimiento del derecho comparado. El presente trabajo va más allá: pretende determinar y/o construir a partir del conocimiento, análisis y valoración del derecho histórico, comparado y la legislación actual en la materia, premisas que permitan delimitar un tratamiento del concurso de la persona física uniforme, a partir del cual sea a su vez posible la construcción y comprensión de una única regulación concursal destinada a la persona física trascendente a todo ordenamiento jurídico; y en virtud de la cual sea posible contrastar, valorar y evaluar cualquier regulación concursal existente, y en este caso especial, la del ordenamiento jurídico español.

A partir de esta construcción uniforme y trascendente, se pretende evaluar críticamente la regulación concursal de la persona física en el ordenamiento español para determinar y valorar los alcances y efectos jurídicos sustantivos de la institución; de manera tal de delimitar, proponer, establecer y/o construir, a partir de un método interpretativo sistemático integrativo, un procedimiento concursal de la persona física cuyos elementos estructurales o instituciones que lo conforman, sus alcances y efectos, obedezcan al marco uniforme de la institución delimitado en cuanto a su esencia en el modelo estándar.

Sentado lo dicho, a través de este trabajo no pretendemos dar cuenta de la verdad, sino que en consonancia con la idea de discurso jurídico tras la conceptualización de la ciencia del derecho, encontrar el mejor argumento para el justo tratamiento de la institución. Como se ha señalado<sup>16</sup>, no pretendemos en absoluto caer en la falacia de una ciencia de cómo concebir el mundo, sino que establecer las bases para una pretensión de corrección que nos permita dar cuenta de cómo habremos de actuar en él.

---

<sup>16</sup> LATORRE (2012) *Bases metodológicas...*, cit., p. 110, citando a VIVES ANTÓN, T. (1996) *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 488



## **PARTE PRIMERA**

### **LA MODERNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA**

#### **SECCIÓN 1ª. EL MODERNO PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA**

Para iniciar nuestra investigación, y a modo de justificación de esta primera parte, téngase en cuenta las palabras de un sector de la doctrina<sup>17</sup> para quien, la necesidad de que en toda investigación jurídica debamos adentrarnos en la variable histórica no se produce porque a través de tal ejercicio tendremos la posibilidad de introducir un material que dé cobertura cognoscitiva o meramente informativa. Más allá de ello, un análisis histórico nos permitirá ir en búsqueda de la justificación social o política del nacimiento de una norma; donde situar históricamente una institución da noticia del significado de la misma, tanto desde la perspectiva axiológica como de *ratio legis*, lo cual ayuda a entender su delimitación y alcance<sup>18</sup>. Ahora bien, y como se ha manifestado, la historia nos ayudará a dotar de contenido una norma o institución cuya vigencia va más allá de su origen. Es esta constatación la que, a través de esta primera parte, pretenderemos demostrar respecto de la institución objeto de nuestro trabajo.

#### **I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JUSTIFICATIVOS DEL FRESH START Y LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL.**

Si bien la idea de otorgar un alivio al deudor insolvente a través de un mecanismo legal tiene antecedentes en la antigüedad, el alivio como primer objetivo de las leyes de bancarrota es una idea moderna nacida a partir de los modelos anglosajones<sup>19</sup>.

Aunque los procedimientos concursales contra la persona física surgen en el ámbito anglosajón a mediados del S. XVI, no fue sino hasta principios del S. XVIII que el alivio del deudor en forma de descarga de la deuda residual se incorpora propiamente

---

<sup>17</sup> LATORRE (2012) *Bases metodológicas...*, cit., p. 112.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 176.

<sup>19</sup> HALLINAN, Charles G. (1986) "The "fresh start" policy in consumer Bankruptcy: a historical inventory and an Interpretive theory", en *U. Rich. L. Rev.*, Volumen 21, p. 53, refiriéndose al modelo estadounidense.



al sistema de derecho de bancarrota<sup>20</sup>. Las circunstancias históricas en las cuales tiene su origen y se desarrolla el concepto de alivio del deudor persona física proporciona importante información que nos permite determinar las razones o fundamentos que ha dado origen y posibilitan el desarrollo de la institución hasta el punto en que la conocemos hoy.

## **1. El trato diferenciado de las normas de bancarrota entre deudores personas físicas comerciantes y no comerciantes. El origen de la descarga de la deuda.**

En el modelo anglosajón de la edad media, aunque si bien existía interés por compeler el pago del deudor a sus acreedores, las fórmulas contempladas para tal finalidad no consideraban la prisión del deudor. No fue sino hasta finales del S.XIII, aunque fuera de un contexto que podría denominarse propiamente de bancarrota o, en términos modernos, concursales, que los estatutos comenzaron a establecer la prisión como fórmula para lograr que el deudor pagara a sus acreedores. En este contexto, el encarcelamiento por deudas no tenía connotación punitiva, sino coercitiva, esto es, buscaba forzar o compeler al deudor al pago de sus acreedores<sup>21</sup>. Las primeras leyes de bancarrota propiamente tales surgen a mediados del S.XVI, con la *Bankruptcy Act* de 1542, cuya característica principal era que se trataba de una ley que tenía como propósito original facilitar la ejecución contra un deudor<sup>22</sup>. Motivada por la idea de que en la práctica de los deudores existía una habilidad para evadir el encarcelamiento, tal ley autorizaba la declaración de bancarrota del deudor, examen bajo juramente del activo y pasivo de la bancarrota, y su encarcelamiento si era necesario hasta la renuncia de los bienes en favor de sus acreedores.

Debido a la inadecuación de la ley para disminuir la conducta fraudulenta del deudor, en 1570 el nuevo estatuto de la *Elizabethan Act* establece una separación entre deudores comerciantes y no comerciantes, aplicando sus disposiciones, aún de carácter coercitivas, solo a los primeros. Desde este momento, el deudor persona física que no

---

<sup>20</sup> Es preciso diferenciar el antiguo derecho de bancarrota, que durante la edad media y hasta el S.XVII fue considerado para los deudores comerciantes, y las normas vinculadas a la insolvencia, que solo eran aplicables a los deudores personas físicas, en aplicación de las reglas generales.

<sup>21</sup> TABB, Charles J. (1991) "The historical evolution of the bankruptcy discharge", en *Am. Bankr. L.J.*, N° 65, p.327; MCCOY, John (1996) "Discharge: the most important development in bankruptcy history", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 70, p. 164; COHEN, Jay (1982) "The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy", en *The Journal of Legal History*, Volumen 3, pp. 155 y 156.

<sup>22</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 155.

tuviera el carácter de comerciante no podrá ser declarado en bancarrota, debiendo someterse al régimen general<sup>23</sup>. Aunque tal ley mantiene el carácter coercitivo hacia el deudor, introduce uno de los aspectos fundamentales de la moderna ley concursal, la distribución equitativa de los activos del concurso entre los acreedores<sup>24</sup>.

En torno a las justificaciones de las primeras normas de bancarrota de Inglaterra aplicadas solo a los comerciantes, y que explican la razón por la que las mismas sometieron a los quebrados a un sumario, riguroso y coercitivo procedimiento, se ha indicado que, aceptándose por el Parlamento las preocupaciones contemporáneas de conducta indebida mercantil generalizada que había sido perjudicial no solo para el comercio sino también para el país en general, es probable que la principal preocupación fuera el amplio impacto económico y social de las interrupciones comerciales. Por otro lado, el hecho de que las medidas anteriores contra los deudores fraudulentos no hubieran contenido tal restricción sugiere que esta normativa tenía la intención deliberada de excluir a ciertos grupos sociales<sup>25</sup>.

En este contexto de separación en cuanto tratamiento que las normas de bancarrota efectuaban hacia los deudores personas físicas, entre comerciantes y no comerciantes, y en el que a través de la prisión por deudas primaba el carácter coercitivo de las leyes, es que en el año 1706 surge la primera ley que establece una descarga de las obligaciones o deudas en el ámbito de aplicación de la bancarrota<sup>26</sup>. Debido a la diferenciación que las leyes habían efectuado en torno al tratamiento de la bancarrota de los deudores comerciantes y la insolvencia de los deudores no comerciantes, esta ley contempla la posibilidad de descarga de las deudas solo para el deudor comerciante. El deudor no comerciante tendrá que permanecer por aproximadamente ciento cincuenta años más en espera de una descarga de las deudas en el procedimiento de bancarrota<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> DUFFY, Ian P. H. (1980) "English Bankrupts, 1571-1861", en *Am. J. Legal Hist.*, Volumen 24, p. 285.

<sup>24</sup> DUFFY (1980) "English...", cit., p. 285, expresa que a pesar del carácter riguroso y coercitivo de la normativa de bancarrota de la época —incluso agravado por el hecho de que la quiebra podía ser demandada por ley por los acreedores que elegían no aprobar acuerdo bajo la comisión o, después de recibir dividendos, buscaban satisfacción del resto de sus deudas—, no lograba ser efectiva, toda vez que no habría facilitado la ejecución sumaria para el beneficio común de todos los acreedores, sino que obligaba a cada uno a emprender su acción individual contra el deudor; tampoco proporcionando un remedio tan completo contra la propiedad del deudor; todo lo cual llevó a que fuera ampliamente aplicado el método de encarcelamiento del deudor hasta el abandono voluntario de sus bienes; lo cual, no obstante, significaba para los deudores con una menor cantidad de recursos una prisión perpetua en condiciones deplorables.

<sup>25</sup> DUFFY (1980) "English...", cit., p. 284

<sup>26</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 156.

<sup>27</sup> De acuerdo a DUFFY (1980) "English...", cit., p. 285, tal diferencia se extendió hasta el S.XIX. En este sentido, TABB (1991) "The historical...", cit., p. 332, respecto de las normas de bancarrota, expresa que

En torno a la disposición de descarga de las deudas de la Ley de 1706, el estudio en torno a su aparición muestra que son dudosas las razones que dieron paso a su introducción en la legislación inglesa. Por una parte se ha indicado que el fundamento histórico de la introducción de la descarga de la deuda se encuentra en las dificultades mercantiles y consecuencias negativas y desfavorables que en términos económico-financieros habrían sufrido los deudores comerciantes, originadas a raíz de largas guerras<sup>28</sup> que habrían mermado sus capacidades económico-financieras arrastrándolos a una crisis<sup>29</sup>. Desde estas consideraciones, la introducción de la descarga de la deuda en la legislación de bancarrota habría actuado como una forma de limitar la responsabilidad de los comerciantes, de manera tal de verse beneficiados<sup>30</sup> con una descarga de todas aquellas deudas que no hubiesen podido cumplir en la bancarrota. Así las cosas, la descarga de la deuda se habría constituido en un beneficio para el deudor comerciante.

Por otro lado, se ha indicado que las motivaciones del estatuto que introduce la descarga de las deudas en la bancarrota de los deudores comerciantes, e incluso de los posteriores estatutos que la mantuvieron, no habría hecho referencia alguna a una intención por parte del legislador de limitar la responsabilidad del deudor comerciantes para su beneficio<sup>31</sup>. Por el contrario, siguiendo con la tradición de los estatutos de los S.XVI y XVII, que consideraban al deudor como fraudulento, y afirmando que la quiebra no era causada tanto por razones de pérdidas y desgracias inevitables, sino más

---

"Además de las disposiciones contra la descarga, otros aspectos de estos estatutos iniciales dejan en claro la ausencia de una política de "nuevo comienzo" en las leyes de bancarrota."

<sup>28</sup> Aunque DUFFY (1980) "English...", cit., p. 286, es de la opinión de que las razones que habrían dado paso a la ley de 1705 dicen relación con la intención de prevenir el abuso por parte de los deudores, no es menos cierto que reconoce que "Cuando se presentó [la normativa] al parlamento, en respuesta a los notorios fraudes de Thomas Pitkyn en 1704, esta medida estaba destinada simplemente a aumentar las penas por falta de honradez, pero varios parlamentarios, influenciados por las grandes pérdidas recientemente sufridas por los comerciantes como resultado de las guerras francesas y tormentas, propuso cláusulas adicionales para el alivio de las quiebras honestas."

<sup>29</sup> MCCOY (1996) "Discharge...", cit., p. 165 y 166, describe las circunstancias históricas que rodearon la incorporación de la descarga de la deuda en la Ley de 1706 en Inglaterra, expresando que "Con la combinación de nueva riqueza y tiempos difíciles, el fracaso financiero a menudo tuvo un efecto dominó. La ruina de uno podría desencadenar un desastre para otros también.". COHEN (1982) "The history...", cit., p. 156, expresa que Holdsworth sigue las explicaciones de Lord Hardwicke en Ex parte Buton (1744), quien habría señalado que el estatuto de 1705, "que fue temporal al principio, y nunca intentó ser una ley perpetua... fue establecido en consideración a dos largas guerras que habían sido muy perjudiciales para los comerciantes, a quienes hizo incapaces de pagar sus deudas".

<sup>30</sup> MCCOY (1996) "Discharge...", cit., p. 168.

<sup>31</sup> DUFFY (1980) "English...", cit., p. 286, expresa que "[...] el parlamento reconoció la existencia de desafortunadas quiebras en el reinado de Jacobo I sin sentirse obligado a otorgarles concesiones (como se ha demostrado), y una preocupación similar por los intereses del acreedor fue en gran parte responsable del estatuto inicial de perfeccionamiento en 1705."

bien por una intención de los deudores de defraudar y obstaculizar a sus acreedores, la descarga se habría introducido más por el deseo de inducir a los comerciantes a someterse voluntariamente a los procedimientos de bancarrota en beneficio de los acreedores<sup>32</sup>, que por una preocupación por limitar la responsabilidad de los deudores afectados por las dificultades económico-financieras de la guerra<sup>33</sup>. Desde este punto de vista, la descarga de la deuda se habría introducido en el procedimiento de bancarrota no como un beneficio para el deudor, sino que como una fórmula para beneficiar al acreedor en torno al logro del cumplimiento de sus intereses de pago de la deuda<sup>34</sup>, a través del incentivo del deudor a cooperar en la apertura y desarrollo de un procedimiento de bancarrota por el cual se lograría la satisfacción de los acreedores<sup>35</sup>. La descarga de la deuda se constituye, desde esta perspectiva, en un incentivo para que el deudor coopere en la bancarrota, y así, aunque no forzándolo o compeliéndolo al pago, incentivando su participación en el procedimiento; resguardando la función de compulsión a través de la prisión por deudas que aún permanecía regulada en los procedimientos de bancarrota para comerciantes.

Establecido el contexto de origen de la descarga de la deuda para los deudores comerciantes, respecto a los deudores no comerciantes el origen de la institución, entendemos, es diverso.

---

<sup>32</sup> DUFFY (1980) "English...", cit., p. 286, plantea que con la Ley de 1706 la concepción del procedimiento de bancarrota no habría sufrido un cambio, manteniendo su carácter protector de los intereses de los acreedores y cuya justificación se encontraba en el fraude de los deudores. En tal sentido, expresa que "Estos fueron adoptados debido a la convicción, como se insinuaba anteriormente en la ley de 1624, de que una ley que era "todo castigo y ninguna recompensa" era contraproducente: obligando a los quebrados a renunciar a todos los bienes en beneficio de algunos acreedores y luego exponerlos a prisión perpetua por otros, fomentó la evasión incluso de los traficantes que de otra manera estarían dispuestos a cooperar. En otras palabras, lo que había cambiado era la percepción del parlamento, no del objeto del proceso, sino de los métodos por los cuales se podía lograr.". De acuerdo a la interpretación anterior, esto daría cuenta de que la visión del Parlamento habría sido la de considerar el objetivo del procedimiento de otorgar un incentivo al deudor a cooperar y como forma de limitar el abuso de los deudores, lo cual, según el autor "se confirma en el título del estatuto -Una ley para prevenir fraudes frecuentemente cometidos por quiebras- y en el preámbulo, que describe los motivos de su promulgación de la siguiente manera: "muchas personas se declaran en bancarrota y lo hacen diariamente, no tanto por las pérdidas e inevitables desgracias, en cuanto a la intención de defraudar y obstaculizar a sus acreedores de sus deudas y deberes justos con ellos debidos y debidos ""; y además, porque la normativa "buscó minimizar el temor prevaleciente a la bancarrota proporcionando incentivos para que los comerciantes revelen los problemas financieros temprano y se comporten honestamente."

<sup>33</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 157.

<sup>34</sup> MCCOY (1988) "The origins...", cit., p. 366, da cuenta que al parecer, esta habría sido la motivación de la ley de 1706.

<sup>35</sup> TABB (1991) "The historical...", cit., pp. 337 a 338, entendiendo que el estatuto probablemente fue motivado en gran medida por las preocupaciones por el bienestar de los acreedores, expresa que "Ciertamente, el propósito principal de la ley fue facilitar las recuperaciones de los acreedores; [donde] el título y el preámbulo del estatuto lo dejan muy claro [;y donde] Un académico afirma que el proyecto de ley se presentó en respuesta directa a los notorios fraudes de Thomas Pitkyn en 1704."

Si bien para el deudor comerciante la separación de tratamiento de las disposiciones propiamente de bancarrota significó, aunque más tarde que temprano y a pesar del carácter coercitivo de la ley, el acceso a una descarga de la deuda; distinto fue el caso del deudor persona física no comerciante, para quienes, tal diferenciación de trato significó no estar comprendidos en la normativa de bancarrota y por tanto, por un lado, estar sometidos a la prisión por deudas como forma compulsiva de pago a sus acreedores indistintamente de si se trataba de un deudor insolvente o solvente, y por otro, estar privados de la posibilidad de descarga de las deudas en un procedimiento de bancarrota por aproximadamente doscientos cincuenta años.

Debido a que el deudor no comerciante, a partir de la ley de 1507 no permaneció en el procedimiento de bancarrota —el cual solo estaría destinado a los deudores comerciantes—, los críticos de la prisión por deudas dieron cuenta de lo irrazonable y contrario a la justicia que significaba mantener a un deudor en prisión, respecto de quien ni siquiera se sabía si era o no insolvente, y con justificación solo en la pretensión de pago de los acreedores. En base a ello, a finales del S.XVI surgieron una serie de medidas para distinguir entre deudores solventes e insolventes y dar remedio al problema<sup>36</sup>. Así por ejemplo, un tratado del S.XVII argumentó que no estaba de acuerdo con la Regla de Justicia (*rule of justice*), mantener a todo tipo de deudores en prisión, sin considerar su mayor o menor culpa en el fraude u obstinación de los acreedores<sup>37</sup>. Entre tales medidas destacaron las Comisiones para Prisioneros Pobres (*Commissions for Poor Prisoners*), cuyo objetivo era la puesta en libertad de prisioneros pobres de las cárceles de deudores. Para ello, la Comisión tenía la facultad de mediar entre el deudor y sus acreedores con el fin de organizar un acuerdo que resultara en la liberación del deudor encarcelado o, incluso, en la descarga de las obligaciones del deudor<sup>38</sup>. Aunque la labor de la Comisión permaneció por poco tiempo, se aprecia la importancia de su acción desde el punto de vista de nuestro análisis, toda vez que con motivación en la solución del problema de un creciente número de deudores solventes que se encontraban en prisión de manera irracional e injusta, y de deudores insolventes en prisión, que en conjunto colmaban los centros de reclusión, consiguió, aunque por un corto periodo de tiempo y previo acuerdo de sus acreedores, que ciertos deudores fueran puestos en libertad e, incluso, liberados de sus obligaciones.

---

<sup>36</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 157.

<sup>37</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 157.

<sup>38</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 158.

De lo anterior se desprende que, aunque si bien la acción de la Comisión a la hora de llevar a cabo sus actuaciones tuvo como principal fundamento la necesidad de aliviar la carga de deudores presos de los recintos carcelarios, existió un fundamento que ligaba las herramientas utilizadas por la Comisión, como la descarga consensuada de las obligaciones del deudor, con una justificación vinculada a la falta de justicia que significaba mantener a todo tipo de deudores en prisión, sin considerar su mayor o menor injerencia en el fraude u obstaculización hacia los intereses de los acreedores.

Entre fines del S.XVII y mediados del S.XVIII destacaron numerosas leyes que, en esencia y de acuerdo a las críticas de los detractores de la prisión por deudas, tenían la característica de otorgar una posibilidad de liberación de los deudores de la prisión tras un análisis de su situación particular y de sus acreedores, previa entrega de sus bienes a estos últimos. En este periodo destacan las leyes de 1649, que fue la primera que otorga la posibilidad al deudor no comerciante de ser liberado de la prisión, y las de 1670, 1732 y 1759 (conocida como *Lord's Act*)<sup>39</sup>.

Considerándose las características de tales leyes es posible decir que, aunque beneficiaban a los deudores por la posibilidad de ser liberados de prisión, debido a su carácter coercitivo, estaban no obstante diseñadas para cumplir el objetivo de exigir y lograr un pago de las deudas a través del incentivo de los deudores a cooperar<sup>40</sup>. Ello debido a que la liberación de la prisión solo podía lograrse si el deudor pagaba a sus acreedores, les entregaba sus bienes, o si a través de declaración jurada daba cuenta de que sus activos no excedían de cinco libras y que no había transferido ninguna parte de su patrimonio en fideicomiso para su propio beneficio, ostentado el acreedor la facultad, sin perjuicio de lo anterior, de mantener al deudor en prisión, siempre y cuando pagar un monto determinado para su subsistencia. En este mismo contexto de coerción al deudor no comerciante para el pago, aunque si bien tales leyes le otorgaban la posibilidad de ser liberado de prisión, no le permitían, como a esa altura sí lo hacía la

---

<sup>39</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 158.

<sup>40</sup> TABB (1991) "The historical...", cit., p. 341, expresa en relación a las normas que siguieron a la Ley de 1706 que "Las características esenciales de las leyes anteriores de descarga se mantuvieron en el Estatuto de 5 de George [ley de 1732], y no se realizaron innovaciones importantes. El Parlamento continuó considerando que la bancarrota era necesaria, en gran parte debido a las actividades perjudiciales de los fraudes prestados. La ley de 1732 contenía numerosas disposiciones relacionadas con la descarga y el alivio, la asignación. [...] El enfoque del incentivo del Estatuto de 4 Anne se mantuvo [ley de 1706]. Por un lado, los quebrados no conformes continuaron siendo objeto de tratamiento como "delincuentes sin el beneficio del clero", es decir, la pena de muerte. Los quebrados conformes, por otro lado, eran elegibles para una descarga de las deudas. También tenían derecho a una asignación graduada, dependiendo del porcentaje de dividendo pagado a los acreedores, y se les permitió conservar ciertos bienes como exentos.".

normativa de bancarrota de deudores comerciantes, una descarga de la deuda. El deudor, incluso tras haber entregado todos sus bienes a sus acreedores, se mantenía por tanto con las deudas en su patrimonio de por vida<sup>41</sup>.

## **2. Justificaciones del origen de la descarga de la deuda para deudores comerciantes.**

Las razones para la no inclusión de la descarga de la deuda para la persona física no comerciante durante los S.XVII y XVIII, de acuerdo a alguna doctrina, guardan relación, por un lado, con una contemporánea visión del comercio, del crédito y del riesgo mercantil, que daba razones para entender justificada la institución solo para el deudor comerciante; y por otro, atendido a la ausencia en la época de estructuras societarias que posibilitaran una limitación de la responsabilidad a los comerciantes, lo que tenía como consecuencia que la única forma de limitar la responsabilidad de los deudores personas físicas comerciantes que emprendían era a través del procedimiento de bancarrota.

En primer lugar, se ha destacado que siendo posible que solo los comerciantes pudieran asumir un riesgo mercantil en el ejercicio de sus actividades, una visión restrictiva en torno al crédito parece haberse mantenido ampliamente en el S.XVIII, desde donde se comprendía que solo los comerciantes enfrentaban un riesgo empresarial que justificaba para ellos una limitación de su responsabilidad, y donde los no comerciantes debían ser excluidos de la descarga de la deuda del procedimiento de bancarrota<sup>42</sup>. Desde esta perspectiva, la descarga de la deuda se presenta como un beneficio para el deudor comerciante que, en el ejercicio de sus actividades, y producto de circunstancias imprevisibles, es afectado por problemas económico-financieros que le impiden el cumplimiento de las obligaciones crediticias asumidas<sup>43</sup>.

Aunque es debido a la amplia injerencia de la visión restrictiva del crédito y del riesgo de incumplimiento de Blackstone que habría tenido origen la diferenciación en torno al ámbito de aplicación de la normativa de bancarrota y, de tal manera, de la

---

<sup>41</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 159.

<sup>42</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 161; DUFFY (1980) "English...", 289.

<sup>43</sup> DUFFY (1980) "English...", cit., p. 286, en torno al carácter de la Ley de 1706, expresa que "A principios del siglo XVIII, la dureza con que se trataron las quiebras se redujo en gran medida mediante estatutos que, por primera vez, les otorgaban privilegios. El cambio se ha atribuido a un novedoso reconocimiento de que los quebrados [—entendemos referido solo a los deudores comerciantes—] no siempre eran delincuentes y que aquellos que fracasaron debido a circunstancias fuera de su control merecían compasión y alivio."

aplicación de la descarga solo para deudores comerciantes, es importante destacar que tras esta consideración se encuentra una concepción de la descarga de la deuda con un trasfondo positivo, tanto para acreedores y deudores, como para la sociedad en su conjunto<sup>44</sup>. En este contexto, se entendía que era necesaria una limitación de responsabilidad para el comerciante, ya que el comercio no podía llevarse a cabo sin sacrificio mutuo de ambos lados. Atendido a que los comerciantes podrían volverse incapaces de dar cumplimiento a sus obligaciones producto de calamidades accidentales, era necesaria la liberación de la responsabilidad existente de manera que pudieran volver a ser miembros útiles a la comunidad. Así las cosas, era de interés general del comercio permitir que esta forma de límite de responsabilidad estuviera disponible para quienes realizaban actividades mercantiles. La descarga de la deuda se constituye en una forma de límite de responsabilidad cuya justificación se encontraría en el interés general del mercado por conseguir que los comerciantes se mantengan como miembros activos del comercio.

Es relevante poner atención en que este antecedente, según apreciamos, no solo da cuenta de una razón que habría justificado la aplicación de la descarga de la deuda solo para los deudores personas físicas comerciantes, sino que destaca la percepción negativa que respecto de los no comerciantes se mantenía en la época desde la visión que la doctrina mantenía en torno al crédito y el riesgo mercantil. En efecto, desde lo señalado por Blackstone y Crompton es posible colegir que, desde el punto de vista del crédito y el riesgo mercantil, respecto del deudor persona física se entendía que por el solo hecho de no ser comerciante de ninguna manera podía esperarse que fuera afectado por una circunstancia imprevista que tuviera como consecuencia un problema económico-financiero, con lo que cualquier incumplimiento le era imputable al deudor en razón de su falta de cuidado, culpa o negligencia y, por tanto, siempre que un deudor se encontrara en situación de ser persona física no comerciante e incumpliera una obligación, se presuponía una actitud fraudulenta de su parte<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> De acuerdo a TABB (1991) "The historical...", cit., p. 339, "Blackstone reconoció el beneficio potencial para la sociedad de liberar a una persona de deudas anteriores, de modo que el quebrado "con la ayuda de su subsidio y su propia industria, pueda convertirse en un miembro útil de la comunidad".

<sup>45</sup> Blackstone, tomando en cuenta lo señalado por Crompton, expresa, según cita COHEN (1982) "The history...", cit., pp. 160 y 161, que "las leyes [de la época] tienen cuidado de no alentar la prodigalidad y extravagancia de la indulgencia a los deudores; y, por tanto, no permiten el beneficio a nadie, excepto a los comerciantes reales; dado que este conjunto de personas son, en general, las únicas que pueden sufrir pérdidas accidentales y la incapacidad de pagar sus deudas, sin ninguna culpa propia. Si las personas en otras situaciones de la vida [como según Crompton serían aquellos no comerciantes] se endeudan sin poder de pago, deben asumir las consecuencias de su propia indiscreción, aunque se encuentren con accidentes repentinos que puedan reducir su fortuna: porque la ley considera que es una práctica



Desde tales consideraciones es posible señalar que la justificación para otorgar una descarga de la deuda solo a las personas físicas comerciantes obedecería a una visión restrictiva del crédito y principalmente del riesgo mercantil, el cual, se entendía, solo afectaba a los deudores comerciantes.

Por su parte, relativo a la segunda justificación esgrimida para restringir la aplicación de la descarga de la deuda a la bancarrota de los deudores comerciantes en las legislaciones de los S.XVII y XVIII, se ha indicado que la ausencia en los ordenamientos jurídicos de estructuras societarias y la falta de entendimiento por parte de los comerciantes de que las originadas a partir del S.XVII<sup>46</sup> posibilitaban una limitación de la responsabilidad del deudor comerciante, imponía que la única fórmula para lograr este objetivo fuera a través de la descarga de la deuda en el procedimiento de bancarrota<sup>47</sup>.

En efecto, motivado por el fundamento del interés general del comercio que otorgaba razones para limitar la responsabilidad de los deudores comerciantes, y debido a la ausencia de un estatuto de asociatividad general que, tal como lo comprendemos hoy en día, habría cumplido aquella función; la bancarrota desempeñó la función de sustituto para la forma corporativa moderna por medio de la proporción al deudor comerciante de un mecanismo para lograr la limitación de su responsabilidad en el ejercicio de su actividad comercial. De acuerdo a ello, la descarga de la deuda se constituía en una herramienta que materializaba las ventajas o beneficios de la responsabilidad limitada de las formas asociativas modernas. No obstante lo anterior, claro está, que desde la ausencia de formas societarias o del conocimiento del beneficio de vincular la responsabilidad limitada a las sociedades, solo es posible concluir y dar por sentada, a partir del contexto histórico descrito, una necesidad de limitar la responsabilidad de los comerciantes; necesidad que, a la postre, tenía su motivación o razón de ser en el interés general del mercado de que los comerciantes pudieran volver a ser parte activa del comercio.

---

injustificable, para cualquier persona que no sea comerciante, sobrecargarse con deudas de valor considerable. Así, si un caballero, o una persona de profesión liberal, al momento de contraer sus deudas, tiene un fondo suficientes para pagarlas, la demora en el pago es una especie de falta de honradez y una injusticia temporal para su acreedor; y si, en tal caso no tenía fondos, la deshonestidad y la injusticia son mayores."

<sup>46</sup> Las primeras sociedades anónimas de este siglo eran una forma asociativa desfavorecida, puesto que requería un acto real o del Parlamento para su existencia. COHEN (1982) "The history...", cit., p. 161.

<sup>47</sup> Según COHEN (1982) "The history...", cit., p. 162, la descripción que efectúa Blackstone de la corporación no incluye el efecto de limitar la responsabilidad. Señala además, como otro ejemplo de lo indicado, que incluso cuando la *incorporation* general —entendida como asociatividad general— aparece bajo la *Join Stock Companies Act* de 1844, la responsabilidad de los accionistas no se limitó.

En relación a este antecedente, es necesario destacar que, subyacente al mismo, entendemos se encuentra presente la consideración de la naturaleza del sujeto pasivo de la bancarrota para personas físicas comerciantes; naturaleza de persona natural que impone que el tratamiento de la regulación de bancarrota posibilite un tratamiento favorable ante los riesgos del comercio. En tal sentido, si bien las formas de asociatividad comprenden una limitación de responsabilidad para la persona jurídica, se aprecia que la comprensión de la necesidad de una limitación de la responsabilidad de las personas físicas comerciantes surge con anterioridad y no como contraposición, necesariamente, a las ventajas de la limitación de responsabilidad de las formas asociativas.

Con todo lo hasta aquí descrito podemos concluir, por el momento, las justificaciones que llevaron al legislador a incorporar en el ordenamiento de bancarrota a la descarga de la deuda para el deudor persona física comerciante. Sin perjuicio de ello, no podemos obtener conclusiones concretas, más que solo orientaciones, en torno a las justificaciones del origen de la institución para el deudor persona física no comerciante. En efecto, a nuestra interrogante inicial de ¿cuáles son las razones o justificaciones que motivaron el origen y/o establecimiento del *fresh start* para el deudor persona física?, solo podemos responder, hasta el momento, que: comprendiéndose —como primera aproximación— a la descarga de la deuda como mecanismo a través del cual se materializa originariamente una idea —aunque no establecida expresamente por la doctrina ni por la legislación— de limitación de responsabilidad por las deudas del deudor persona física; solo encontramos razones para conocer las justificaciones por las cuales se origina la institución de la descarga de la deuda y por qué la misma es, en sus orígenes, solo aplicable al deudor persona física comerciante.

De esta forma, y de acuerdo con el contexto histórico descrito, podemos concluir por ahora que la razón por la que surge la institución de la descarga de la deuda en los ordenamientos jurídicos es, de manera inmediata, la necesidad de establecer un mecanismo de limitación de responsabilidad para los deudores comerciantes, como forma de beneficio ante los riesgos del comercio que pueden conllevar una serie de problemas económico-financieros; y de manera mediata, esto es como fundamento de esta necesidad, el interés general del comercio porque los comerciantes, a través de la descarga de la deuda, puedan volver a ser miembros activos del comercio y de la comunidad.

De igual forma, y de acuerdo al contexto histórico descrito, concluimos que la justificación por la que la descarga de la deuda, en sus orígenes, solo sea aplicable en el procedimiento de bancarrota a los deudores comerciantes, es la visión restrictiva del crédito y del riesgo del comercio imperante en la época. Visión restrictiva que tiene como consecuencia, por una parte, el entendimiento de que solo el deudor comerciante, como partícipe directo en el mercado, podía ser sujeto de accidentes imprevisibles, ajenos a su voluntad o que escapaban a su control en relación a su nivel de diligencia, y que afectaban de manera negativa a su situación económico-financiera; y por la otra, como conclusión complementaria, la presuposición de todo deudor persona física no comerciante que se encontraba en situación de incumplimiento —sea que lo entendamos, en la concepción actual, como solvente o insolvente— como fraudulento, respecto de quien, por tanto, se debía tener el cuidado de no otorgar un beneficio que fomentara la prodigalidad y extravagancia.

Considerando tales conclusiones iniciales, es preciso realizar la siguiente precisión a modo, también, de conclusión inicial en torno a este punto: sabiendo con lo dicho hasta ahora que la razón inmediata por la que se origina la descarga de la deuda para los deudores comerciantes se reduce a una cuestión de necesidad de beneficiarles<sup>48</sup> a través de una institución que les otorgue un medio de socorro ante ciertas circunstancias imprevisibles que pudieren afectar gravemente su situación económico-financiera en perjuicio de los intereses del comercio<sup>49</sup>, entendemos que las circunstancias históricas que coinciden y otorgan fundamento a las justificaciones o razones, inmediatas y mediatas, del origen de la descarga de la deuda, como límite de

---

<sup>48</sup> MCCOID (1988) "The origins...", cit., p. 387, señala que "Cualquiera que sea el propósito de la adopción inicial por parte del Parlamento, la descarga confiere un beneficio al deudor, un beneficio que se podría esperar que busque activamente."

<sup>49</sup> En tal sentido, MCCOID (1996) "Discharge...", cit., p. 168, considerando que aunque se mencionaba en el preámbulo de la ley de 1706 la idea de condena al comportamiento abusivo de los deudores, y que el no mencionarse a los deudores honestos que merecían los beneficios que supuestamente brindaba la ley es una circunstancia que ha llevado a algunos a inferir que estos beneficios se otorgaban a los deudores únicamente para beneficiar a los acreedores, expresa que "El carácter condenatorio de esta redacción, sin embargo, puede explicarse por el hecho, que se desprende de las otras fuentes, de que los beneficios de la descarga no fueron parte del proyecto de ley original, sino que se agregaron por enmienda sin ninguna alteración del preámbulo de la ley". En este contexto, dando cuenta de lo que para él habría sido el antecedente directo de la incorporación, como enmienda, de la cláusula de descarga de la deuda, señala en p. 169 que "La primera anotación notable aparece el 4 de febrero de 1706. En esa fecha, se instruyó al comité al que se había remitido el proyecto de ley: "que tengan Poder para recibir una Cláusula, para el mejor descubrimiento y prevención de Fraudes cometidos por prisioneros y quebrados, y para el alivio de tales presos por deudas, ya que renunciarán a sus efectos a sus acreedores." El autor subraya que su redacción obedecería a una doble intención de beneficiar tanto a los acreedores como a los deudores en bancarrota, en vez de a una sola pretensión por proteger los intereses de los acreedores ante el supuesto fraude de los deudores.

responsabilidad en beneficio del deudor persona física comerciante, son las dificultades mercantiles y las consecuencias negativas en términos económico-financieros por las que habrían pasado los deudores comerciantes<sup>50</sup>, originadas en hechos determinados como son largas y constantes guerras del S.XVII, y que habrían mermado la capacidad económica y financiera de los deudores comerciantes propiciando una situación de crisis que afectó al mercado en general<sup>51</sup>.

### **3. Justificaciones del origen de la descarga de la deuda para el deudor persona física no comerciante.**

Aunque las conclusiones precedentes son del todo importantes para efectos de nuestro estudio, sin embargo solo responden a la pregunta de cuáles son las circunstancias históricas y justificaciones que originaron la descarga de la deuda para los deudores personas físicas comerciantes, pero no responden a la interrogante de cuáles son, entonces, las circunstancias históricas y justificaciones que habrían dado origen a la descarga de la deuda para los deudores personas físicas no comerciantes, y menos aún, cuáles son las circunstancias históricas y justificaciones que dieron origen, y posterior desarrollo, a la noción de *fresh start*.

Sin embargo, una salvedad a lo anterior la encontramos en la conclusión complementaria que obtuvimos al responder a la interrogante en torno a las justificaciones de la aplicación exclusiva de la descarga de la deuda al deudor comerciante. En efecto, y aunque por sí sola tal conclusión complementaria no responde a las dos preguntas previamente formuladas, es preciso tenerla en cuenta como un elemento que nos permitirá alcanzar las respuestas concretas. En los siguientes apartados responderemos a tales cuestionamientos.

En relación a los deudores personas físicas no comerciantes, la distinción de tratamiento de la normativa de bancarrota, que los dejaba fuera de su ámbito de aplicación y, por tanto, imponía la prisión como forma compulsiva para obtener el pago de las obligaciones y no les aplicaba la descarga de la deuda, se mantuvo hasta pasada la

---

<sup>50</sup> MCCOID (1988) "The origins...", cit., p. 387, expresa que "La agitación para la legislación de bancarrota tiende a venir solo en tiempos difíciles. [...]"

<sup>51</sup> MCCOID (1996) "Discharge...", cit., p. 165 y 166. Aunque TABB (1991) "The historical...", entendemos que se adhiere a la consideración de que la ley de 1706 tiene su fundamento en la necesidad de limitar el abuso de los deudores y beneficiar a los acreedores, expresa en p. 338 que "Si bien el caso Pitkyn pudo haber sido la causa precipitante inmediata de la ley de 1705, se agregaron disposiciones para el alivio de los deudores honestos durante el proceso legislativo, supuestamente en respuesta a las graves pérdidas sufridas por los comerciantes en las últimas guerras y tormentas".

mitad del S.XIX. El cambio se produjo a través de una progresiva modificación regulatoria que fue eliminando gradualmente las diferencias en el tratamiento entre deudores comerciantes y no comerciantes y, en tal sentido, fue paulatinamente derogando los elementos que caracterizaban la diferenciación de trato de la normativa de bancarrota entre deudores comerciantes y no comerciantes; a saber, la aplicación de la prisión por deudas y la no aplicación de la descarga de deudas a los deudores no comerciantes.

Si bien los primeros estatutos legales de 1808, 1813 y 1844 disminuyeron la brecha de diferenciación de tratamiento, en estricto rigor mantuvieron los elementos esenciales de la distinción. Aunque a través de la primera se eliminaba la prisión por deudas para deudores no comerciantes cuya deuda no fuera superior a £20, ello ocurría solo después de un año de encarcelamiento; por su parte, la segunda estableció un Tribunal para el Alivio de Deudores Insolventes para escuchar peticiones de liberación de presos por deudas, y donde el procedimiento se asemejaba al procedimiento de bancarrota para deudores comerciantes; a su turno, la ley de 1844 abolió el encarcelamiento de deudores por deudas inferiores a £20; sin perjuicio de ello, todas estas leyes mantuvieron la responsabilidad del deudor no comerciante por las deudas de por vida<sup>52</sup>.

Tras la unificación del procedimiento de insolvencia con el procedimiento de bancarrota en 1861, a través del cual se incorpora a los deudores no comerciantes al procedimiento de bancarrota, el estatuto de 1869 abolió la prisión por deudas para todo tipo de deudores, castigó a los deudores fraudulentos y concedió la descarga de la deuda a todo tipo de deudores comerciantes y no comerciantes que hubieran contraído a través de medios no fraudulentos. A pesar de lo anterior, el encarcelamiento por deudas persistió por casi tres décadas, justificado por las mismas ideas que durante los S.XVI, XVII y XVIII dieron razón de ser al encarcelamiento por deudas, esto es, la comprensión de que este mecanismo beneficiaba a los acreedores debido a la coerción que sobre los deudores ejercía para que pagasen sus obligaciones<sup>53</sup>.

Aunque se ha indicado que es debido al cambio de percepción del comercio, del crédito y el riesgo de incumplimiento, que dejó obsoleta la visión de ser una práctica injustificada para cualquier persona que no fuera comerciante el cargarse de deudas de valor considerable, y debido a la aceptación de la forma de asociatividad general con

---

<sup>52</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., pp. 163 y 164.

<sup>53</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 164.

responsabilidad limitada, que se pone fin a la distinción entre comerciantes y no comerciantes; ello da cuenta de elementos que contribuyen a justificar el término de la distinción en cuanto a la aplicación del procedimiento de bancarrota y sus elementos entre deudores comerciantes y no comerciantes, pero no posibilita conocer las razones que propiciaron la comprensión de que la descarga de la deuda debía ser aplicada también al deudor no comerciante.

Para comprender lo anterior es necesario tener en cuenta tres puntos: primero, que como concluimos en el apartado anterior, la descarga de la deuda para el comerciante se comprende como una herramienta que beneficia al deudor que se encuentra en ciertas circunstancias económicas y financieras desfavorables a través de la limitación de su responsabilidad; en segundo lugar, según nuestra conclusión complementaria, existía una desventajosa presuposición en contra de todos los deudores no comerciantes insolventes de ser fraudulentos; y tercero, que existe una circunstancia histórica que marca el punto de inflexión en torno al inicio y desarrollo de la concepción de que al deudor no comerciante debía otorgársele un trato por el ordenamiento jurídico que le permitiera, no solo evitar el sometimiento a prisión por el hecho del incumplimiento de sus obligaciones, sino que, para lo que nos interesa, ser beneficiados con una descarga de la deuda. Atendido a que ya hemos dado una explicación a los dos primeros puntos en el acápite anterior, nos centraremos a continuación en describir y explicar la trascendencia del tercer punto. La importancia de los dos primeros puntos como razones que justifican la descarga de la deuda para el deudor persona física no comerciantes los desarrollaremos en los siguientes apartados.

A partir de la segunda mitad del S.XVIII y durante el S.XIX se produjo la proliferación de un movimiento filantrópico y social en la sociedad victoriana inglesa que buscaba, en el plano jurídico, el logro del objetivo de otorgar libertad a los deudores con pequeñas sumas de deudas de las prisiones para deudores y descargarlos de sus obligaciones. Gracias a la ayuda de estas organizaciones filantrópicas, como la Sociedad para la descarga y alivio de personas en prisión por pequeñas deudas (*Society for the discharge and relief of persons imprisoned for small debts*), conocida como *Thatched House Society*, creada en 1772, y aunque legalmente en aquella época solo los comerciantes podían obtener una descarga de sus obligaciones en el procedimiento de

bancarrotas, algunas personas físicas no comerciantes obtuvieron no solo una liberación de la prisión, sino que también una descarga de sus obligaciones<sup>54</sup>.

Aunque la labor de este tipo de sociedades filantrópicas se constituye en una de las razones inmediatas del cambio de paradigma en el orden jurídico que conlleva la consideración de una aplicación para el deudor no comerciante de una descarga de la deuda, la justificación mediata no la encontramos en la simple filantropía, sino que, y de manera subyacente a este acontecimiento, en una de las consecuencias que en el plano jurídico dejó el que había sido el movimiento filosófico más importante hasta la fecha; el que dentro de sus dogmas consideraba la idea del ser humano como forjador de su propio destino a través de la razón y el conocimiento, y que tuvo determinantes repercusiones en ámbitos cultural, político, social, económico y jurídico: la ilustración.

Los ideales de la ilustración decantan en el entendimiento de un especial valor del ser humano como capaz de forjar su propio destino a través de su inherente capacidad de razonar y auto determinarse a sí mismo<sup>55</sup>. Aunque el reconocimiento en los textos jurídicos del valor dignidad humana no se produciría sino hasta mediados del S. XX, es claro que esta comprensión del ser humano propició un cambio de paradigma social y jurídico en torno al entendimiento de la importancia de la persona en el espectro social y de la labor del Estado y sus poderes hacia él.

En el plano jurídico, dentro de las ideas que derivan de la nueva concepción del ser humano originada en la Ilustración, y para lo que nos interesa, destaca la concepción del ser humano como ente dotado de razón y autonomía, capacidades inherentes a todas las personas, que les hace ser fin en sí mismas y no un simple medio para el logro de otros propósitos<sup>56</sup>; un ser cuyo especial valor exige un trato acorde, el cual es por lo demás debido por todos y para con todos

Todo lo anterior se puede ver manifestado, no solamente en los ideales que dan razón al reconocimiento de una distinción moral entre los deudores fraudulentos y los comerciantes honestos pero desafortunados<sup>57</sup> que comienza a surgir durante el S.XVIII; sino que también en los ideales que dan justificación a las actuaciones de la *Thatched House Society*. En tal sentido, aunque el empeño de la Sociedad era el de excluir del beneficio de su ayuda a las personas que se habían endeudado a través de fraude, vicio o

---

<sup>54</sup> COHEN (1982) "The history...", cit., p. 163.

<sup>55</sup> MUGUERZA, Javier (1991) "Kant y el sueño de la razón", en Thiebaut, Carlos (coordinador) *La herencia ética de la ilustración*, Barcelona: Editorial Crítica, p. 13.

<sup>56</sup> KANT, Immanuel (1989) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona: Ariel, pp. 199 y 200.

<sup>57</sup> TABB (1991) "The historical...", cit., p. 338.

extravagancia, motivados por las duras e inhumanas condiciones en que los deudores personas físicas no comerciantes se encontraban en las prisiones de deudores, estos grupos cuestionaban la legitimidad del encarcelamiento por deudas y llamaban la atención sobre las desgracias inevitables que habían impulsado a los deudores a tal situación<sup>58</sup>, y donde su filosofía se basaba en una fundamental creencia en la inocencia de los prisioneros deudores y la naturaleza fracturada de su autonomía individual.

### **3.1. La descarga de la deuda para el no comerciante como herramienta que beneficia al deudor en ciertas circunstancias económicas y financieras desfavorables a través de la limitación de su responsabilidad.**

Estados Unidos no contó con una regulación de la descarga de la deuda federal sino hasta el año 1800, momento en el cual, tras la declaración de independencia, habiendo incorporado en la Constitución una cláusula sobre bancarrota, y motivado por la crisis de 1790, estableció la Ley de 1800 que siguió de cerca el modelo inglés de la Ley de 1732<sup>59</sup>.

En su mayoría, las normas sobre insolvencia creadas en los estados de la naciente Estados Unidos tuvieron su origen en el movimiento generalizado para abolir o limitar severamente la aplicabilidad de la prisión civil como medio coercitivo de cobro de las deudas<sup>60</sup>. Debido a las similitudes, tanto de la denominación como de la estructura doctrinal, entre la cancelación del confinamiento y la descarga de la deuda, tales legislaciones idearon herramientas en las que el deudor tenía la oportunidad de obtener un alivio permanente, no solo de la prisión, sino de otras formas de recolección de las deudas en beneficio de los acreedores<sup>61</sup>.

En un contexto en que las normas, por una parte, contenían esfuerzos continuos por aumentar la eficacia de las herramientas de cobro de los acreedores, y por otro, un rápido desarrollo de los medios de protección de los deudores, las leyes de insolvencia

---

<sup>58</sup> Defendiendo la ilegitimidad del encarcelamiento por deudas, su secretario y portavoz principal, James Neild, llamó especialmente la atención sobre las "desgracias inevitables" que impedían a los deudores continuar con sus vidas de manera digna. Rechazar la legitimidad moral de los procedimientos legales que exigían el cumplimiento de los contratos individuales, y el pago de acuerdos parciales estaba destinado a convencer a los acreedores de que era de su interés espiritual y económico tratar a los deudores con compasión. Así, NEILD, James (1802) *An account of the rise, progress, and present state, of the society for the discharge and relief of persons imprisoned for small debts throughout england and wales*, Printed by Nichols and son, Disponible en: <https://archive.org/details/accountofrisepro00sociuoft/page/n13> [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2018], pp. 7 a 23.

<sup>59</sup> TABB (1991) "The historical...", cit., p. 345.

<sup>60</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 55.

<sup>61</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 55.



fueron, por tanto, uno de los aspectos de una tendencia hacia la limitación de la gravedad de las consecuencias legales relacionadas con la insolvencia y el fracaso económico del deudor<sup>62</sup>.

Estrechamente vinculada al modelo inglés de bancarrota imperante en la época, la ley estadounidense de 1800 no tiene otra significación más que constituirse en el primer estatuto de bancarrota establecido de manera federal por Estados Unidos. En la práctica, la normativa mantenía todas las características coercitivas del modelo inglés, en su afán por ser una regulación preocupada por los intereses de los acreedores. En tal contexto, la normativa era aplicable solo a los deudores comerciantes, comprendía la institución de la encarcelación por deudas y no otorgaba una descarga de las deudas a los deudores personas físicas no comerciantes, manteniendo además el carácter involuntario que imperaba en la normativa inglesa<sup>63</sup>.

Las críticas a la normativa en torno al favoritismo a intereses mercantiles por sobre los agrícolas, sumada a los pequeños dividendos pagados a los acreedores, y la creencia común de que los deudores estaban siendo liberados del fraude, llevaron a una insatisfacción generalizada respecto a la ley. Motivada por el "pánico de 1837", que dio cuenta de la ineficiencia de las leyes estatales para enfrentar la crisis económica nacional, la ley de 1841 surge para solucionar los problemas de la crisis. Esta ley fue la primera en Estados Unidos que buscó proteger directamente los intereses de los deudores, la que, aunque aumentó las deudas que podrían ser exceptuadas de la descarga<sup>64</sup>, abolió la diferencia en el tratamiento y ámbito de aplicación de la normativa de bancarrota para deudores comerciantes y no comerciantes<sup>65</sup>, siendo desde ese momento aplicable a todos los deudores personas físicas, posibilitando además la quiebra voluntaria<sup>66</sup>.

Tras la derogación de la ley de 1841 y casi un cuarto de siglo posterior, nuevamente una crisis financiera, esta vez con origen en el "pánico de 1857", sumada a

---

<sup>62</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 56.

<sup>63</sup> TABB (1991) "The historical...", cit., p. 346.

<sup>64</sup> Lo que para TABB (1991) "The historical...", cit., p. 352, "se debió en parte a la libre aplicabilidad del alivio para todas las personas de forma voluntaria".

<sup>65</sup> MCCOID (1988) "The origins...", cit., p. 388, dando cuenta de las críticas de los detractores de la aplicación del procedimiento de bancarrota a los deudores en general en Estados Unidos, expresa que "Para [algunos] oponentes, la cuestión era moral; el incumplimiento de las obligaciones era imperdonable. Para otros había un problema de definición; la quiebra según sus términos se limitaba a procedimientos involuntarios contra comerciantes. [...] Otros temían que la adopción de procedimientos voluntarios llevaría a la extensión del proceso involuntario a los deudores para luego convertirlos en inmunes a la bancarrota a instancia de los acreedores."

<sup>66</sup> TABB (1991) "The historical...", cit., p. 349 y 350, expresa que "en su simplicidad, esta ley transformó fundamentalmente los supuestos subyacentes con respecto a la naturaleza de la quiebra"

las consecuencias de la Guerra Civil de 1861, darían origen a la Ley de 1867. En este contexto, se ha indicado que quizás la razón más reveladora por la cual se necesitaba una ley federal de bancarrota fue ofrecer a los deudores un alivio más completo<sup>67</sup>. Aunque la ley de 1867 estableció limitaciones para la descarga de la deuda, especialmente porque fijó la necesidad de que los acreedores otorgaran su consentimiento o bien que el deudor pagara el cincuenta por ciento de las deudas, la mayor victoria para el grupo de deudores fue el aplazamiento por un año de tales requisitos, con lo que un gran número de deudores pudo descargar la deuda de manera libre. Por otro lado, en 1874 el Congreso derogó totalmente el requisito para casos involuntarios y lo redujo a un dividendo del treinta por ciento o al consentimiento de un cuarto en número y un tercio en valor de los acreedores de la quiebra para casos voluntarios. A pesar de lo anterior, el objetivo de otorgar un alivio inmediato a quienes lo necesitaban no fue logrado, principalmente por las dificultades para obtenerlo debido a una larga lista de motivos de denegación de la descarga de la deuda; todos los cuales habían sido una reacción a la crítica de que la ley de 1841 había sido muy favorable a los deudores.

Las crisis de 1884 y 1893, junto a la ausencia de una ley nacional de bancarrota que propiciara una regulación adecuada en un país tan comercial como Estados Unidos, dieron origen a una variedad de regulaciones que en 1898 decantaron en la ley que, con algunas modificaciones dadas por las leyes de 1938 y 1978 —respectivamente motivadas por las Gran Depresión de 1929, que extendió sus consecuencias por toda la década de 1930, y por la crisis del petróleo de 1973— corresponde al modelo actualmente existente.

A raíz del incremento en la aplicabilidad de la limitación de responsabilidad a través de las formas societarias, a través de una solicitud voluntaria de bancarrota aplicable para cualquier persona que debía deudas, con excepción de una corporación, la descarga de la deuda pasó a ser aplicable y especialmente importante para deudores no comerciantes. El requisito del consentimiento de los acreedores o el pago de un dividendo mínimo como un pre requisito para obtener la descarga fue eliminado. Además, se recalcó la importancia de la función de interés público de la descarga de la

---

<sup>67</sup> Así, TABB (1991) "The historical...", cit., p. 354, citando a Warren, C (1935) *Bankruptcy in United States History*, p. 105.

deuda<sup>68</sup>. En efecto, ya no se consideraba que la misma era un incentivo para que el deudor cooperase en la resolución de los activos en caso de bancarrota en beneficio de los acreedores, sino que, en cambio, se reconoce formalmente por primera vez el interés público superior en otorgar un alivio al deudor "honesto pero desafortunado"; y donde la teoría es que la sociedad en su conjunto se beneficia cuando un deudor se libera del paso opresivo de una excesiva acumulación de deudas<sup>69</sup>, puesto que tal deudor es capaz de reasumir un papel como miembro productivo de la sociedad.

Bajo esta forma, la descarga de la deuda y de la legislación sobre bancarrota, considerando las decisiones judiciales tempranas, reflejan en gran medida el objetivo de bienestar público que se obtenía al aliviar al deudor sobrecargado de deudas de manera de devolverlo a la productividad económica. En efecto, desde entonces la Suprema Corte de Estados Unidos ha señalado ciertas frases que han resumido y proporcionado las ideas matrices o estándares para los objetivos de alivio de la bancarrota: la descarga estuvo disponible para el "deudor honesto pero desafortunado" debido al "interés público" en brindarle "un nuevo comienzo en la vida", una "nueva oportunidad" y "un terreno claro para el esfuerzo futuro"<sup>70</sup>.

De lo anterior es posible colegir que, a pesar del tratamiento desfavorable al deudor en los inicios de la regulación sobre descarga en el modelo de bancarrota en Estados Unidos, lo que entendemos fue motivado por la necesidad de continuar con un modelo heredado de la tradición inglesa y que a la fecha de la independencia estadounidense imperaba; de manera progresiva a partir de la reforma de 1841 y motivado por sucesivos contextos históricos de crisis económico-financiera que sacudieron a la sociedad estadounidense con origen en reiteradas crisis económicas y hechos bélicos como la Guerra Civil<sup>71</sup>, actualmente se puede considerar que la descarga de la deuda ha tenido su origen y ha evolucionado como un mecanismo de alivio en

---

<sup>68</sup> TABB (1991) "The historical...", cit., p. 364, transcribe un párrafo del Reporte del Comité, que expresa: "Bajo este proyecto de ley no se requiere el consentimiento de los acreedores. Si el deudor ha actuado de manera deshonesto al cometer ciertos actos prohibidos en el proyecto de ley, no será liberado; si ha actuado honestamente, lo será. La concesión de una descarga se justifica por una política pública sabia. Su otorgamiento o retención depende de la honestidad del hombre, no del valor de su patrimonio".

<sup>69</sup> TABB (1991) "The historical...", cit., p. 364.

<sup>70</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 63.

<sup>71</sup> MCCOID (1988) "The origins...", cit., p. 387, expresa que "La agitación para la legislación de bancarrota tiende a venir solo en tiempos difíciles. [...]"; BOSHKOFF, Douglass G. (1995) "Fresh start, false start, or head start", en *Ind. L.J.*, Volumen 70, p. 549.

beneficio del deudor persona física no comerciante en situación de crisis económico-financiera<sup>72</sup>.

### **3.2. Cambio de paradigma en torno a la visión del crédito y el riesgo del mercado. El deudor no comerciante como sujeto de circunstancias imprevisibles.**

De acuerdo con nuestra conclusión complementaria del apartado I.2. de esta Sección, durante los S.XVII y XVIII existía una presuposición negativa en contra de todos los deudores no comerciantes insolventes de ser fraudulentos. Tal presuposición es consecuencia lógica de la visión del crédito y del riesgo del mercado que imperó en la época, y que entendía que solo los comerciantes, como sujetos partícipes activos y excluyentes del mercado, podían ser víctimas de circunstancias imprevisibles que afectasen su capacidad económico-financiera; mientras que los deudores no comerciantes, debido a que en teoría nunca podían ser sujetos de tales circunstancias, siempre y en todo caso de incumplimiento de sus obligaciones se presumían culpables o negligentes, sea o no que desde las concepciones modernas se entendiera que se encontraban en situación de insolvencia. Así las cosas, se ha destacado<sup>73</sup> que tanto la dureza inicial como la indulgencia tardía del proceso de quiebra fueron soluciones a un problema que puede haber sido grave pero que de ninguna manera era exclusivo del sector comercial. Señala el autor que el argumento de que los comerciantes eran excepcionalmente vulnerables a pérdidas accidentales fue ampliamente aceptado solo después de su respaldo por Blackstone y Loughborough y, como muchos críticos señalaron, era incompatible con el estado de la economía del país. No obstante lo anterior, su popularidad fue en gran parte responsable de la prolongada restricción hacia los deudores no comerciantes.

El cambio de perspectiva en torno al crédito y el riesgo del mercado, y que afecta positivamente a la concepción del deudor no comerciante como sujeto partícipe del mercado y capaz de padecer circunstancias desfavorables de manera imprevisible, viene dado a partir de mediados del S.XIX, debido al incremento de la incidencia e importancia del crédito en la estructura económica de los estados durante el período<sup>74</sup>, el

---

<sup>72</sup> Así, MCCOID (1988) "The origins...", cit., p. 362, expresa que con la aprobación de la Ley de 1841, que aplica a todos los deudores la normativa de bancarrota y la descarga de la deuda, "La bancarrota ya no era el remedio de un acreedor contra una clase limitada de deudores que se cree que son peculiarmente dependientes del crédito."

<sup>73</sup> DUFFY (1980) "English...", cit., pp. 304 y 305.

<sup>74</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 56, expresa que "El mayor papel del crédito en el desarrollo económico estuvo acompañado por una expansión en la importancia social y el poder político

cual, sumado a las constantes crisis económicas y fracasos empresariales de la época, propició el entendimiento de que la idea de que los insolventes no son comerciantes era errónea debido a que no se había planteado un concepto viable de comercio y porque, aunque esto se remediara de manera interpretativa, la relación tradicional de la insolvencia y la imprudencia era totalmente inapropiada para una sociedad en la que el extenso crédito y periódicas crisis económicas hacían a la mayoría de la población vulnerable a la desgracia<sup>75</sup>. Ello, a su turno, significó que la visión originaria hacia los deudores no comerciantes cambiara radicalmente, pasando desde una concepción que los apreciaba como irresponsables y descuidados en la gestión de sus negocios, a una que considera que ciertas circunstancias que escapan al control del propio deudor pueden originar una situación de crisis económico-financiera en su patrimonio<sup>76</sup>.

En este contexto, las críticas a la legislación de bancarrota de los deudores no comerciantes, que hasta mediados del S.XVIII aún mantenían rasgos coercitivos tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, consideraban que la normativa no comprendía a todos los deudores cuyo uso necesario del crédito los hacía vulnerables a la desgracia y propensos al fraude; que la ocupación de los deudores no debía incidir en la determinación del grado de responsabilidad en el incumplimiento; que el fracaso de los procedimientos de insolvencia se debía a que la ejecución a través del encarcelamiento, entendido como inefectivo cuando se aplicaba a los deudores que eran totalmente insolventes, alentaba a otros a huir; y que la responsabilidad perpetua era contraproducente ya que paralizaba los esfuerzos de los deudores que eran liberados de las prisiones y animaba a otros a evitar el pago al permanecer en prisión por propia voluntad<sup>77</sup>.

---

de la clase de deudores más importante, los comerciantes y comerciantes empresariales." "Estos desarrollos crearon un cambio fundamental en las actitudes del público hacia los préstamos y, finalmente, hacia el fracaso económico y la insolvencia".

<sup>75</sup> DUFFY (1980) "English...", cit., p. 291.

<sup>76</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 56.

<sup>77</sup> En tal sentido, DUFFY (1980) "English...", cit., p. 291.

## II. LA MODERNA CONCEPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA

### 1. La concepción moderna de la descarga de la deuda.

En torno a la concepción moderna de la visión de la descarga de la deuda, durante el S.XX, y motivado por el cada vez mayor acceso al crédito de los deudores personas naturales, se produjo un amplio debate en torno a las funciones que la misma había de cumplir. Así las cosas, si durante gran parte del S. XIX la legislación de bancarrota del deudor persona física se había entendido configurada como una legislación de ayuda, socorro o beneficio para los deudores en situación de dificultad financiera, especialmente tratándose de deudores no comerciantes; durante el S.XX el mayor acceso al crédito de deudores personas físicas no comerciantes, las situaciones de crisis financiera a nivel global, el interés por otorgar protección a los derechos de los denominados "consumidores", las implicancias de tales ideales en materia crediticia y, por consiguiente, su alcance al ámbito concursal, y preocupaciones por los costos sociales vinculados al alivio de la deuda, posibilitaron que se intensificara el interés en torno a la idoneidad de la estructura legal que protegía a los consumidores de crédito<sup>78</sup> y un amplio debate en torno a la revisión de la regulación del crédito al consumo general y al sistema concursal en especial.

En este contexto, las contribuciones de la doctrina en el ámbito de la ley de bancarrota giraban en torno a dos posturas teóricas principales en torno a la idea de alivio del deudor. Por un lado, la teoría de la incompetencia, centrada en la idea de que el deudor persona física posee competencias limitadas para actuar en el mercado, lo que lo hace propenso a padecer dificultades financieras, considera una descarga de la deuda relativamente generosa como medio de corrección de las dificultades económico-financieras padecidas por los deudores. Por otro, la teoría económica, definiendo la conveniencia del alivio en referencia a comprensión de la actividad económica en general y la economía de los mercados de crédito al consumo, considera la propuesta de ampliación de la descarga y otras medidas de socorro con cautela, o bien, rechazándolas<sup>79</sup>.

El punto central en la teoría de la incompetencia es el reconocimiento de que las dificultades financieras del deudor consumidor y sus costos sociales asociados son

---

<sup>78</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 73.

<sup>79</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 77.

producidos debido al fracaso del deudor para juzgar con precisión su capacidad de pago o para hacer provisiones adecuadas de cambios adversos en sus circunstancias financieras, lo cual se debe a una debilidad personal o propia de los deudores o de una falla del mercado crediticio, o ambas cosas.<sup>80</sup> Desde esta premisa inicial, dos formulaciones de la teoría pretenden explicar la justificación de un alivio del deudor: por una parte, la formulación más acotada, se centra en la idea de rescate que el deudor debe obtener a través del procedimiento de bancarrota. Desde tal punto de vista, siendo la función adecuada de la descarga el alivio directo de los efectos de la falla financiera de los deudores, tal objetivo se logra asegurando que, de hecho, la descarga libere completamente al deudor en dificultades de las deudas existentes<sup>81</sup>. Por la otra, la formulación más amplia, considera que la función esencial del procedimiento es rehabilitar al deudor, considerando al sistema de bancarrota como un vehículo apropiado para abordar directamente las causas subyacentes de las dificultades financieras del consumidor<sup>82</sup>.

En torno a la teoría de la rehabilitación del deudor, considerando una distinción entre deudores desafortunados y deshonestos, y dentro de estos, una sub diversidad de deudores dentro de los cuales existe cierto tipo cuya insolvencia no solamente se debe a vulnerabilidad económica sino también a una incompetencia financiera, estima la necesidad de una efectividad ex post del alivio, para lo cual requiere la identificación y corrección de las deficiencias específicas de los consumidores, con la finalidad de que las dificultades financieras no se repitan<sup>83</sup>.

A pesar de que, con fundamento en la premisa de que los contratos a los que llegan las partes en un mercado competitivo normalmente podrían reflejar una combinación óptima de términos contractuales que maximizan el bienestar de cada parte y minimizan el costo total de la transacción, se argumentó que el mayor riesgo de pérdida por parte de los acreedores con motivo de la descarga de la deuda

---

<sup>80</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., pp. 77 y 78.

<sup>81</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 79, expresa que "Los defensores de este enfoque de rescate abogaron por exenciones ampliadas, límites en el grado en que los intereses de seguridad sobrevivieron al alta, y amplias prohibiciones incluso de esfuerzos informales de cobranza después de la bancarrota"

<sup>82</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 80.

<sup>83</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 80, expresa que "los defensores de la teoría abogaron por reformas que vinculen la descarga con la participación del deudor en algún tipo de programa terapéutico o de rehabilitación adecuado a sus circunstancias. Las recomendaciones precisas sobre la naturaleza del programa variaron ampliamente, desde la educación del consumidor hasta la asesoría psicológica y la supervisión a largo plazo de las finanzas del deudor, pero todos compartían una esperanza relativamente fuerte en los poderes de capacitación y educación:"

necesariamente debía conllevar un aumento en los costos de transacción para el deudor a la hora de contratar un crédito. En base a esta premisa, los teóricos económicos intentaron identificar alguna función para la descarga que fuera al menos posiblemente compatible con consideraciones de eficiencia del mercado. Dos son las versiones que representan la teoría económica en torno a la descarga de la deuda.

Por un lado, devolviendo la bancarrota a su función original de cobro de los deudores, se entendió no obstante que la función de la descarga no consistía en una herramienta que incentivara al deudor a cooperar en el procedimiento, sino que en una herramienta a través de la cual los acreedores pueden identificar a los deudores cuyas posibilidades de pago hacen útiles sus esfuerzos de cobro. Bajo esta perspectiva, la utilidad de la descarga depende directamente de su precisión en la identificación de los deudores que podrían ser considerados como incobrables. Este enfoque de cobranza pone un énfasis mayoritario en la capacidad real de pago del deudor considerando sus posibilidades de ganancias futuras. En el ámbito operativo, la concepción propone limitar la descarga solo a aquellos que realmente se encuentran en situaciones extremas, al tiempo que ofrece un alivio, en otros casos, solo después de que el deudor haya completado un plan de pago supervisado por el tribunal<sup>84</sup>.

La segunda versión de la teoría económica, centrada en la influencia de la descarga de la deuda en el momento de la contratación más que en el de incumplimiento, considera a la institución como una herramienta para limitar la responsabilidad del deudor por los riesgos de incumplimiento, constituyéndose como un mecanismo de asignación del riesgo crediticio hacia el acreedor, mejor capacitado para evaluarlo. En tal sentido, la teoría estima obligatorio la contratación de un seguro por parte del deudor contra el riesgo de cambios adversos en sus finanzas mientras el préstamo se encuentre pendiente. Considerado como un seguro, se podría decir que la descarga cumple la función socialmente útil de la diseminación del riesgo interpersonal entre los deudores<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 83.

<sup>85</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 83.



## **2. Consecuencias de la incorporación de la descarga de la deuda en el procedimiento concursal de la persona física.**

### **2.1. Introducción del objetivo de otorgar un alivio al deudor en caso de desafortunado estado económico-financiero.**

La introducción de la descarga de la deuda se debió a circunstancias que exigían un tratamiento benéfico al deudor persona física, en sus orígenes solo limitado al deudor comerciante, para luego, de manera progresiva, ser finalmente aplicado a todo deudor persona natural.

Aunque se ha indicado que la descarga de la deuda se constituye en uno de los tantos experimentos llevados a cabo durante el S. XVII para tratar la insolvencia, y en contraposición a quienes entienden que la institución no habría tenido una significación particular como respuesta a una necesidad a corto plazo<sup>86</sup>, entendemos que los antecedentes históricos revelan que la descarga de la deuda se constituyó en una herramienta que buscaba beneficiar al deudor en circunstancias desafortunadas, siempre ligado a la idea de buena conducta del mismo, de manera tal de otorgarle un salida o alivio a las graves consecuencias que en sus circunstancias de vida conllevaba el problema de la insolvencia o crisis económico-financiera. En este contexto, a través de la idea de descarga de la deuda, el procedimiento de bancarrota mismo se transformó en uno cuyo objetivo giraba en torno a la idea de otorgar un rescate al deudor y beneficiarle. Lo que es realmente importante acerca de la descarga de bancarrota es, por lo tanto, la transformación de la bancarrota desde un dispositivo de recolección en beneficio de los acreedores, a un esquema de composición obligatoria por ley, diseñado para rescatar al deudor de la insolvencia y obtener la ventaja general de todos<sup>87</sup>.

### **2.2. Cambio de concepción en torno a la naturaleza del procedimiento de bancarrota.**

La descarga completó la transformación del procedimiento de bancarrota desde uno de compulsión y de cobro a uno de naturaleza compositora<sup>88</sup>; esto es, un tipo de

---

<sup>86</sup> MCCOID (1996) "Discharge...", cit., p. 182.

<sup>87</sup> MCCOID (1996) "Discharge...", cit., p. 185.

<sup>88</sup> MCCOID (1996) "Discharge...", cit., p. 192, expresa que "Visto en un contexto histórico, la descarga fue el instrumento definitivo de la transformación de la quiebra de un recurso de cobro de los acreedores a un sistema de composición estatutariamente obligatorio que beneficiaba mutuamente a deudores y acreedores. Así como la solución de la composición al problema de la insolvencia de los deudores

procedimiento que busca el beneficio, no solo de los acreedores, sino que de manera especial de los deudores insolventes

Bajo esta naturaleza, no es concebible la idea de compulsión a toda costa al pago, o la regla de "absoluta prioridad de los acreedores"<sup>89</sup>, ni tampoco la excesiva protección de los acreedores asegurados. En efecto, si la naturaleza de composición del procedimiento concursal de la persona física exige una salida o alivio beneficioso al problema de la insolvencia para el deudor insolvente, entonces tanto la idea de pago efectivo y a toda costa de los acreedores, como la idea de pago efectivo y exclusivo a un tipo de deudores —*secured*, garantizados o privilegiados—, como otras instituciones del procedimiento cuyo objetivo particular solo propicia o privilegia la posición o intereses de los acreedores, no son acordes o coherentes con la concepción que históricamente tuvo, y debiera serle reconocida al procedimiento concursal de la persona física.

Por otro lado, es debido a la naturaleza compositiva de los procedimientos concursales de personas físicas que históricamente se plantean mecanismos alternativos a la prisión por deudas para aliviar la situación desmejorada de los deudores, como son los acuerdos de cesión de bienes del deudor a sus acreedores a cambio de una liberación de la prisión.

### **2.3. Consideración de los procedimientos concursales de la persona física como de *ultima ratio* para la solución al problema de la crisis económico-financiera del deudor persona física.**

Producto de la naturaleza del deudor, la cual se ve reflejada en las herramientas que a lo largo de la historia se han utilizado para efectos de exigir el cumplimiento de sus obligaciones cuando se encuentra en un contexto de deudas para con una multitud de acreedores, los procedimientos destinados a la solución de la insolvencia de la

---

honestos no fue una invención repentina, este cambio en la teoría subyacente no se hizo explícito en la legislación."

<sup>89</sup> MCCOY (1996) "Discharge...", cit., p. 186, explica que "La regla de prioridad absoluta es inconsistente con los aspectos de definición y prácticos de la composición. Cuando la prioridad absoluta es operativa, el acreedor no necesita renunciar a ninguna parte de la obligación en la bancarrota. Además, la insistencia de los acreedores en el pago total bien puede disuadir la cooperación de un deudor insolvente. Si esto hace que cualquier uso del concepto de prioridad absoluta sea erróneo en los casos de rehabilitación de bancarrota, sin embargo, es otro tema."

persona física adquieren el carácter de herramienta de *ultima ratio* a la hora de solucionar los problemas de la crisis económico-financiera del deudor<sup>90</sup>.

La prisión por deudas en los inicios de la normativa de bancarrota para deudores personas físicas comerciantes y no comerciantes, la diferenciación en torno al ámbito de aplicación de la normativa de bancarrota y de insolvencia para, respectivamente, deudores comerciantes y no comerciantes, la falta de aplicación de la descarga de deudas para las personas físicas no comerciantes, la idea de una responsabilidad limitada para las corporaciones que no encontró asidero en lo que a deudores personas físicas se refiere sino hasta mediados del S.XX, no solo dan cuenta de una diferenciación en torno al tratamiento de la insolvencia de las personas físicas por parte del derecho concursal, sino que ponen de manifiesto que a tal diferenciación subyace la naturaleza distinta y especial del sujeto respecto del cual la normativa concursal es aplicable.

Es debido a esta naturaleza diversa del deudor sujeto del procedimiento concursal que la normativa presenta a lo largo de la historia un particular tratamiento, y es debido a esta naturaleza particular del sujeto del derecho concursal que, al surgir la necesidad de una solución al problema de la crisis financiera del deudor, se plantea el alivio como un medio definitivo que en última instancia lleve a cabo tal objetivo, primero en el ámbito de la prisión por deudas, y luego en el ámbito de las obligaciones pendientes de pago por parte del deudor. Aunque otros mecanismos surgen paulatinamente a lo largo de la historia para aliviar la situación desmejorada de deudores en prisión y con deudas altamente insoportables, como son los acuerdos de cesión de bienes entre deudores y acreedores, es la descarga de la deuda la medida que de manera definitiva consigue una liberación concluyente del deudor de las obligaciones para con los acreedores<sup>91</sup>.

Lo anterior tiene como consecuencia, a su vez, que el mecanismo de la descarga de deudas sea una herramienta que, aunque no de forma única, debe no obstante estar siempre presente en los procedimientos concursales de personas físicas. En efecto, aunque si bien otros mecanismos pueden contribuir a lograr un alivio del deudor

---

<sup>90</sup> Así también lo entiende STEPHAN, Guido (2013) "Die Neufassung des RVG im RegE zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens: Abschied von der anwaltlichen Schuldnerberatung", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 2, cit., p. 10.

<sup>91</sup> Así también lo entiende, PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 13, para quien " [...] es que la «discharge» o mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, conecta de manera directa con los fines encomendados dentro del sistema a los procedimientos concursales [...]".

considerando las diversas circunstancias en las que pueda encontrarse, el mecanismo capaz de conseguir que el deudor obtenga una liberación de las obligaciones para con sus acreedores, debido a su naturaleza, será la descarga de la deuda.

#### **2.4. Confusión conceptual entre el objetivo y la herramienta de materialización del objetivo de la legislación concursal de la persona física.**

Con la introducción de la descarga de la deuda en los procedimientos de bancarrota de personas físicas, primero en beneficio de los comerciantes, y luego en beneficio de los no comerciantes, se constata una confusión entre dos conceptos que, aunque históricamente relacionados, no es conveniente confundir: por un lado, el concepto que describe el objetivo de la legislación de bancarrota en sus orígenes, de insolvencia, y concursal en la actualidad; por otro, el concepto que se constituye en la forma más evidente de materialización del objetivo de la legislación concursal de persona física; el uno, el "alivio del deudor", el otro, la "descarga o alivio de la deuda".

Del análisis histórico y dogmático antes descrito, notamos que ha existido históricamente una constante confusión entre los conceptos de alivio del deudor y descarga de la deuda, donde algunos autores se refieren indistintamente a uno como al otro, como si de sinónimos se tratase. En este sentido, es frecuente encontrarnos con doctrina que en referencia a un acontecimiento histórico, razón o justificación, lo adscriben indistintamente o bien a la expresión "alivio del deudor", o bien a la expresión "descarga de la deuda".

Como consecuencia de esta confusión semántica, es que se produce una lógica extensión de las justificaciones y razones consideradas para la descarga de la deuda al procedimiento concursal, y desde un punto de vista más amplio, se adscribe de manera automática tales justificaciones o razones, propias de la descarga de la deuda, a la normativa concursal general de personas físicas<sup>92</sup>. Desde esta consecuencia, se tiene finalmente que las justificaciones y razones de la normativa concursal de persona física se confunden con las justificaciones y razones de la descarga de la deuda.

Entendemos que las causas de esta falencia conceptual se deben, tanto a una falta de discusión y fijación de una noción acabada de la expresión "alivio de la deuda", tanto a las circunstancias históricas en torno al nacimiento de los procesos de bancarrota

---

<sup>92</sup> Ello puede colegirse, a modo de ejemplo, de lo expresado por PULGAR EZQUERRA, Juana (2016) *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, 2ª edición, Madrid: Editorial Wolter Kluwer, p. 902.

de personas físicas en general, que habrían influido en que el concepto de "alivio de la deuda" haya sido asociado, e incluso haya sido considerado como sinónimo, de la expresión "descarga de la deuda". En efecto, comprendiéndose relativamente bien la expresión descarga de la deuda como una herramienta que propicia la liberación de las obligaciones del deudor, a medida que los procesos de bancarrota y de insolvencia eran aplicables a los deudores personas físicas, y distinguiéndose bien la noción de descarga de la deuda de la noción de liberación del deudor de la prisión, la descarga de la deuda se fue convirtiendo en el único mecanismo que hizo efectivo en la práctica, o possibilitó, la solución o escape al problema de la crisis económico-financiera del deudor, esto es, les "alivió" de las deudas. Desde este punto de vista, la confusión conceptual se produce debido a que a través de la descarga de la deuda se lograría aliviar la sobre carga de deudas del deudor. En esta visión, la expresión "descarga de la deuda" es considerada como sinónimo de "alivio de la deuda del deudor", desde donde comprendemos que la expresión "alivio del deudor" sea entendida dentro de las consecuencias que la descarga de la deuda produce en el procedimiento concursal.

Entendiendo nosotros que la expresión "alivio del deudor" alude al objetivo del procedimiento concursal de persona física, ¿qué debemos entender por tal?, ¿qué elementos configuran un "alivio" para el deudor?.

Aunque hoy en día es mal entendida como sinónimo de "descarga de la deuda", es un hecho que históricamente la expresión "alivio del deudor", aunque ligada a la descarga, tiene implicancias distintas. Comprendiendo que la expresión "descarga de la deuda" se refiere a la liberación o alivio de la deuda u obligaciones de un deudor, históricamente la expresión "alivio del deudor" ha hecho y hace referencia, o es indicativa, de un estado de cosas en el que, no vinculándose solo a las obligaciones de un deudor, se encuentra liberado de circunstancias de vida perjudiciales originadas en dificultades económico-financieras causadas por, o con origen en, el incumplimiento de las obligaciones.

En efecto, con origen en las formas compulsivas de cobro de los acreedores posibilitadas por los ordenamientos, el deudor persona física, sea comerciante o no comerciante, ha padecido históricamente circunstancias de vida que lo han mantenido, a su persona y entorno familiar cercano, en estados de existencia perjudiciales o desmejorados. En tal contexto, la prisión y el mantenimiento de las deudas eternamente han tenido como repercusión el sometimiento del deudor a un estado que, independientemente del grado de responsabilidad, negligencia o culpa en las causas del

incumplimiento de sus obligaciones, imponen o constituyen precarias condiciones de vida, esto es, deficientes, inestables o inseguros modos de desarrollo de su existencia y de su entorno familiar, que le privan de una calidad de vida<sup>93</sup>, a saber, un estado de bienestar caracterizado por un conjunto de aspectos o capacidades de hacer, ser y operar individual y colectivamente en un espacio y tiempo social determinados<sup>94</sup>.

Comprendiéndose que las condiciones de vida de un individuo son afectadas, positiva o negativamente, por la variación positiva o negativa de circunstancias determinadas de un ámbito particular de la existencia del ser humano, como es el ámbito económico y financiero, cuya variación dependerá de hechos puntuales de la vida que lo afectan o benefician; la noción de "alivio del deudor" es indicativa y/o descriptiva del estado de cosas en que el deudor pasa desde un escenario de precarias condiciones de vida a uno en que posee estables, seguros y eficientes modos de desarrollo de su existencia y entorno familiar cercano, que le permiten una calidad de vida. Así entendido, el "alivio del deudor" da cuenta del rescate, solución o salida del problema de la precariedad de condiciones de vida que padece un deudor y su familia con motivo de una variación negativa de las circunstancias del ámbito económico y financiero del deudor causada por el hecho del incumplimiento de sus obligaciones.

Bajo tales consideraciones, comprendemos que la noción de "alivio del deudor" contempla un estado de cosas relativo al deudor mayor que la noción de "descarga o alivio de la deuda". Mientras aquella se refiere a todo el estado de circunstancias de la vida del deudor, entre las cuales encontramos, en efecto las circunstancias económicas y financieras, pero de igual manera sociales, culturales, físicas y psíquicas, entre otras; en la segunda, en referencia al objetivo de la descarga o alivio de la deuda residual, y en el subconjunto de circunstancias relativas al ámbito económico y financiero del deudor, es indicativa del estado en que el deudor es liberado de la sobrecarga de obligaciones que no había podido asumir. Así las cosas, la noción de "descarga de la deuda" da cuenta o es descriptiva del estado del deudor en que pasa desde el agobio de las deudas al alivio, entendido como liberación, descongestión o desahogo del sobre peso, ahogo o abrumadora carga de las deudas existentes en su patrimonio.

---

<sup>93</sup> GARCÍA GARCÍA, Emilio (1999) "Derechos humanos y calidad de vida", en González, Graciano, *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 148.

<sup>94</sup> GARCÍA GARCÍA (1999) "Derechos humanos...", cit., p. 148, plantea aspectos materiales, psicológicos y socioculturales.

Desde este punto de vista, aunque los procedimientos de bancarrota de personas físicas surgen históricamente en torno a la idea de descarga de la deuda, la misma se configura —aunque en los inicios de la normativa de bancarrota como el único mecanismo para obtener el logro del objetivo de las normas de bancarrota de personas físicas comerciantes y no comerciantes— en una forma o modo de materialización de la idea de alivio del deudor persona física. En tal concepción, aunque un procedimiento concursal de persona física contiene o debe contener la posibilidad de que el deudor pueda ser liberado o aliviado de sus obligaciones (descarga de la deuda), la descarga de la deuda no será la única forma de materializar la noción de alivio del deudor, esto es, el logro de la solución o escape al problema de la precariedad de condiciones de vida originadas en el hecho del incumplimiento de las obligaciones del deudor.

### **3. Justificaciones de la descarga de la deuda o *discharge*.**

Si no existe unanimidad entre los autores de que el principal objetivo del procedimiento concursal de la persona física es otorgar un *fresh start* al deudor a través de la descarga de deudas, existen diversas teorías que pretenden justificar el *discharge* desde sus orígenes<sup>95</sup>. De acuerdo a lo comentado en el apartado anterior, las teorías que pretenden justificar la descarga de la deuda, en un afán generalista, se extienden para presentarse como justificativas del objetivo de otorgar un alivio al deudor. La consecuencia de ello, según podemos apreciar, es que tergiversándose la justificación y objetivo de la normativa concursal de persona física, la regulación propiamente tal se presenta variada y en algunas ocasiones contraria a lo que, entendemos, es la verdadera justificación y objetivo del sistema de derecho concursal de persona física.

Sentado lo anterior, y de manera breve, las diversas corrientes dogmáticas que han intentado dar razón a la descarga de la deuda son:

La teoría de la cooperación del deudor (*debtor cooperation theory*), que entiende que el descargo de deudas se constituye en un incentivo para que el deudor coopere en

---

<sup>95</sup> Si bien en época actual encontramos diversos autores que se dedican a justificar el *discharge* de deudas, de acuerdo a TABB, Charles J. (1990) "The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate", en *Geo. Wash. L. Rev.*, N° 59, p. 90, desde hace siglos que se ha intentado dar explicación a su existencia. Explica que William Blakstone, ya en el siglo XVIII señalaba que el *discharge* permite al concursado convertirse de nuevo en un miembro útil para el territorio; posteriormente, explica, Harold Remington habría identificado tres razones para el *discharge*: "[1] *that it was just and humane to the debtor himself*, [2] *that it aided creditors in discovering and recovering assets*, and [3] *that it was in the interest of a sound public policy not to keep the debtor forever in bondage to his debts, but to restore his energies to the business community*."

el procedimiento concursal<sup>96</sup>. Tal teoría se orienta en las concepciones críticas de la originaria regulación de bancarrota de comerciantes y no comerciantes que pretendían otorgar un alivio de la deuda para el deudor persona física. Para las doctrinas críticas, esta era una concepción que posibilitaba contrarrestar los supuestos abusos del deudor y propiciar una regulación favorecedora de los intereses de los acreedores.

En contraposición a la anterior, la teoría de la limitación de responsabilidad describía a la descarga de la deuda —en los orígenes para comerciantes, y posteriormente para no comerciantes— como una herramienta que posibilita limitar la responsabilidad de las personas naturales<sup>97</sup> al imponer al acreedor el deber de soportar el riesgo de incumplimiento en las transacciones<sup>98</sup>. Considerándose que son los acreedores los que se encuentran mejor capacitados<sup>99</sup> para evaluar el riesgo de la inversión del deudor, de manera tal de tomar las precauciones necesarias<sup>100</sup>, se precisa una herramienta para limitar la responsabilidad de las personas naturales deudoras o *borrowers* frente a sus acreedores o *lenders*<sup>101</sup>. El *discharge* cumple este objetivo<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> TABB (1990) "The scope...", cit., p. 90; CZARNETZKY, John M. (2000) "The Individual and Failure: A Theory of the Bankruptcy Discharge", en *Aroz. St. L.J.*, N° 32, p. 395; TABB (1991) "The historical...", cit., p. 364; SOUSA, Michael D. (2010) "The principle of consumer utility: a contemporary theory of the bankruptcy discharge", en *U. Kan. L. Rev.*, N° 58, p. 584.

<sup>97</sup> Así, JACKSON, Thomas H. (1985) "The fresh-start policy in bankruptcy law", en *Harv. L. Rev.*, Volumen 98, p. 1400, aunque la considera no apta para justificar el *discharge* puesto que, en p. 1401, señala que la modificación del riesgo no otorga más que una presunción en favor del deudor que puede ser alterada contractualmente, sin explicar la teoría por qué esta presunción debería ser considerada como una regla general de irrenunciable *discharge*.

<sup>98</sup> A esto creemos que se refiere LANDRY, Rober J. y MARDYS, Nancy H. (2006) "Consumer bankruptcy reform: debtors' prison without bars or "just desserts" for deadbeats?", en *Golden Gate U. L. Rev.*, N° 36, p. 93, al relacionar el riesgo en la estructura económica y la necesidad de una herramienta para direccionar fallas, expresando que "*Bankruptcy provides a way to address financial failures and acts as a "safety valve" to add a component of social stability in the United States.*"

<sup>99</sup> De manera minoritaria, EISENBERG, Theodore (1981) "Bankruptcy law in perspective", en *UCLA L. Rev.*, Volumen 28, pp. 982 y 983, difiere de esta estimación, considerando que los deudores se encuentran mejor capacitados que los acreedores para determinar si adquieren excesivas obligaciones y para asegurarse ante los riesgos propios de la inversión, por lo que desde este punto de vista un *discharge* para la persona física no se justifica puesto que el deudor contaría con las herramientas para optar por la mejor opción en el mercado del crédito. TABB (1990) "The scope...", cit., pp. 101 y 102; HOWARD, Margaret (1987) "A theory of discharge in consumer bankruptcy", en *Ohio St. L.J.*, Volumen 48, p. 1065.

<sup>100</sup> JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1400; HOWARD (1987) "A theory...", cit., p. 1063, el acreedor o *lender* "[...] may have substantially more control over the risk than initially appears. Thus, lenders are better able to control the incidence of default by manipulation of credit standards and by more thorough credit investigations."

<sup>101</sup> De acuerdo a JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1400, POSNER, Richard A. (1976) "The rights of creditors of affiliated corporations", en *U. Chi. L. Rev.*, N° 43, pp. 507 a 509, da cuenta de dos razones por las que debe limitarse la responsabilidad del deudor en el ámbito de las empresas: porque los acreedores de una empresa se encuentran en mejor posición para evaluar el riesgo de proporcionar crédito a la empresa, y porque es beneficioso para los accionistas que son probablemente más adversos al riesgo que los acreedores y pueden estar dispuestos a pagar para que estos lo asuman. Ello, según el autor, y por extensión, sirve como base de argumento para limitar la responsabilidad de las personas naturales que participan en el mercado del crédito.



puesto que traslada el costo de un sobre excesivo crédito desde el deudor al acreedor<sup>103</sup>, y con ello fomenta la participación de los individuos en la economía del crédito<sup>104</sup>. Sobre esta base justificativa es que se incorpora la descarga de la deuda, a inicios del S.XVIII, a la legislación de bancarrota de comerciantes. Por otro lado, esta concepción de la descarga de la deuda es retomada a principios del S.XX con la proliferación del otorgamiento de crédito a las personas físicas y la necesidad de establecimiento de mecanismos que permitieran una recuperación de los deudores quienes, como motores de la economía, posibilitaban el consumo.

Comprendiéndose a la descarga de la deuda como un beneficio para el deudor persona física, y vinculada a los ideales del renacimiento que habrían proliferado a finales del S.XVII e influenciado de manera directa la incorporación del alivio de la deuda en la legislación de bancarrota de persona física, la descarga se presenta como una herramienta que posibilita recobrar el especial valor de la dignidad de los seres humanos abrumados por las deudas. En este contexto, se ha indicado que la evolución del derecho concursal desde uno represivo y castigador hacia uno preocupado por la mala fortuna del deudor, importa un reconocimiento por parte de la legislación, a través del descargo de deudas<sup>105</sup>, de la inherente dignidad de cualquier ser humano<sup>106</sup>, de manera tal de serle otorgada una oportunidad para vivir en condiciones económicas básicas que respondan a tal naturaleza<sup>107</sup> y permita ponerle en el camino de la auto determinación<sup>108</sup> como miembro que contribuye a la continua existencia de la sociedad<sup>109</sup>. En esta misma línea, considerándose que la preservación de la dignidad del

---

<sup>102</sup> Para EISENBERG (1981) "Bankruptcy...", cit., p. 981, "A discharge system provides a technique for allocating the risk of financial distress between a debtor and his creditors."

<sup>103</sup> HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 98, expresa que "[...] the existence and availability of the discharge operate to allocate risks."

<sup>104</sup> TABB (1990) "The scope...", cit., p. 100.

<sup>105</sup> La necesidad de que el derecho reconozca ciertos bienes o valores determinados bajo los requerimientos del razonamiento práctico es esencial. Así, FLINT, Richard E. (1991) "Bankruptcy Policy: toward a moral justification for financial rehabilitation of the consumer debtor", en *Wash. & Lee L. Rev.*, Volumen 48, p. 536.

<sup>106</sup> TABB (1990) "The scope...", cit., p. 95, señala que el primer aspecto de la teoría es el reconocimiento y facilitación de la dignidad humana de la persona, la cual se encuentra socavada por las agobiantes obligaciones.

<sup>107</sup> FLINT (1991) "Bankruptcy...", cit., p. 543.

<sup>108</sup> SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 588. KRONMAN, Anthony T. (1983) "Paternalism and the law of contracts", en *Yale L.J.*, Volumen 92, N° 5, pp. 785 y 786.

<sup>109</sup> FLINT (1991) "Bankruptcy...", cit., p. 536, expresa que "The freeing of human capital provides an individual debtor with the ability to maintain a minimum standard of living and puts him back on the road to self-determination [y en p. 573, en torno al reconocimiento de la dignidad humana de toda persona, señala que, ...] acknowledges a nation's awareness that the basic economic conditions of human well-being are essential to society's continued existence and are due members of society as inalienable rights.". Aunque no adscribiendo a esta teoría, JACOBY, Melissa B. (2001) "Collecting debts from the ill

ser humano ha sido siempre unpreciado valor<sup>110</sup>, explica que el olvido de deudas, obligado por consideraciones éticas o morales<sup>111</sup>, es apropiado como una herramienta con función restaurativa para deudor<sup>112</sup> y acreedor<sup>113</sup>, puesto que para el primero significa el poder volver a ser un miembro productivo de la sociedad<sup>114</sup>, mientras que para el segundo importa un reestablecimiento, aunque sea en parte, del desequilibrio surgido con ocasión del incumplimiento del deudor<sup>115</sup>.

Vinculada a la doctrina anterior, la teoría humanitaria (*humanitarian theory*) considera que la liberación de deudas, siendo un acto de clemencia hacia un ser humano abrumado por deudas, justifica su incorporación en el procedimiento<sup>116</sup>, al ser el trato humanitario una obligación de la sociedad<sup>117</sup>. Esta concepción de la descarga de la deuda es la que habría surgido a fines del S. XVIII como consecuencia de los movimientos sociales en pro de la erradicación de las severas condiciones de vida que se padecían en las cárceles de deudores y habría contribuido a influenciar, aunque no de manera determinante, la incorporación de la descarga de la deuda en las legislación de bancarrota para personas físicas no comerciantes.

Para otros autores, en la denominada teoría del beneficio social, la justificación del *discharge* se encuentra en la generación de consecuencias positivas en la sociedad,

---

and injured: the rhetorical significance, but practical irrelevance, of culpability and ability to pay", en *Am. U. L. Rev.*, Volumen 59, p. 239, considera que otorgar alivio al deudor significa obtener beneficios sociales y económicos para la comunidad.

<sup>110</sup> GROSS, Karen (1986) "Preserving a fresh start for the individual debtor: the case for narrow construction of the consumer credit amendments", en *U. Pa. L. Rev.*, Volumen 135, p. 74.

<sup>111</sup> CZARNETZKY (2000) "The Individual...", cit., p. 395, citando a GROSS, Karen (1999) *Failure And Forgiveness: Rebalancing The Bankruptcy System*, Estados Unidos: Yale University Press.

<sup>112</sup> Desde nuestro punto de vista, a esta teoría se adscribiría HARRIS, Steven L. (1982) "A reply to theodore eisenberg's bankruptcy law in per spective", en *UCLA L. Rev.*, Volumen 30, p. 341, al expresar que el *discharge* "[...] it promotes the debtor's rehabilitation by giving him sufficient freedom from the demands of his creditors and sufficient assets of the appropriate kind to enable and motivate him to become an economically productive member of society."

<sup>113</sup> SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 588.

<sup>114</sup> GROSS (1999) *Failure...*, cit., p. 94. Explica en p. 102, que las razones humanitarias pueden también trasladarse a razones de beneficio económico. TABB (1990) "The scope...", cit., p. 95, respecto de lo que considera el segundo aspecto trascendental de la teoría y ante la cuestión del cómo la sociedad se beneficia del reestablecimiento de la dignidad del deudor, responde que "*Society supposedly benefits through the promotion of humanitarian values, which "makes us all better people," and through the reintroduction into the community of more "worthy" people.*". A esto parece estarse refiriendo WARREN, Elizabeth (1997) "A principled approach to consumer bankruptcy", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 71, p. 492, al señalar respecto del deudor que "*They need the chance to remain productive members of society, not driven underground or into joblessness by unpayable debt.*". GROSS (1986) "Preserving...", cit., p. 74.

<sup>115</sup> GROSS (1999) *Failure...*, cit., p. 94. SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 588.

<sup>116</sup> A la teoría humanitaria se adscribe CURRIE, Sean C. (2009) "The multiple purposes of bankruptcy: restoring bankruptcy's social insurance function after BAPCPA", en *DePaul Bus. & Comm. L.J.*, Volumen 7, pp. 243 y 244. WEISTART, John C. (1977) "The costs of bankruptcy", en *Law & Contemp. Probs.*, Volumen 41, p. 111, señala que la doctrina del *fresh start* en el actual sistema parece estar alentada principalmente por preocupaciones humanitarias. SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 587.

<sup>117</sup> CZARNETZKY (2000) "The Individual...", cit., p. 395.

esto es, en un beneficio social<sup>118</sup>. La descarga extiende bienestar a un determinado núcleo de personas, distintas al deudor y acreedor y externas al concurso, las cuales encontrándose también afectadas por el estado de sobreendeudamiento del deudor, son igualmente beneficiadas de manera indirecta por el alivio de deudas<sup>119</sup>. Tales consecuencias o efectos del *discharge* en terceras personas han sido denominados *negative externalities*, expresión que en estricto rigor hace referencia al costo que se produce para otras personas por la aplicación o no aplicación del descargo de deudas al deudor<sup>120</sup>, y donde la más obvia externalidad sería la que se impone en los dependientes o familia del deudor<sup>121</sup>. El *discharge* ayudaría a evadir o reducir los costos que la insolvencia del deudor produce en un amplio número de personas<sup>122</sup>. Aunque si bien esta doctrina no presenta propiamente tal una justificación particular de la descarga de la deuda, puede entenderse complementaria de la idea de la descarga de la deuda como un beneficio, no tan solo para el deudor, sino también para la comunidad en general, especialmente para aquellas personas directamente vinculadas con el deudor.

Teorías modernas, originadas tras la proliferación del masivo otorgamiento de crédito a personas físicas, consideran la descarga de la deuda como una herramienta para mitigar los problemas de falta de competencia de la persona física para desenvolverse de manera beneficiosa en el mercado. Así, en una visión particularmente negativa del ser humano, la teoría del control de impulso (*impulse control*) y estrategia heurística incompleta (*incomplet heuristic*) se centran en la debilidad o fragilidad humana<sup>123</sup>. En la primera, y como justificación volitiva, el *discharge* sirve como un mecanismo de control de la conducta impulsiva de las personas para incurrir en deudas sin tomar en cuenta o apreciar<sup>124</sup> los tardíos efectos que el endeudamiento puede tener

---

<sup>118</sup> TABB (1990) "The scope...", cit., p. 94.

<sup>119</sup> Esta sería la visión del Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de la persona natural, al indicar que "Los objetivos principales de un régimen de insolvencia de las personas naturales se basan, de este modo, no tanto en los beneficios aislados de acreedores y deudores concretos, sino más bien en los beneficios más extendidos para la sociedad en general, en la que esos acreedores y deudores influyen indirectamente de diversas maneras. GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 235. JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1418.

<sup>120</sup> JACKSON, Thomas H. (1986) *The logic and limits of bankruptcy law*, Estados Unidos: Harvard University Press, pp. 244 y 245. TABB (1990) "The scope...", cit., p. 94, nota 273, siguiendo a JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1418.

<sup>121</sup> JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1419, señala que "*Family members and perhaps even close friends who depend on another individual for support need discharge to safeguard their own financial or psychological well-being.*"

<sup>122</sup> JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1418.

<sup>123</sup> CZARNETZKY (2000) "The Individual...", cit., p. 395.

<sup>124</sup> JACKSON (1986) *The logic...*, cit., p. 236. JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1408, considera una incapacidad de las personas para controlar sus impulsos a la hora de actuar, lo que a su turno priva a sus actos de una ponderación racional de las consecuencias sobre los intereses individuales a largo plazo.

en su bienestar financiero<sup>125</sup>. En la segunda, siendo una justificación cognitiva, el *discharge* se justifica en la necesidad de contar con una herramienta que alivie al deudor de los efectos adversos de una actividad respecto de la cual se encontraría en estado de desconocimiento<sup>126</sup> de los riesgos asumidos<sup>127</sup>.

Las teorías económicas (*economic theory*) modernas, originadas a mediados del S.XX y con afán de contrarrestar los ideales teóricos del derecho de protección de los consumidores incorporados al derecho concursal, evalúan el *discharge* como herramienta de eficiencia económica del mercado del crédito a través del retorno del deudor a las actividades productivas<sup>128</sup> o fomento de la participación de los individuos en el mismo<sup>129</sup>. Así, algunos estiman que la única<sup>130</sup> justificación relevante para la descarga es restaurar la capacidad del deudor para participar en la economía del crédito<sup>131</sup>. Algún otro<sup>132</sup> lo entiende como herramienta para resolver la tensión entre la libertad de contratación y libertad de acción en el mercado<sup>133</sup>, donde el *discharge* se constituye en mecanismo que, manteniendo el principio de libre contratación<sup>134</sup>, permite al mismo tiempo que los individuos que desean emprender aumenten su confianza,

---

<sup>125</sup> SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 586; JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1409.

<sup>126</sup> JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1411, parte de la base que al asumir deudas, y producto de una ineficiente utilización de las herramientas para el tratamiento y evaluación de la información (*incomplete heuristic*), los consumidores sobre estiman el éxito e infravaloran los riesgos futuros de sus actos. En el mismo sentido, ESPY, J. Kaz (2005) "Chapter 7 bankruptcy and section 707(b): should the subjective "substantial abuse" standard be replaced by an objective "means-testing" formula?", en *Mercer L. Rev.*, Volumen 56, p. 1414.

<sup>127</sup> JACKSON (1986) *The logic...*, cit., p. 241. JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1414, señala que "The problem [sobre las consecuencias adversas de la *incomplete heuristic* y el aseguramiento de que las decisiones del deudor reflejen adecuadamente sus pretensiones y necesidades presentes y futuras] is not one of "pure" irrationality but one of incomplete information - an incompleteness unknown to the individual [con lo que...] the need to redress this problem offers a second normative justification for a nonwaivable right of discharge, one that complements the need for impulse control.". SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 587.

<sup>128</sup> CZARNETZKY (2000) "The Individual...", cit., p. 396.

<sup>129</sup> HOWARD (1987) "A theory...", cit., p. 1063, señala que "Inevitably, discussion of participation in the open credit economy raises questions of the impact of bankruptcy discharge on the economic efficiency of the credit market."

<sup>130</sup> HOWARD (1987) "A theory...", cit., p.1069, expresa que "Once the normative, ethical, and psychological factors are set aside, only the rehabilitative purpose of restored participation in the open credit economy remains as a meaningful goal of discharge". A esta postura pareciera adscribir PORTER, Katherine y THORNE, Deborah (2006) "The failure of bankruptcy's fresh start", en *Cornell L. Rev.*, Volumen 92, p. 73.

<sup>131</sup> HOWARD (1987) "A theory...", cit., p. 1069. SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 589.

<sup>132</sup> CZARNETZKY (2000) "The Individual...".

<sup>133</sup> CZARNETZKY (2000) "The Individual...", cit., p. 397, señala que el *discharge* implica dos pilares de la vieja tradición económica liberal: "freedom of contract and freedom from interference by third parties (especially the government) in the marketplace."

<sup>134</sup> De acuerdo a CZARNETZKY (2000) "The Individual...", cit., p. 412, el principio de libertad de contratación, que ejerce un control y coerción en los individuos a través de los remedios al incumplimiento que favorecen a los acreedores, restringe la elección empresarial de las personas y por tanto su posible participación en el mercado.

fomentando de esta forma su participación en el mercado<sup>135</sup>. Finalmente, se ha estimado también que la descarga de la deuda, contribuyendo al reparto del riesgo de incumplimiento entre deudor y acreedores, justifica el aseguramiento del crédito en beneficio del acreedor<sup>136</sup>.

#### **4. La fundamentación y función del moderno procedimiento concursal del deudor persona física.**

La concepción moderna de la descarga de la deuda se presenta orientada desde diversas perspectivas, las cuales buscan realzar una función de la normativa concursal de persona física en beneficio, sea de deudor o de los acreedores. Sin perjuicio de ello, no se debe desconocer que, aunque la descarga de la deuda es el elemento que históricamente ha posibilitado la materialización práctica de la idea de alivio del deudor, la función de las normas concursales, desde los orígenes de la regulación de bancarrota para los deudores comerciantes, hasta las regulaciones de insolvencia de los deudores personas físicas no comerciantes como la conocemos en la actualidad, ha estado ligada a una necesidad constante, y que se reitera a lo largo del tiempo, de otorgar un beneficio a los deudores en situación de crisis económica y financiera.

Aunque las teorías económicas justificativas de la descarga de la deuda pretenden modelar una normativa concursal de persona física beneficiosa para los acreedores, especialmente a partir del contexto histórico donde aflora la concesión de crédito a las personas físicas no comerciantes y, con mayor preponderancia, una vez que las doctrinas de protección de los derechos de los consumidores vierten sus consecuencias en el ámbito concursal; a través del análisis histórico podemos afirmar que la descarga de la deuda, antes de constituirse en una herramienta que posibilita el logro de determinados fines asociados a la satisfacción de los intereses de los acreedores, se gesta y encuentra sus hitos de desarrollo en la necesidad de una preocupación y solución de las consecuencias negativas en las condiciones de vida del deudor, de la situación de endeudamiento, producidas por circunstancias históricas

---

<sup>135</sup> CZARNETZKY (2000) "The Individual...", cit., p. 409, citando HARPER, David (1998) "Institutional Conditions for Entrepreneurship", en *Advances in austrian economics*, N° 5, Peter J. Boettke & Sanford Ikeda eds., pp. 251 - 271.

<sup>136</sup> HOWARD (1987) "A theory...", cit., p. 1048, estima que la atribución del riesgo de pérdida entre acreedor y deudor asociado al incumplimiento de la obligación, es una de las cinco distintas políticas que se ha utilizado para justificar los aspectos del *discharge* del *Bankruptcy Code*.

desfavorables en el ámbito económico-financiero, como son, el carácter coercitivo de las formas de cobro de las deudas reflejado en la prisión por deudas hasta el S. XVIII y las consecuencias devastadoras de frecuentes guerras y crisis económicas de los S. XIX y XX.

Desde este punto de vista, naciendo y desarrollándose una serie de mecanismos en torno a la idea de necesidad de otorgar una solución a la situación desfavorable del deudor con obligaciones imposibles de asumir, entre las cuales la descarga de la deuda destaca por ser la solución de *ultima ratio* a la problemática de la crisis económico financiera del deudor persona física, y por ser el mecanismo que en mayor medida colisiona con los intereses de los acreedores y la visión que por siglos se había mantenido de las normas de cobro de las deudas como coercitivas y preocupadas por los intereses de los acreedores; las teorías económicas buscan en la modernidad una reivindicación del carácter provechoso para los acreedores de la normativa concursal.

En efecto, se aprecia que desde la incorporación del mecanismo de descarga de la deuda en los procedimientos concursales a inicios en el S. XVIII y hasta principios del S.XX, la normativa de bancarrota orientada a la personas física había surgido, y paulatinamente había venido desarrollándose, con un marcado carácter benéfico hacia los intereses de los deudores. En tal sentido, las leyes inglesas de 1706, de 1736, de 1869, y las estadounidenses de 1800, de 1841, de 1889, e incluso la de 1978, progresivamente habían venido incorporando elementos que en su conjunto permiten dar cuenta de un manifiesto estado de consenso y un carácter benéfico y protector de los intereses de los deudores de la legislación concursal de persona física. No es sino hasta mediados del S.XX que las teorías económicas de la descarga de la deuda pretenden reivindicar los intereses de los acreedores, resurgiendo tras haber estado silentes a raíz de la normativa por casi doscientos cincuenta años. Es a partir de mediados del S.XX que las teorías económicas pretenden retornar al fundamento que, según indican aquellos teóricos, habría sido el determinante en la configuración del procedimiento concursal de la persona física, esto es, que constituyendo la descarga de la deuda un incentivo o estímulo para el deudor a cooperar con sus acreedores, la función principal del procedimiento concursal sería uno de protección de los intereses de cobro de los acreedores<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> KILBORN, Jason J. (2003) "Mercy, rehabilitation, and quid pro quo: a radical reassessment of individual bankruptcy", en *Ohio St. L.J.*, N° 64, p. 862.

Aunque las teorías económicas pretendan reivindicar los intereses de los acreedores y moldear una normativa concursal beneficiosa para los mismos, es imposible desconocer que, a partir del reconocimiento del problema de la crisis económico financiera del deudor persona física y de la necesidad de otorgar una solución a finales del S. XVII, el carácter protector de los mecanismos de solución surgidos y desarrollados a lo largo del tiempo, ha manifestado, impreso y tornado inherente, un carácter benéfico a la normativa de bancarrota primero, de insolvencia posteriormente y concursal en el vocablo moderno, de la persona física. A su turno, tal carácter inherente de la normativa de bancarrota de la persona física surgido a principios del S.XVIII lleva implícito, o contiene subyacente en su esencia, el objetivo de otorgar una liberación o alivio a la situación de crisis financiera del deudor persona física.

Así las cosas, si la normativa anterior al S.XVIII contemplaba mecanismos de cobro de las deudas con un marcado carácter coercitivo hacia el deudor y benéfico hacia los intereses de los acreedores, aquellas normas no pueden ser consideradas, propiamente tal, como configuradoras de un sistema de bancarrota para el deudor persona física. En efecto, la configuración de mecanismos de tratamiento del incumplimiento de los deudores, al principio solo comprendido para comerciantes, y que solo con el transcurso del tiempo decantó su aplicación para deudores personas físicas no comerciantes, en la forma de proceso o conjunto de actos concatenados encaminados a la solución de un problema jurídico determinado al cual subyace uno o algunos procedimientos judiciales *ad hoc* a tal finalidad, solo se produce con la introducción en los ordenamientos jurídicos, a partir del S.XVII, de herramientas cuyo objetivo principal es, en los inicios la liberación de las personas de las prisiones para deudores, y luego el alivio del deudor persona física, vinculados a una finalidad superior como es la solución al problema de la crisis financiera de los deudores personas físicas. Los procesos y procedimientos enmarcados en la normativa de bancarrota nacen, como tal, con un inherente carácter protector y benéfico hacia los deudores personas físicas circunscrito en la finalidad de lograr una solución al problema de la crisis económica financiera del deudor persona física, y que se ve reflejado en la naturaleza voluntaria y compositoria del procedimiento concursal mismo.

Desde esta consideraciones, la función de los procedimientos concursales de persona física es irradiada por el carácter inherente de su objetivo —otorgar un alivio al deudor persona física—, el cual surge a través de, primero una necesidad, y luego una exigencia de logro de su finalidad esencial y preponderante, otorgar una solución

definitiva al problema de la crisis financiera del deudor persona física. La función inherente del derecho concursal de personas físicas y, por tanto, de los procedimientos concursales de persona física y sus instituciones y mecanismos, es la solución definitiva al problema de la crisis económico financiera del deudor persona natural. Desde esta perspectiva, la denominada reivindicación que las teorías económicas pretenden efectuar de la función de cobro en beneficio de los acreedores de los procedimientos concursales, no puede considerarse apropiada puesto que en efecto la misma es improcedente; y ello es debido a que tal supuesta función nunca ha sido parte, a lo largo de la historia de origen y desarrollo de la normativa concursal de la persona física, de los mecanismos, herramientas o formulas destinadas a la solución del problema de la crisis económico financiera del deudor persona física, esto es, del procedimiento concursal propiamente tal.

## **5. ¿Qué debemos entender por *fresh start* en la moderna regulación concursal de la persona física?**

Que el derecho concursal de la persona natural no se constituya en una legislación económica cuya razón de ser se encuentra en la protección de la actividad económica y del mercado de consumo, sino que con mayor preeminencia, en una legislación social<sup>138</sup>, vinculada a la sociedad civil<sup>139</sup> y con efectos sociales<sup>140</sup>, cuyas características principales son, entre otras, el fomento del respeto de la dignidad humana y el hecho de tener efectos secundarios o indirectos en terceros<sup>141</sup> es evidente al tener

---

<sup>138</sup> RAYMOND, Guy (2008) *Droit de la consommation*, Paris: Editorial Lexis Nexis Litec, p. 321. FLINT, Richard E. (2012) "Consumer bankruptcy policy: ability to pay and catholic social teaching", en *St. Mary's L. J.*, Volumen 42, p. 336. SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 58, remarca la utilidad social de otorgar al deudor un *fresh start*. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 239, señala que proveer de un descargo de deudas al honesto pero desafortunado deudor se constituye en una forma de bienestar social en un sistema con limitados redes de protección.

<sup>139</sup> ZYWICKI, Todd J. (2000-2001) "Bankruptcy law as social legislation", en *Tex. Rev. L. & Pol.*, Volumen 5, N° 2, p. 395. Por su parte, a esto creemos se refiere ÁLVAREZ VEGA., María Isabel (2008) "El concurso del consumidor en España", en TOMILLO U., Jorge (director) y ÁLVAREZ R., Julio (coordinador), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra: Editorial Thomson Civitas, p. 304, al señalar que "En realidad, el sobreendeudamiento hace referencia a un problema más amplio con connotaciones no solo jurídicas y económicas sino también de claro cariz social y familiar."

<sup>140</sup> JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 239, señala que "*Although the unconditional discharge has some humanitarian justification, altruism is not the only basis. The standard justification for unconditional debt relief (unless the debtor chooses chapter 13) is that debt relief brings significant social and economic benefits to the larger community.*". Por su parte, GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 227.

<sup>141</sup> SKEEL, David A. (2014) "When should bankruptcy be an option (for people, places, or things)?", en *Wm. & Mary L. Rev.*, Volumen 5, p. 2236. En este sentido CURRIE (2009) "The multiple...", cit., p. 244.



presente el fundamento y finalidad del moderno procedimiento concursal de la persona física antes descrito.

Considerando todo lo anterior, especialmente la conclusión de que los procedimientos concursales conllevan la idea de otorgar un alivio al deudor, es que la expresión *fresh start*, que es traducida por algunos como nuevo comienzo, debe ser entendida en dos sentidos. En un sentido amplio, la locución expresa e informa la finalidad última del moderno procedimiento concursal de la persona física, esto es, el logro del "alivio del deudor" persona física. Por otro lado, sin perjuicio de lo anterior y como veremos, desde un sentido restringido, podemos considerar al *fresh start* como un elemento del procedimiento concursal de la persona física con una funcionalidad particular. Volveremos este último punto más adelante.

Desde una visión amplia del concepto, la legislación concursal de persona física busca otorgar protección y solución a un grupo especial de personas (deudores personas naturales), que se encuentran afectados por circunstancias económicas desafortunadas (problemas económico-financieros que se traducen en insolvencia o sobreendeudamiento<sup>142</sup>), y que repercuten en consecuencias desfavorables para su calidad de vida y la de sus familias (imposibilidad de desarrollo económico para su bienestar personal y familiar<sup>143</sup>).

La insolvencia o crisis económico-financiera de un deudor no solo le repercute problemas de incumplimiento de obligaciones y una permanencia de por vida con la carga de las deudas; problemas éstos que denominaremos directamente derivados de la insolvencia. Por otro lado, y además, trasciende en un padecimiento de precarias condiciones de vida, esto es, diferentes, deficientes, inestables o inseguros modos de desarrollo de su existencia y del de su entorno familiar, que le limitan o privan de un estado caracterizado por un conjunto de capacidades de hacer, ser y operar individual y colectivamente en un espacio y tiempo social determinados, una calidad de vida; problema este que denominaremos indirectamente derivado de la crisis económico-financiera, o bien, el problema subyacente a la insolvencia.

---

<sup>142</sup> En este contexto, LEVITIN, Adam J. (2009) "Resolving the foreclosure crisis: modification of mortgages in bankruptcy", en *Wis. L. Rev.*, p. 569.

<sup>143</sup> De esta forma, EFRAT, Rafael (1998) "The moral appeal of personal bankruptcy", en *Whittier L. Rev.*, Volumen 20, p. 141. WARREN (1997) "A principled...", cit., p. 492, describe al procedimiento concursal como una válvula de escape (safety valve) para tratar con las consecuencias financieras desafortunadas que pueden ocurrirle al deudor. JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1447 y JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 240.

La finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física es el logro del alivio del deudor; alivio entendido como solución; una solución que abarca tanto los problemas directos, como el problema indirecto o subyacente a la insolvencia del deudor persona física. *Fresh start* en sentido amplio alude a, y es descriptivo de, tal finalidad.

Ahora bien, comprendiendo la crisis económico-financiera del deudor como una circunstancia o situación de hecho que produce consecuencias altamente desfavorables para la calidad de vida del deudor y su entorno familiar, ello determina no solo la necesidad de solucionar los problemas actuales directa o indirectamente derivados de la crisis económico-financiera del deudor, sino que también la necesidad de prevenir una crisis económico-financiera futura. De esta forma, un *fresh start* en sentido amplio, o la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, se manifiesta a través de dos objetivos concretos: por un lado, tratar la insolvencia, y por otro, prevenir una futura. Los objetivos de la regulación concursal de la persona física son, por un lado solucionar el problema de la crisis económico-financiera, y por otro, prevenir o evitar los problemas subyacentes a la crisis económica y financiera del deudor persona física.

## **SECCIÓN 2ª. PRIMERA APROXIMACIÓN A "LOS TIPOS" DE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES DE LA PERSONA FÍSICA DESDE LA EXPERIENCIA COMPARADA.**

### **1. Notas introductorias.**

Motivados por las graves consecuencias de las crisis económicas en la persona física y su entorno familiar y social<sup>144</sup>, los ordenamientos comparados han instaurado

---

<sup>144</sup> En el derecho estadounidense, por ejemplo, COCO, Linda E. (2015) "Foaming the runaway" for homeowners: U.S. Bankruptcy Courts "preserving homeownership" in the wake of the home affordable modification program, en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, nº 23, pp. 429 y 430, plantea que la nueva política identificada como neoliberalismo o libre mercado que emergió en los últimos cuarenta años enfatiza una liberalización del mercado, una privatización de recursos, y una acumulación y consolidación de la riqueza. Como resultado de ello, el impacto de la crisis de la hipoteca de 2008 fue grande en la mediana y baja clase, donde "[...] *individual consumer borrowers are financially failing at ever increasing rates. Over sevenmillion homeowners have lost their homes since the crisis began.*". En el derecho francés, PAISANT, Gilles (2008) "La insolvencia de los consumidores en el derecho francés", en Tomillo Urbina, Jorge (director), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra: Editorial Thomson Civitas, p. 237, explica que el problema de la crisis de las familias se volvió complejo en Francia en los años 80, debido a las alzas en las tasas de interés en los créditos. En el ordenamiento alemán, KILBORN, Jason J. (2004) "The innovative german approach to consumer debt relief: revolutionary changes in german law, and surprising lessons for the United States", en *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Nº 24, p. 270. Respecto de los modelos concursales de la persona física europeos, NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna (1997) "Changing directions in

procedimientos concursales destinados, en principio<sup>145</sup>, al tratamiento y solución del problema económico financiero del deudor. Es así que en tales ordenamientos existen, al menos, dos grandes y genéricos mecanismos procedimentales para el tratamiento de la crisis económico-financiera del deudor. Tales mecanismos, aunque con objetivos que difieren el uno del otro, y que apuntan básicamente a la reorganización o renegociación y pago de la deuda o a la liquidación, bien se configuran u ordenan de manera separada el uno del otro en formato de procedimientos concursales independientes, bien como etapas o fases de un único procedimiento concursal.

Estados Unidos contempla tres procedimientos concursales a los que puede acogerse la persona física deudora<sup>146</sup>. Los mismos se encuentran regulados en los Capítulos 7, 11 y 13 del *Bankruptcy Code*, denominados respectivamente como *liquidation*, *reorganitacion* y *adjustmen of debts of an individual with regular income*. Configurados como procedimientos concursales separados e independientes y, en principio, de libre elección por el deudor, son los procedimientos concursales del Capítulo 7 y 13 los más utilizados por las personas físicas<sup>147</sup>, dedicados respectivamente

---

consumer bankruptcy law and practice in Europe and USA", en *Journal of Consumer Policy*, Nº 20, p. 134, refiriéndose a los cambios sociales que habrían influido para que los Estados europeos comenzaran a incorporar el *discharge* en sus ordenamientos.

<sup>145</sup> En este sentido, LICHTASH, Assaf (2011) "Realigning the american consumer bankruptcy system with the goals of the fresh start doctrine: a global comparative analysis", en *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, Nº 34, p. 171.

<sup>146</sup> De acuerdo a WHELAN, Roger M. y COHEN, Mandy S. (1994) "Consumer bankruptcy reform: balancing the equities in chapter 13" en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Nº 2, p. 166, la expresión *personal bankruptcy* (o concurso de la persona física) fue introducida al sistema concursal por la Chandler Act de 1938, la que enmendando la *National Bankruptcy Act* de 1898, establece el Chapter 13 o *Wage-Earner's Debt Adjustment Plan*. Así también, MATEJKOVIC, John E., y RUCINSKI, Keith (2004) "Bankruptcy reform": the 21st century's debtors' prison", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Nº 12, p. 481.

<sup>147</sup> LANDRY, Rober J. (2012) "Ethical considerations in filing personal bankruptcy: a hypothetical case study", en *Journal of Legal Studies Education*, Volume 29, Nº 1, p. 67. THOMPSON, Robert M. (1990) "Consumer bankruptcy: substantial abuse and section 707 of the bankruptcy code", en *Mo. L. Rev.*, Nº 55, p. 247. LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 579. De acuerdo a THIMMING, Paul J. (1980) "Adequate disclosure under chapter 11 of the bankruptcy code", en *S. Cal. L. Rev.*, Nº 53, p. 1527, "Chapter 11 is available to all business enterprises seeking reorganization under the Code including individuals, partnerships, and both public and private corporations.". Así también, MOLLER, Arthur L. (1980) "Chapter 11 of the 1978 bankruptcy code", en *N.C. L. Rev.*, Nº 58, p. 885. HENNIGAN, John P. (1991) "May an individual who is not engaged in business reorganize his financial affairs under chapter 11?", en *Preview U.S. Sup. Ct. Cas.*, p. 310, da cuenta de que la mayoría de los autores consideran que el Capítulo 11 solo es aplicable a *business debtors* y no a *consumer debtors*, aunque alguna doctrina señalaría que "An individual debtor without a business is unlikely to opt for the coplraltrative expense and complexity of Chapter 11 unless there are special circumlstnces, such Is Issets whose value can be better realized through reorganization and debts in excess of the Chalpter 13 limits.". En este sentido, para una visión pormenorizada de los argumentos que los autores y los tribunales superiores han utilizado para estimar la aplicación del Capítulo 11 a los *consumer debtors*, DALLON, Craig W. (1990) "Chapter 11 bankruptcy: is a consumer debtor eligible?", en *BYU L. Rev.*, pp. 1028 y sgtes.

a la liquidación de los bienes y al plan de pagos<sup>148</sup>, y que configuran lo que la doctrina ha denominado el *consumer bankruptcy system* u ordenamiento concursal de la persona física en el derecho estadounidense<sup>149</sup>.

En el derecho francés, la regulación del procedimiento concursal de la persona física se encuentra consagrada en el *Code de la Consommation* (C. Consom.) a partir de su modificación por diversas y sucesivas leyes que pretendieron otorgar cada vez mayor protección al deudor sobreendeudado<sup>150</sup>. El ordenamiento considera un procedimiento concursal que diferencia el ámbito de aplicación separada de sus dos grandes fases, una denominada *Redressement* o desendeudamiento o enderezamiento, que llevada a cabo ante la Comisión de Sobreendeudamiento (*Commissions de surendettement*)<sup>151</sup>, apunta a la renegociación y pago de la deuda; y la otra, denominada *Rétablissement personnel* o reestablecimiento personal, que apunta a la liquidación del deudor. Si bien el procedimiento de sobreendeudamiento de la persona física consta de dos fases, las cuales tienen aplicación de manera independiente, es posible apreciarlo como un procedimiento único o unitario que tiene su origen en la Comisión de

---

<sup>148</sup> LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 579. LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 96. De acuerdo a DALLON (1990) "Chapter 11...", cit., p. 1030, el Capítulo 13 contiene un procedimiento concursal específicamente establecido para los *consumer debtors* con ciertos requerimientos.

<sup>149</sup> SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 558, nota 33, indica que el término *consumer bankruptcy system* es considerado para referirse a las solicitudes de concurso bajo los Capítulos 7 o 13.

<sup>150</sup> Según PAISAN (2008) La insolvencia..., cit., p. 237, para denominar el problema del alza en las tasas de interés en los créditos se utilizó la palabra sobreendeudamiento (*surendettement*). La Ley de 31 de diciembre de 1989 introdujo este vocablo en el ordenamiento jurídico. Bajo la idea de que los procedimientos aplicables a los problemas financieros de empresas eran demasiado lentos y costosos, en 1989 el legislador francés decidió incorporar los dos procedimientos especialmente previstos para el deudor persona física: el acuerdo o arreglo amigable (*reglement amable*), y la recuperación o enderezamiento judicial civil (*redressement judiciaire civil*). Posteriormente, de acuerdo a RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 312, con las leyes de 1995 y 1998 se otorgó mayor protagonismo a la Comisión de Sobreendeudamiento, y se reglamentaron en favor del deudor las medidas de tratamiento del sobreendeudamiento. Sin ser suficientes tales modificaciones legislativas, con la Ley de 01 de agosto de 2003, se instituye un nuevo procedimiento judicial para el tratamiento de la insolvencia, que vino a complementar de mejor forma el procedimiento de acuerdo amigable. Es el procedimiento de reestablecimiento personal (*retablisement personnel*). PAISANT, Gilles (2003) "La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine", en *RTD Com.*, N° 4, p. 672, da cuenta que la ley tendría entre sus fundamentos otorgar solución al sobreendeudamiento pasivo. PAISANT (2008) "La insolvencia...", cit., p. 239.

<sup>151</sup> De acuerdo a VIGNEAU, Vincent y BOURIN, Guillaume-Xavier (2012) *Droit du surendettement des particuliers*, 2ª edición, Paris: Editorial Lexis Nexis, p. 149, la Comisión de Sobreendeudamiento, órgano de administrativo, se encarga de facilitar la adopción de una solución amigable destinada a resolver las dificultades encontradas por algún deudor para ejecutar o dar cumplimiento a sus obligaciones. El artículo L. 712-1 establece que las Comisiones de Sobreendeudamiento tienen por misión "[...] traiter, dans les conditions prévues par le présent livre, la situation de surendettement définie à l'article L.711-1."

Sobreendeudamiento<sup>152</sup>, regulado en un cuerpo normativo especial de protección de los consumidores como es el *Code de la Consommation*, y respecto del cual, fomentando las soluciones amigables<sup>153</sup>, se establece con objeto de otorgar protección a los intereses de los deudores personas físicas consumidoras. La desjudicialización y la simplificación de los procedimientos constituyen la piedra angular de esta regulación, para lo cual se reserva la actividad del juez a situaciones estrictamente necesarias en consideración a la preservación de intereses o derechos fundamentales de acreedores y deudor. De esta forma, el tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento conlleva un procedimiento del tipo administrativo, más que judicial<sup>154</sup>.

Alemania, por su parte, desde al año 1999 contempla en la InsO<sup>155</sup>, §§ 304 y siguientes y §§ 286 y siguientes, un único procedimiento concursal para la persona física configurado por dos grandes fases, el procedimiento de insolvencia del consumidor (*Verbraucherinsolvenzverfahren* §§ 304 y siguientes InsO), esencialmente de reestructuración de deudas y pago, y el procedimientos de alivio de la deuda residual (*Restschuldbefreiung* §§ 286 y siguientes InsO), que presentándose como una fase consecutiva en caso de falta de éxito de la primera, y aunque no se lleva a cabo sobre la base de un acuerdo o plan de liquidación judicial, se corresponde con una forma de procedimiento de liquidación aplazado en el tiempo.

---

<sup>152</sup> El artículo L. 712-2 otorga la facultad de determinar el curso del procedimiento de sobreendeudamiento a la Comisión, la cual podrá "[...] soit proposer ou prescrire des mesures de traitement dans les conditions prévues au titre III, soit recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisir, avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire dans les conditions prévues au titre IV."

<sup>153</sup> En este sentido KILBORN, Jason J. (2005) "La responsabilisation de l'économie: what the united states can learn from the new french law on consumer overindebtedness", en *Mich. J. Int'l L.*, Volumen 26, p. 635.

<sup>154</sup> PAISANT, Gilles (2010) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 4, pp. 803 y 805, expresa se desprende que los objetivos de la ley de 2010 fueron acelerar y simplificar los procedimientos y mejorar la situación del deudor. VIGNEAU, Vincent y LAURIAT, Adélaïde (2010) "La reforma du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1er juillet 2010", en *Recueil Dalloz*, N° 39 (Word); LAURIAT y VIGNEAU (2014) *L'insolvenza...*, cit., p. 51.

<sup>155</sup> WIEDEMANN, Rainer (2004) "Brauchen wir eine Reform der Verbraucherentschuldung?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 11, p. 649, explica que en un comienzo se había pretendido regular la insolvencia de los consumidores fuera de la InsO, debido a que este tipo de procedimientos no tendrían sentido en los consumidores privados, conduciendo a un aumento de la carga de los tribunales, y entendemos nosotros, los costos. Sin perjuicio de lo anterior, el Gobierno Federal no lo entendió de tal forma y en definitiva, se acordó el modelo actual, con el cual, la carga de la solución del conflicto entre deudor y acreedores motivado por la insolvencia de aquel debía transferirse a organismos no gubernamentales.

## 2. Procedimientos concursales o fases destinados a la reorganización o renegociación y pago de la deuda.

En el procedimiento concursal del Capítulo 13 del *Bankruptcy Code* estadounidense, conocido como un capítulo diseñado para el pago<sup>156</sup> o *wage earners plan*<sup>157</sup>, el deudor retiene todos sus bienes, exentos o no exentos<sup>158</sup>, debiendo no obstante comprometerse por el plazo de 3 o 5 años a pagar la totalidad o una parte de sus deudas, para lo cual celebrará con los acreedores un plan de pagos<sup>159</sup>, destinando a este efecto todos sus ingresos personales disponibles y no exentos<sup>160</sup>. El capítulo permite a las personas físicas retener sus bienes por el término del compromiso<sup>161</sup>, al tiempo que posibilita reestructurar<sup>162</sup> sus deudas y pagar a los acreedores de acuerdo a su capacidad de pago, la cual se ve reflejada en sus ingresos regulares<sup>163</sup>. A través de un plan de pagos<sup>164</sup>, que es diseñado y ofrecido por el mismo deudor al inicio del procedimiento concursal<sup>165</sup>, y que posee un especial contenido<sup>166</sup>, el deudor

---

<sup>156</sup> MYERS, Michael (2011) "Dewsnup strikes again: lien-stripping of junior mortgages in chapter 7 and chapter 13", en *Ariz. L. Rev.*, N° 53, p. 1338.

<sup>157</sup> LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97.

<sup>158</sup> STEINFELD, Shayna M. y STEINFELD, Bruce R. (2004) "A brief overview of bankruptcy and alimony/support issues", en *Fam. L.Q.*, N° 38, p. 128

<sup>159</sup> LICHTASH (2011) "Realigning...", cit., p. 174; TABB, Charles J. (2001) "The death of consumer bankruptcy in the united states?", en *Bankr. Dev. J.*, N° 18, p. 8.

<sup>160</sup> LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 579; LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 69; ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1389; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97. THOMPSON (1990) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 248.

<sup>161</sup> MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1339; WHELAN y COHEN (1994) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 166.

<sup>162</sup> De acuerdo a LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 579, a través de un plan de pagos el deudor es capaz de modificar la mayoría de los contratos de crédito, lo cual significa que puede cambiar tasas de interés, amortizaciones y términos de los créditos.

<sup>163</sup> KENNEDY, David (1981) "Bankruptcy reform act of 1978: chapter 13 cramdown of the secured creditor", en *Wis. L. Rev.*, p. 333, expresa que "*The purpose of Chapter 13 is to permit an individual debtor, under court supervision and protection, to avoid bankruptcy by formulating and carrying out a plan for the full or partial repayment of his debts over an extended period.*"

<sup>164</sup> COCO (2015) "Foaming the runway...", cit., p. 441.

<sup>165</sup> MATEJKOVIC y RUCINSKI (2004) "Bankruptcy "reform"...", cit., p. 484, señalan que, a través del plan de pagos, el deudor propone una proyección de ingresos mensuales y un presupuesto de gastos basados en sus actuales ingresos y en sus expensas de vida personales, descontadas las tasas federales, estatales y locales. Si de la propuesta aparece que el deudor propone solo los necesarios y ordinarios gastos, el *trustee* recomendará que el juez apruebe el plan; de lo contrario tanto este como los acreedores pueden plantear objeciones a la corte alegando que el deudor no cumple su obligación de entregar todos sus ingresos al beneficio de los acreedores en virtud de la sección 1325(b)(1)(B) del U.S. Code.

<sup>166</sup> Explicando el contenido del plan, MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1339, nota al pie N° 28, señala en atención a la sección 1322 del U.S. Code, que el plan debe establecer la sumisión de los ingresos del deudor necesarios para la ejecución del mismo plan de pagos, estableciendo el completo pago de todos los créditos establecidos en la sección 507, esto es, *secured loans*, debiendo además considerar el mismo tratamiento a los créditos que se encuentran en una misma categoría, pudiendo pagar menos que el monto total de los créditos con prioridad solo si el mismo plan da cuenta de que todos los

compromete los ingresos que pudiere obtener con posterioridad al inicio del procedimiento concursal, salvo aquellos montos expresamente exceptuados de acuerdo a la sección 522(b) del *Bankruptcy Code*, que establece la lista de las excepciones al activo del concurso<sup>167</sup>, para pagar sus deudas originadas con anterioridad a la solicitud de concurso<sup>168</sup>. Tales excepciones autorizan al deudor para retener algún valor de su propiedad después de la venta efectuada en el procedimiento concursal<sup>169</sup>. Desde este punto de vista, el Capítulo 13 es el procedimiento concursal buscado por los deudores para retener la vivienda que se constituye en residencia principal<sup>170</sup>.

---

ingresos disponibles proyectados del deudor por el periodo de cinco años serán destinados al pago de tales créditos bajo el plan.

<sup>167</sup> KEMNER, Matthew J. (1991) "Personal bankruptcy discharge and the myth of the unchecked homestead exemption", en *Mo. L. Rev.*, N° 56, p. 683, señala que la ley balancea el conflicto de intereses entre acreedores y deudor a través del uso de excepciones, que son categorías de propiedad que se encuentra más allá del alcance de estos últimos. De igual manera RESNICK, Alan (1978) "Prudent planning or fraudulent transfer? the use of nonexempt assets to purchase or improve exempt property on the eve of bankruptcy", en *Rutgers L. Rev.*, N° 31, p. 615, expresa que "By permitting the debtor to keep those assets necessary for his economic survival, state exemption laws fulfill important social policies which must be balanced against the need for creditor protection.". Por su parte, LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 68, nota 56, señala que "The exemption of certain basic assets is designed to provide debtors with a minimal amount of assets, so that they can move forward after bankruptcy. Exemptions are intended to serve as a protective measure for individual debtors and their families.". Así también, LOMBINO, Richard M. (1998) "Uniformity of exemptions: assessing the commission's proposals", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, N° 6, p. 177. El U.S. Code establece los bienes de propiedad del deudor que podrán ser exceptuados del activo concursal en la sección 522(d). Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de la sección 522(b) el Code, los Estados podrán determinar o fijar en el state law sus propias excepciones y permite a los deudores no utilizar las excepciones establecidas en el U.S. Code. Así lo explica, POWERS (2012) "Can you trust...", cit., p. 751; MATEJKOVIC y RUCINSKI (2004) "Bankruptcy reform"..., cit., p. 484; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 98, nota 46; BLOCH (2009) "Approaching the...", cit., p. 1753; WOLF, Sheryl S. (1997) "Divorce, bankruptcy, and metaphysics: avoidance of marital liens under § 522(f) of the bankruptcy code", en *Fam. L.Q.*, Volumen 31, N° 3, p. 517.

<sup>168</sup> MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1338; LI, Wenli (2007) "What do we know about Chapter 13 personal bankruptcy filings?", en *Business Review*, N° 4, p. 20.

<sup>169</sup> Según POWERS, Brian (2012) "Can you trust your trustee? expanding homestead exemptions to include rent-controlled leasehold interests", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, N° 20, p. 749 y BROWN, William H. (1997) "Political and ethical considerations of exemption limitations: the "opt-out" as child of the first and parent of the second", en *Am. Bankr. L.J.*, N° 71, p. 150. BLOCH, Amanda K. (2009) "Approaching the limits of the bankruptcy code: does Surcharging a debtor's exempt assets go too far?", en *U. Chi. L. Rev.*, N° 76, p. 1753, señala que las excepciones se justifican en la necesidad de otorgar un fresh start al deudor luego del procedimiento concursal con una adecuada calidad de vida. KIM, James W. (2010) "Saving our future: why voluntary contributions to retirement accounts are reasonable expenses", en *Emory Bankr. Dev. J.*, N° 26, p. 354, señala que las excepciones de bienes del activo concursal es un mecanismo para dar cumplimiento a los objetivos subyacentes del fresh start, donde además "The purpose of protecting assets in bankruptcy is generally understood to be to temper the harsh results of unrestricted enforcement of the debtor-creditor contract.". Así también, LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97, nota 43 y BROWN (1997) "Political and ethical...", cit., p. 169.

<sup>170</sup> MORINGIELLO, Juliet M. (2011) "Mortgage modification, equitable subordination, and the honest but unfortunate creditor", en *Fordham L. Rev.*, Volumen 79, p. 1604.

Reconociendo la legislación concursal estadounidense cuatro clases de créditos, administrativos, *secured*, *priority claims*, y *unsecured*<sup>171</sup>, en un procedimiento concursal del Capítulo 13 los créditos reciben diferente tratamiento dependiendo de si se tratan de *secured* o *unsecured*, entendiéndose estos últimos como aquellos respecto de los cuales, respectivamente, existe o no una garantía sobre la cual hacer efectivo el cumplimiento de la obligación<sup>172</sup>. En el plan de pagos, los primeros son llamados a recibir el valor total de su crédito, salvo que el deudor entregue la propiedad o el acreedor consienta en una alternativa distinta; mientras que los segundos, son llamados a recibir solo lo que eventualmente podrían haber recibido en una liquidación a través del Capítulo 7<sup>173</sup>, que generalmente, y dependiendo del tipo de *unsecured loan*, es cero<sup>174</sup>. Al concluir el término de compromiso la corte autorizará una descarga respecto de aquellas *unsecured debts* que no hubiesen sido consideradas en el plan<sup>175</sup>.

En el derecho de insolvencia de la persona física alemán, y destinado esencialmente al pago a los acreedores, el procedimiento de insolvencia o

---

<sup>171</sup> MATEJKOVIC y RUCINSKI (2004) "Bankruptcy "reform"...", cit., p. 483, señala que créditos "[...] *administrative [son] court costs and attorneys and other professionals fees, which are paid before other creditors*); [por su parte *secured loan son] those creditors holding a mortgage, lien, or other secured interest in the debtor's property, who must be paid in full, or have the right to take possession of the debtor's property if not paid*); *priority debt [son] unsecured debt which the Code requires payment of as a matter of public policy-such as alimony and child support pursuant to 11 U.S.C. § 507*); and *unsecured debt [son aquellas] debt incurred without the debtor granting any lien, mortgage, or other secured interest, such as credit card debt, medical bills, etc.*)."

<sup>172</sup> MATEJKOVIC y RUCINSKI (2004) "Bankruptcy "reform"...", cit., p. 483 señala que créditos "[*secured loan son] those creditors holding a mortgage, lien, or other secured interest in the debtor's property, who must be paid in full, or have the right to take possession of the debtor's property if not paid*); *priority debt [son] unsecured debt which the Code requires payment of as a matter of public policy-such as alimony and child support pursuant to 11 U.S.C. § 507*); and *unsecured debt [son aquellas] debt incurred without the debtor granting any lien, mortgage, or other secured interest, such as credit card debt, medical bills, etc.*)". De acuerdo a LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 579, nota al pie N° 39, un crédito es *unsecured* "[...] *if the amount owned on the loan is more than the value of the collateral securing the loan. If there is no collateral securing the loan, the loan is unsecured. Undersecured lenders and loans are also referred to as "upsidedown" or "underwater." The homeowner in such a situation has negative equity. If there are multiple mortgages on the property, it is possible for the homeowner to have negative equity even though the senior mortgage is still oversecured.*". MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1337. SHANON, Charles A. (1979) "A new deal for secured creditors in bankruptcy", en *Emory L. J.*, Volumen 28, p. 594, aludiendo a la sección 506(a) señala que: "*He [the creditor] has a secured claim to the extent of the value of his collateral; and he has an unsecured claim for the balance of his claim.*".

<sup>173</sup> GRAY, David (2006) "Cars and homes in chapter 13 after the 2005 amendments to the bankruptcy code", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 14, p. 305; LANDRY (2012) "Ethical considerations...", p. 69; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97; LI (2007) "What do we know...", cit., p. 22; TABB (2001) "The death...", cit., p. 9. ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1389. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 231.

<sup>174</sup> Sección 1322(a)(4) y 1325(a)(4) del U.S. Code. LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 607.

<sup>175</sup> CALI, Anthony P. (2010) "The "special circumstance" of student loan debt under the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005", en *Ariz. L. Rev.*, Volumen 52, p. 475; LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 70. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 241. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 263, por otro lado y a manera de crítica, argumenta respecto a la reducción de la función del descargo de deudas que el Capítulo 13 presenta en la actualidad.



procedimiento de plan de liquidación se divide a su vez en dos sub etapas<sup>176</sup>: por una parte, un intento de liquidación extrajudicial que, en caso de ser posible, tiene como objetivo lograr un acuerdo amistoso entre el deudor y sus acreedores<sup>177</sup>, fuera del tribunal y en función de un plan de liquidación de deuda propuesto por el deudor; y en segundo lugar, para el caso que falle el intento de arreglo amistoso<sup>178</sup>, y con la apertura del procedimiento de insolvencia formal<sup>179</sup>, un procedimiento de liquidación judicial o plan de liquidación judicial, cuyo objetivo es instar el acuerdo entre deudor y acreedor con la ayuda del tribunal. La propuesta de liquidación del deudor podrá contener plazos para el pago de las obligaciones o condonaciones de deudas<sup>180</sup>. En el plan de liquidación judicial, en virtud de § 309, el tribunal tiene la autoridad para reemplazar<sup>181</sup>, bajo ciertas circunstancias, el consentimiento de los acreedores a una propuesta regulatoria de tal manera de lograr una solución consensuada<sup>182</sup>.

En el derecho francés, las diversas etapas del procedimiento dependerán esencialmente del estado o nivel de sobreendeudamiento en que se encuentre el deudor, el cual será evaluado por la Comisión de Sobreendeudamiento<sup>183</sup>. Configurándose el

---

<sup>176</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 649; HEYER, Hans-Ulrich (2012) "Der Insolvenzplan im Verbraucherinsolvenzverfahren – gut gemeint, aber schlecht gemacht", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 321.

<sup>177</sup> LUNKENHEIMER, Cilly y ZIMMERMANN, Dieter (2004) "Reformbedarf zur Stärkung der außergerichtlichen Einigung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 317.

<sup>178</sup> Se entiende por fallo del intento de arreglo amistoso el hecho de falta de acuerdo entre deudor y acreedores en un plan de liquidación ofrecido por el deudor, o en su defecto, la certificación efectuada por la persona o entidad habilitada de Asesoría de Deudas donde consta la inutilidad de un intento de liquidación extrajudicial. Así, HENNING, Kai (2014) "Die Änderungen in den Verfahren der natürlichen Personen durch die Reform 2014", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, p. 11.

<sup>179</sup> HEYER (2012) "Der Insolvenzplan...", cit., p. 321.

<sup>180</sup> § 305 (4) de la InsO.

<sup>181</sup> LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 317, indican que esta posibilidad es opcional desde el la reforma de la InsO de 01 de diciembre de 2001, dependiendo de la evaluación de éxito que realice el tribunal.

<sup>182</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 649.

Considerando a STEPHAN, Guido (2004) "InsO-Änderungsgesetz 2005", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 505, es interesante saber que la enmienda de 2004 de la InsO, pretendía hacer aplicable el reemplazo del consentimiento de un acreedor al acuerdo extrajudicial, a instancia del deudor, cuando la propuesta de acuerdo hubiese sido rechazada por no menos de la mitad de los acreedores mencionados por el deudor, y la suma de los créditos de los acreedores que hubieren rechazado hubiese sido menos de la mitad de los créditos de los acreedores.

<sup>183</sup> PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 674. En tal sentido, PAISANT, Gilles (2010) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 1, p. 213, expresa que, la situación irremediamente comprometida tiene interés práctico en términos de procedimiento aplicable, y de medidas susceptibles de ser aplicadas. GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 5, explica que el derecho de sobreendeudamiento de particulares francés considera "[...] une nouvelle conception du déséquilibre qui tient également compte de l'évolution de la situation des contractants.", dependiendo el equilibrio y por tanto la estimación del estado de sobreendeudamiento del deudor, "[...] de l'équilibre général de l'ensemble des contrats conclus par chacune des parties."

procedimiento por una fase amistosa y una contenciosa, la primera, siempre ante la Comisión, se reserva para aquellos casos en que los deudores presentan un estado de sobreendeudamiento<sup>184</sup> que posibilita estimar que su situación financiera y económica no se encuentra irremediablemente comprometida<sup>185</sup>, mientras que la segunda, que puede llevarse a cabo ante la Comisión o ante el juez, se aplicará a los deudores cuyo nivel de endeudamiento permita estimar a la Comisión que su situación financiera y económica se encuentra irremediablemente comprometida<sup>186</sup>.

De esta forma, si del análisis de la situación financiera y económica del deudor, la Comisión estima que no presenta una situación irremediablemente comprometida, el mismo órgano, actuando como conciliador<sup>187</sup>, instará un acuerdo entre el deudor y sus acreedores<sup>188</sup>. Para el logro de este acuerdo amigable (*redressement amiable*)<sup>189</sup>, cuya finalidad es la elaboración de un plan convencional de desendeudamiento o enderezamiento (*redressement*) de la situación de sobreendeudamiento que aqueja al deudor<sup>190</sup>, la Comisión podrá recomendarles una serie de medidas denominadas de desendeudamiento<sup>191</sup>, las cuales no requerirán homologación por el juez<sup>192</sup>, y de las

---

<sup>184</sup> PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 674, expresa que la situación de sobreendeudamiento se "caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dette non professionnelles exigibles et à échoir."

<sup>185</sup> PAISANT, Gilles (2004) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, p. 622, señala que "[...] l'ouverture du rétablissement personnel se justifiait par le fait qu'il était impossible d'apurer le passif du débiteur par la mise en oeuvre des mesures inhérentes à l'autre procédure.". PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 576, señala que "Le surendettement de base conduit é un redressement amiable [...]"

<sup>186</sup> PAISANT (2008) "La insolvencia...", cit., pp. 241 y 242.

<sup>187</sup> NEUVILLE, Sébastien (2001) "Le traitement lanifié du surendettement", en *RTD Com.*, N° 1, pp. 31 y 34. En este sentido FERRIERE, Drédérrik y AVENA-ROBARDETT, Valerie (2012) *Surendettement des particuliers*, 4a edición, Paris: Editorial Dalloz, p. 183 y RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 313. GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 7.

<sup>188</sup> La norma del artículo L. 732-1, da cuenta del carácter conciliador de la Comisión en la fase amigable, al expresar que en caso de que el deudor no se encuentre en situación irremediablemente comprometida, se esforzará para "concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers."

<sup>189</sup> En tal sentido, RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 318, expresa que "La commission de surendettement apparaît comme un lieu de rencontre et de dialogue entre le débiteur et ses créanciers. Elle doit s'efforcer d'aboutir à une solution négociée à l'amiable entre débiteur et créanciers, éventuellement à partir de solutions élaborées et préparées par elle."

<sup>190</sup> GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 7.

<sup>191</sup> De acuerdo a RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 327, las medidas pueden ser clasificadas en aquellas que permiten al deudor sobrevivir, las que encuentran fundamento en el derecho fundamental de la dignidad humana, que se traduce en la necesidad de mantener un mínimo de dignidad en la persona del deudor que permita prevenirle de la exclusión, y aquellas relativas a la deuda. Para las primeras, el autor cita a D. Mazeaud (2005) *Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple "illégitime"*, in Mélanges Auber, p. 243, para quien "Le principe de la force obligatoire n'est rien d'autre, au fond, qu'un instrument entre les mains du législateur pour promouvoir l'intérêt général qui, dans une société gangrenée par le surendettement, impose au juge de préserver la dignité des débiteurs surendettés en les protégeant contre les risques de précarité et d'exclusion qui les menacent.". De acuerdo a PAISANT, Gilles (2003) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 1, pp. 174 y 175, es posible

cuales la más frecuente será la reprogramación de pagos de deuda de toda naturaleza<sup>193</sup>. El objetivo de la fase amigable es lograr un acuerdo entre deudor y acreedores para la asunción de las obligaciones de aquel<sup>194</sup>, el cual se traducirá en la práctica en un plan de pagos que tendrá la naturaleza jurídica de un contrato atendida la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>195</sup>, que organizan la ejecución de un conjunto de obligaciones individuales que modifican las obligaciones iniciales de las partes con objeto de lograr una recuperación del deudor de su estado de sobreendeudamiento<sup>196</sup>, y que permitirá al deudor en un plazo no mayor a siete años<sup>197</sup>, y tras la aplicación de las medidas ordinarias de la Comisión, cumplir sus obligaciones para con sus acreedores y

---

la aplicación de diversas medidas de enderezamiento, al expresar que "[...] *la panachage est une solution qui permet plus de souplesse, à la fois dans l'intérêt du débiteur et celui de ses créanciers, dans le choix des mesures de redressement.*"

<sup>192</sup> VIGNEAU y LAURIAT (2010) "La reforma...", cit., p. 14, señalando que esta ampliación de las prerrogativas de la Comisión fueron contempladas por la ley de 01 de julio de 2010, explica que las medidas de desendeudamiento que no requieren homologación por el juez son aquellas que se denominan ordinarias, las cuales no representan una vulneración de derechos de acreedores y deudores.

<sup>193</sup> En este mismo sentido, FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p.238. RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 319, expresa que "*Les mesures qu'il contient sont donc laissées à la bonne volonté des uns et des autres et la loi ne donne que des exemples des aménagements qui peuvent être consentis.*". KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 639, indica que "*The plan may include measures such as a deferral or extension of time to pay, a full or partial remission of debt, reduction or elimination of accruing interest, or the creation or substitution of a guarantee.*"

<sup>194</sup> JIMÉNEZ P., Teresa A. (2015) "El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 752, p. 3724, señala que la Comisión busca que deudor y principales acreedores lleguen a un acuerdo con el fin de elaborar un convenio de saneamiento. KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 639, expresa que "*The commissions' primary 'mission' is to facilitate negotiated plans between debtors and creditors.*"

<sup>195</sup> GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 7, expresa que "[...] *l'ensemble des auteurs s'est accordé à dire qu'il s'agissait bien d'un contrat conclu entre le débiteur et les créanciers signataires de ce plan.*". De la misma manera, PAISANT (2008) "La insolvencia...", cit., p. 242. De acuerdo a JUDE, Jean-Michel (2003) *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*. Institut de droit des affaires. Centre de recherches juridiques Barthold Goldman. Aix Université Marseille, p. 126, los planes de recuperación pueden ser definidos como contratos marco cuyo objeto consiste en recomponer el pasivo del deudor a fin de asegurar su recuperación económica y financiera a través de la ejecución de un conjunto de convenciones individuales reunidas en un único acto y en el cual comparecen tanto deudor como acreedores. Para una comprensión de la naturaleza del mecanismo inmerso en el acuerdo por el cual son modificadas las obligaciones, JUDE (2003) *Le droit international...*, cit., p. 134, citando a M. Boyer. (1947) La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif. Sirey, pp. 333 y 334; FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p.190; PAISANT (2003, N° 3) "Chroniques...", cit., pp. 578 y 577; PAISANT, Gilles (2000) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, p. 735; NEUVILLE (2001) "Le traitement...", p. 33; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 320.

<sup>196</sup> Así se pronuncia JUDE (2003) *Le droit international...*, cit., pp. 134 y 136. PAISANT (2004, N° 3) "Chroniques...", cit., cit., p. 621, al señalar que "*Un plan amiable prévoyait que le bénéfice des modalités d'apurement de la dette consenties au débiteur principal profiterait aussi à la caution.*"

<sup>197</sup> Anterior a la ley de 2010 la regulación contemplaba la duración del plan en diez años. FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 176. Artículo L. 732-1. La única excepción contemplada en la misma norma, se refiere a aquellos casos en que los pagos que se extiendan por más de siete años, sean relativos a créditos constituidos sobre la residencia principal del deudor. Si bien la norma da cuenta de un afán protector del deudor, pues permite alargar el término de cumplimiento del plan en una situación que importa positivas consecuencias para el deudor y su familia, como es la mantención del hogar, la norma no establece un plazo máximo de duración del plan, ante lo cual el mismo podría alargarse de manera excesiva.

aliviar por tanto su situación de sobreendeudamiento<sup>198</sup> a través de la *effacement* o condonación de las deudas restantes.

En caso que no exista acuerdo entre las partes<sup>199</sup>, pero en el entendido de la Comisión la situación del deudor no esté irremediablemente comprometida<sup>200</sup>, el mismo órgano tiene la facultad de imponer<sup>201</sup> medidas extraordinarias<sup>202</sup> de recuperación o enderezamiento (*redressement*), las cuales se encuentran establecidas expresamente por la ley<sup>203</sup>, esto es, la reprogramación de pagos de deuda de toda naturaleza<sup>204</sup>, imputar pagos en prioridad sobre el capital<sup>205</sup>, reducción de tasas de interés<sup>206</sup>, incluso pudiendo imponer la suspensión de la exigibilidad de créditos<sup>207</sup> que no sean por obligaciones

---

<sup>198</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 183, expresa que el objetivo del plan convencional es enderezar o recuperar la situación del deudor; en otros términos, la posibilidad de permitirle al deudor retornar de una situación financiera desmejorada, pudiendo cumplir con sus obligaciones con sus propios recursos en un plazo determinado, le permite escapar de una situación de exclusión.

<sup>199</sup> KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 650.

<sup>200</sup> Para PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 676, las recomendaciones extraordinarias de la Comisión procederán en caso de *surendettement-insolvabilité*. En la actualidad, el artículo L. 724-1 se encarga de realizar la distinción para efectos del curso progresivo del procedimiento, sin señalar de manera expresa el caso en que será posible a la Comisión imponer las medidas a las que la norma se refiere. La consideración de la imposición de las medidas en caso de que el deudor no se encuentre en una situación irremediablemente comprometida se desprende de la redacción de la norma, que señala "*Lorsqu'il ressort de l'examen de la demande de traitement de la situation de surendettement que les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, la commission prescrit des mesures de traitement [...]*"

<sup>201</sup> De acuerdo a VIGENAU y BOURIN (2012) p. 319, aunque si bien la fase amigable es llevada a cabo ante la Comisión de Sobreendeudamiento, por el hecho de primar la autonomía de la voluntad de las partes tanto en la determinación de las medidas de desendeudamiento y en el acuerdo mismo, un eventual fallo de esta fase es probable. Ante tal supuesto, el procedimiento toma un tinte colectivo, a través de una fase autoritaria que también es llevada a cabo ante la comisión.

<sup>202</sup> Se consideran aquellas medidas que importan una vulneración de derechos de los acreedores o deudor, las cuales requerirán homologación por parte del juez. JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., p. 3725; VIGNEAU VIGNEAU y LAURIAT (2010) "La reforma...", cit., p. 14; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 321; FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., pp. 238 y 246.

<sup>203</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 239 a 244, se refiere a las medidas de plazos de pago y reprogramación de deuda, imputación de pagos sobre el capital, reducción de tasas de interés y la suspensión de la exigibilidad de los créditos.

El artículo L. 733-1, expresa que "*En cas d'échec de sa mission de conciliation, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes : [...]*"

<sup>204</sup> En lo pertinente la norma del artículo L 733-1, número 1º, expresa: "*Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance [...]*"

<sup>205</sup> Artículo L. 733-1, número 2º.

<sup>206</sup> Artículo L. 733-1, número 3º: "*Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux de l'intérêt légal sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige. Quelle que soit la durée du plan de redressement, le taux ne peut être supérieur au taux légal.*"

<sup>207</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 336.

alimenticias<sup>208</sup>, la reducción de préstamos inmobiliarios que subsistan después de la venta de la residencia principal, en cuyo caso la reducción puede perfectamente llegar al cien por ciento<sup>209</sup> y la condonación (*effacement*) de deudas<sup>210</sup>.

### 3. Procedimientos concursales o fases destinadas a la liquidación.

En el procedimiento concursal del Capítulo 7 del *Bankruptcy Code* de Estados Unidos, el deudor persona física renuncia a todos sus ingresos que la ley no declara exentos para ser distribuidos a sus acreedores a cambio de una descarga (*discharge*) de las deudas anteriores al concurso<sup>211</sup>. Sea que la corte o el deudor lo haya designado, el fiduciario (*trustee*) recolectará y reducirá a dinero los bienes respecto de los cuales el deudor no haya solicitado su excepción del activo concursal<sup>212</sup>, distribuyéndolos de acuerdo al interés de los acreedores<sup>213</sup>, para lo cual identificará previamente a aquellos acreedores cuyo créditos se encuentren *secured* o garantizados, o *unsecured* o no garantizados<sup>214</sup>.

---

<sup>208</sup> Artículo L. 733-1, número 4º: "*Suspendre l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. Sauf décision contraire de la commission, la suspension de la créance entraîne la suspension du paiement des intérêts dus à ce titre. Durant cette période, seules les sommes dues au titre du capital peuvent être productives d'intérêts dont le taux n'excède pas le taux de l'intérêt légal.*"

<sup>209</sup> PAISANT (2008) "La insolvencia...", cit., p. 243; PAISANT, Gilles (1998) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, Nº 3, p. 412, expresa que "[...] *cette fraction du prêt immobilier qui reste due après la vente du logement principal du débiteur peut être réduite à zéro au titre du redressement de la situation patrimoniale de ce dernier.*" VIGNEAU y LAURIAT (2010) "La reforma...", cit., p. 15. Artículo L. 732-4 en relación con el artículo L. 733-7.

<sup>210</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 337, para la regulación anterior, ya indicaba que la misma se podía llevar a cabo en caso que exista en el patrimonio del deudor una insuficiencia de recursos o bienes que permitieran responder a todo o parte de sus deudas, siendo además inaplicables las medidas que podrían ser consideradas por la Comisión para responder al pasivo. Artículo L. 733-7, número 2º.

<sup>211</sup> LI (2007) "What do we know...", cit., p. 19; LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 68; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 96. THOMPSON (1990) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 248.

<sup>212</sup> Sección 522(d) del U.S. Code. De acuerdo a RUSHING, Danielle N. (2016) "Use it or lose it: grappling with classification of post-petition sale proceeds under chapter seven bankruptcy for consumer debtors in the lone star state", en *St. Mary's Law Journal*, Volumen 49, p. 907, "*A debtor's non-exempt assets and any other non exempt property owned at the time of the petition's filing constitute the bankruptcy estate.*"

<sup>213</sup> STEINFELD y STEINFLED (2004) "A brief overview...", cit., p. 128; BALSER, David (1986) "Section 707(b) of the bankruptcy code: a roadmap with a proposed standard for defining substantial abuse", en *U. Mich. J.L. Reform.*, Volumen 19, p. 1014.

<sup>214</sup> En cuanto a la participación en la distribución del activo concursal, JACKSON, Thomas H. y KRONMAN, Anthony T. (1979) "Secured financing and priorities among creditors", en *Yale L.J.*, Volumen 88, p. 1147, expresan que "*If the debtor has a number of creditors, the effect of securing only one, or a few, of his obligations is to give secured creditors priority over those creditors who remain unsecured*", y según NACY, William P. (2000) "Survival underwater: wholly- unsecured security interests in bankruptcy", en *Washburn L.J.*, Volumen 40, pp. 91 y 92, "*unsecured creditors are to take a pro rata share from the debtor's estate, even those secured creditors whose claims have partially unsecured portions. Secured creditors stand in line ahead of unsecured creditors for payment at distribution time; whether the*

Una vez hayan sido cubiertos los créditos de los *secured creditors*, el *trustee* liquidará los activos restantes del deudor para pagar los créditos de los *unsecured creditors*, los cuales, en la mayoría de los casos no recibirán nada atendida la escasez de activos distribuibles del deudor con posterioridad a la satisfacción de los créditos de los acreedores garantizados<sup>215</sup>.

En el ordenamiento alemán, en la medida que el procedimiento de insolvencia, a través del intento de acuerdo extrajudicial o del plan de liquidación judicial, no tiene éxito, el deudor debe solicitar al tribunal el alivio de la deuda residual a través de la etapa de procedimiento de alivio de la deuda o *Restschuldbefreiung*. Tras la solicitud del deudor y un análisis de admisibilidad por el juez, emitirá resolución anunciando el alivio de la deuda residual en virtud de la § 291 InsO si el deudor cumple con una serie de obligaciones contempladas en las §§ 295 y 287b InsO, entre las cuales destaca la obligación de cooperación y la obligación de adquisición y pago a los acreedores<sup>216</sup>, y si las demás condiciones para una denegación del alivio no se producen; procediendo a asignar al deudor un fiduciario por el término general de seis años (periodo de buena conducta o *Wohlverhaltensperiode*), el cual será responsable de administrar los recursos actuales y futuros del deudor y proceder a efectuar el pago a los acreedores. De acuerdo a las §§ 300 y 301, al cabo de este periodo el deudor obtendrá el alivio de todas aquellas deudas anteriores a la solicitud de concurso pero no cubiertas en el procedimiento de insolvencia y de alivio.

En el procedimiento de sobreendeudamiento francés, en aquellos casos en que a la luz del análisis de la Comisión de Sobreendeudamiento<sup>217</sup> el deudor se encuentre en una situación económico-financiera irremediamente comprometida y sea deudor de

---

*proceeding is a liquidation or a reorganization*". SHANON (1979) "A new deal...", cit., p. 638, expresa que "The secured claim, [...] has higher priority up to the value of the collateral than any claim set forth in the general distribution scheme of section 726."

<sup>215</sup> MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1338; TABB (1990) "The scope...", cit., p. 59, señala que "One reason that secured financing is typically cheaper than unsecured financing is that a bankruptcy discharge does not negate the secured creditor's right to recover." En cuanto a la participación en la distribución del activo concursal, JACKSON y KRONMAN (1979) "Secured financing...", cit., p. 1147, expresan que "If the debtor has a number of creditors, the effect of securing only one, or a few, of his obligations is to give secured creditors priority over those creditors who remain unsecured", y según NACY (2000) "Survival underwater...", cit., pp. 91 y 92, "unsecured creditors are to take a pro rata share from the debtor's estate, even those secured creditors whose claims have partially unsecured portions. Secured creditors stand in line ahead of unsecured creditors for payment at distribution time; whether the proceeding is a liquidation or a reorganization". SHANON (1979) "A new deal...", cit., p. 638, expresa que "The secured claim, [...] has higher priority up to the value of the collateral than any claim set forth in the general distribution scheme of section 726."

<sup>216</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 280.

<sup>217</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 289; PAISANT, Gilles (2001) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, p. 781.

buena fe<sup>218</sup>, el órgano podrá orientar un procedimiento de reestablecimiento personal o *Rétablissement personnel*<sup>219</sup>, el cual podrá o no estar integrado por una liquidación de bienes, dependiendo si el deudor presenta o no bienes y recursos suficientes embargables con los cuales dar cumplimiento en parte a las obligaciones de sus acreedores<sup>220</sup>. La situación irremediamente comprometida a la que alude la ley para efectos de esta fase del procedimiento, de acuerdo al artículo L. 724-1, se caracteriza por la imposibilidad manifiesta de poder llevar a cabo medidas de tratamiento del sobreendeudamiento<sup>221</sup>, esto es, plan convencional de recuperación, medidas recomendadas o impuestas por la Comisión<sup>222</sup>, y que para la diferenciación entre las dos vertientes de reestablecimiento personal —con o sin liquidación judicial—, deja o no al deudor bienes muebles necesarios para la vida actual y bienes no profesionales indispensables para el ejercicio de su actividad profesional, o en la que el activo no contempla, o sí, bienes carentes de valor o respecto de los que los costos de venta serían manifiestamente desproporcionados en relación al valor venal<sup>223</sup>.

Si la Comisión recomienda un reestablecimiento sin liquidación judicial, el juez otorgará fuerza obligatoria a la recomendación de la Comisión luego de verificar la regularidad de la decisión de la Comisión y la buena fe del deudor<sup>224</sup>, lo que trae como

---

<sup>218</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 283, expresa que estas son las características comunes de ambos tipos de reestablecimiento personal.

<sup>219</sup> JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., p. 3726, indica que el procedimiento se incorpora en la regulación a través de la ley de 01 de agosto de 2003.

<sup>220</sup> VIGNEAU y LAURIAT (2010) "La reforma...", cit., p. 16

<sup>221</sup> JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., p. 3727, expresa que en este estado el deudor no tiene capacidad de reembolso. A esto se refiere KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 653, al señalar que "[...] *the French high court also seems to be focused on the second part of the definition of "insolvency;" the question is not whether or not the debtor can pay any portion of any debt, but rather, whether a payment plan with "ordinary" measures (payment extensions and interest rate reductions) can resolve the debtor's financial problems entirely.*"

<sup>222</sup> PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 679, respecto de la situación irremediamente comprometida expresa que "*Il s'agit de la forme la plus grave de surendettement, celle qui vise les personnes "ne disposant d'aucune capacité de remboursement et qui, à ce titre, ne peuvent voir leur situation apurée ni par un redressement amiable, ni par les mesures susceptibles de faire l'objet d'une recommandation tant ordinaire qu'extraordinaire.*"

<sup>223</sup> VIGNEAU y LAURIAT (2010) "La reforma...", cit., p. 16; FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 291.

La norma del artículo L 724-1 expresa que "*Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement mentionnées au premier alinéa, la commission peut, dans les conditions du présent livre: 1° Soit recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire si elle constate que le débiteur ne possède que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale ; 2° Soit saisir, si elle constate que le débiteur n'est pas dans la situation mentionnée au 1°, avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.*"

<sup>224</sup> Artículo L. 741-1 en relación al artículo L. 741-2.

efecto la condonación total de todas las deudas no profesionales<sup>225</sup> del deudor, a excepción de aquellas enumeradas en el artículo L. 741-2 en relación con el artículo L. 711-4<sup>226</sup>. En caso que la Comisión considere que el deudor tiene activos distintos a aquellos considerados inembargables instará al juez a que lleve a cabo un procedimiento de reestablecimiento con liquidación de bienes<sup>227</sup>. El objetivo de este procedimiento es la realización o venta del activo del deudor a través de un liquidador nombrado a instancia del juez, de manera tal de distribuir el producto de la venta entre los acreedores en función del rango de las garantías con que cuenten sus créditos, contemplándose una preferencia tanto para el liquidador como para el arrendador del deudor<sup>228</sup>. A la conclusión del procedimiento, si con el producto de la realización de los bienes no se ha alcanzado a cubrir todos los créditos de los acreedores, la sentencia de cierre de procedimiento por insuficiencia de activos<sup>229</sup> conllevará el efecto de condonar todas aquellas deudas no cubiertas<sup>230</sup>, con excepción de las originadas en obligaciones que correspondan a las excepciones a la condonación<sup>231</sup>. Excepcionalmente y solo cuando el juez considere que la liquidación puede evitarse, aún en este caso, podrá establecer un plan de pagos que contenga las medidas de los artículos L. 733-1, L. 733-4 y L. 733-7<sup>232</sup>.

---

<sup>225</sup> PAISANT, Gilles (2008) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 4, p. 877. Anterior a la ley de 2010, era el juez el que debía emitir un juzgamiento de cierre por insuficiencia de activos del deudor. Así lo explica PAISANT (2003, N° 3) "Chroniques...", cit., p. 575.

<sup>226</sup> Artículo L. 741-2. JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., p. 3728. RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 334.

<sup>227</sup> Artículo L. 742-1.

<sup>228</sup> De acuerdo a FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 178, el privilegio en favor del arrendador se justifica por la voluntad "de los poderes públicos de fomentar las rentas de arrendamiento y, en caso de dificultad, limitar la aplicación de los procedimientos de expulsión", así como lo manifestado de manera constante luego de la Ley Niertz de 31 de diciembre de 1989, en torno a la preocupación por permitir al deudor el mantenimiento de su hogar habitual.

<sup>229</sup> El artículo L. 742-21, para el cierre del procedimiento, diferencia por un lado el cierre del procedimiento propiamente tal, en caso que la liquidación hubiere alcanzado a cubrir el monto de la deuda, y por otro el cierre por insuficiencia de activos, en caso que el producto de la liquidación hubiese dejado una diferencia no cubierta de pago.

<sup>230</sup> Artículo L. 741-2.

<sup>231</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 295, señala que otros efectos del reestablecimiento personal son que los acreedores pierden el derecho a reclamar el crédito respecto del deudor, conservando el derecho de perseguir las cauciones personales del deudor principal. En este último sentido, PAISANT (2003, N° 1) "Chroniques...", cit., p. 174, expresa que la Corte de Casación ha establecido que la medida de reducción de la deuda en un procedimiento de sobreendeudamiento no aprovecha al codeudor solidario del deudor.

<sup>232</sup> Artículo L. 742-24.



#### 4. La descarga o *discharge* de la deuda residual y el nuevo comienzo o *fresh start*.

A pesar de la existencia de requisitos de procedencia más o menos restrictivos para el deudor, y a pesar de la naturaleza jurídica que cada uno le imprime, en todos los ordenamientos es común que el procedimiento concursal conlleve una descarga o *discharge* de la deuda residual que se manifiesta a través de la eliminación o liberación de aquella parte de la deuda, con origen anterior al inicio del procedimiento concursal, que no fue posible cubrir o pagar a los acreedores a través de los procedimientos concursales respectivos. De la misma manera, es común que los ordenamientos regulen el mecanismo de liberación de deudas amparados en la finalidad de otorgar al deudor un nuevo comienzo o *fresh start* en la vida económica.

En el ordenamiento francés, el legislador confiere una descarga de la deuda a través de una condonación o *effacement* de todas las deudas no exentas anteriores al inicio del procedimiento que no hayan sido cubiertas en el procedimiento concursal de reestablecimiento personal<sup>233</sup>. Al igual que en el caso del reestablecimiento personal sin liquidación judicial<sup>234</sup>, la condonación o *effacement* de las deudas es la medida definitiva que suprime el crédito, imposibilitando o impidiendo que el acreedor pueda exigir su cumplimiento a pesar de tener título ejecutivo<sup>235</sup>. Este procedimiento permitirá una rehabilitación del deudor en la vida económica como resultado de la condonación de deudas, al cual podrá acceder sin limitación de veces o plazo, y de manera sucesiva, a lo largo de su vida<sup>236</sup>. Desde estas consideraciones, el objetivo del procedimiento de reestablecimiento personal es otorgar un *fresh start* al deudor<sup>237</sup>. A diferencia del sistema estadounidense, el sistema francés reserva la medida de *effacement* a aquellos pocos deudor que se encuentran financieramente sobreendeudados y económicamente

---

<sup>233</sup> Artículo L. 741-3.

<sup>234</sup> PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 684, expresa que en cualquiera de los dos casos, tratándose de procedimiento de reestablecimiento personal, con o sin liquidación, "*Celle-ci entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur*".

<sup>235</sup> JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., pp. 3729 y 3730.

<sup>236</sup> PAISANT (2008) "La insolvencia...", cit., p. 247; VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 415.

<sup>237</sup> JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., p. 3727; KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 655. FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 282, expresa que el procedimiento permite que a su término, aquellos deudores que se encuentran en situación más grave de endeudamiento se beneficien de la exclusión de deudas no profesionales, como contrapartida o en recompensa de la liquidación de su activo, si lo hubiere. Expresa que "*L'objectif de la procédure de rétablissement est de lutter contre la marginalisation durable des débiteurs les plus gravement surendettés en leur offrant, selon les termes du projet de loi, "une nouvelle chance"*".

marginados, esto es, deudores cuya situación la comisión identifica como irremediabilmente comprometida<sup>238</sup>.

Por su parte, en el modelo alemán, al final del periodo de buena conducta, si el deudor ha dado cumplimiento a sus obligaciones, el tribunal emitirá resolución de alivio de la deuda que tendrá efectos contra todos los acreedores, incluso aquellos que no hubieren presentado sus reclamaciones en el procedimiento de insolvencia, y respecto de todas las obligaciones adeudadas por el deudor con excepción de las señaladas en la § 302 InsO<sup>239</sup>. En el modelo alemán, las normas sobre alivio de la deuda tienen por objetivo remediar el problema de la llamada "torre de la deuda" o la "moderna prisión del deudor"<sup>240</sup>, esto es, la imposibilidad que padecen muchos deudores de retornar a la vida económica liberado de deudas debido a la magnitud de sus obligaciones<sup>241</sup> y a la imposibilidad de una exoneración<sup>242</sup>. El legislador considera que el mantenimiento de la deuda en el deudor de por vida es irracional y económicamente indeseable<sup>243</sup>. Para estos efectos, el ordenamiento otorga un alivio de la deuda a través de la mutación en naturales de todas las obligaciones anteriores al inicio del procedimiento concursal y que el deudor no hubiere podido cubrir en el procedimiento de alivio<sup>244</sup>. El alivio según

---

<sup>238</sup> KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 655. De igual manera, RAMSAY, Iain (2007) "Comparative consumer bankruptcy", en *U. Ill. L. Rev.*, N° 1, p. 250.

<sup>239</sup> WINTER, Ulrich (2010) "Die Verkürzung der Laufzeit eines Insolvenzverfahrens durch eine vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 140.

<sup>240</sup> En tal sentido, KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 264, expresa que "[...] *the most important deficiency of pre-1999 German bankruptcy law was that German law had never offered a forced discharge of unpaid debt at the conclusion of bankruptcy proceedings.*"

<sup>241</sup> De acuerdo a HERGENRÖEDER, Curt W. y HOMANN, Carsten (2013) "Die Reform der Verbraucherentschuldung: Plädoyer für eine Neuorientierung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 134, expresan que la reintegración de las personas con sobreendeudamiento es, en vista del alcance del problema, de importancia central tanto económica como socialmente; con lo que el alivio de la deuda del consumidor debe, por lo tanto, ser parte de un paquete de política económica, social y legal.

<sup>242</sup> Así lo pone de manifiesto KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 264, nota 31, en torno a la regulación previa a la InsO de la "section 18, paragraph 2, clause 3 of the Gesamtvollstreckungsordnung (literally, the "Collective Enforcement Act)". Expresa que Franck Wenzel, Die "Restschuldbefreiung" in den neuen Bundesländern, §§ VII(1), (2) and (4), "*explaining that, because the GesO didn't offer a real "discharge," it failed to provide a way out of the "modern debtor's prison" or to provide incentive to pay creditors, and therefore should not be adopted in Germany as a whole following reunification*"

<sup>243</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 271, expresa que "Reformers [to the insolvency law] hoped that the possibility of a *discharge* would raise debtor morale and offer new hope for an economic new beginning, which would redound to the benefit of society by returning debtors to productive activity and tax-paying status."

<sup>244</sup> Ello es lo que se deriva de la § 302 (3) InsO, al señalar la norma que si un acreedor sin derecho a satisfacción bajo el alivio de la deuda es satisfecho, no se le considerará responsable de la restitución. Así, LUDTKE, Markus (2016) "Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Schuldenregulierung im

la § 286 y siguientes y § 301 InsO no causa remisión en los términos de la § 397 BGB, y por tanto no se extinguen los créditos. Como el legislador pretendió expresar en la § 301 (3) InsO, las deudas permanecen como tales y solo se convierten en pasivos imperfectos, llamadas obligaciones naturales, que aún pueden ser cumplidas voluntariamente, pero no pueden ser exigidas compulsivamente por el acreedor<sup>245</sup>.

En el modelo estadounidense, al concluir el término de compromiso de tres o cinco años del Capítulo 13, y en el evento de cumplimiento exitoso del plan de pagos, o en el caso que el deudor no cumpla en su totalidad el plan pero haya pagado al menos lo que los *unsecured creditors* habrían recibido a través de una liquidación del Capítulo 7<sup>246</sup>, la corte autorizará una descarga respecto de las *unsecured debts* que no hubiesen sido consideradas en el plan<sup>247</sup>. Por su parte, cumplida la liquidación del Capítulo 7 del *Bankruptcy Code*, el deudor recibirá una descarga o *discharge* de todas aquellas deudas no declaradas como exceptuadas y que tengan la categoría de *unsecured*<sup>248</sup>. El proceso de liquidación acompañado con un *discharge* de deudas le permite al deudor emerger del Capítulo 7 con un *fresh start* o nuevo comienzo en la vida económica<sup>249</sup>.

Aunque de la redacción inicial de la norma de la sección 524 (a)(1) y (2) del *Bankruptcy Code* se puede desprender que la descarga de las deudas anteriores a la solicitud de concurso otorgada tras la liquidación se confiere a través de la extinción de la obligación respectiva<sup>250</sup>, no es menos cierto que la sección 524 (f), al expresar que nada de lo contenido en las subsecciones (c) o (d), —relativas a la posibilidad de que el

---

Regelinsolvenz- und Insolvenzplanverfahren", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, p. 302.

<sup>245</sup> Sentencia del Tribunal Federal de Justicia (BGH) de 07 de mayo de 2013 - IX R 151/12, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 364; LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., p. 302. El PROYECTO DE LEY DEL GOBIERNO FEDERAL DE ORDENAMIENTO DE INSOLVENCIA (InsO), DEUTSCHER BUNDESTAG - DRUCKSACHE 12/2443, de 15 de abril de 1992, BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 194, expresa que las reclamaciones restantes de los acreedores concursales se convierten en pasivos no exigibles (los denominados pasivos imperfectos) cuando se concede el alivio de la deuda residual.

<sup>246</sup> Sección 1328(b) y (c) del U.S. Code. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 242.

<sup>247</sup> CALI (2010) "The "special circumstance"...", cit., p. 475; LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 70. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 241. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 263.

<sup>248</sup> Sección 727(a) del U.S. Code.

<sup>249</sup> LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 69; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97.

<sup>250</sup> La sección 524 (a) (1) y (2) del *Bankruptcy Code* señalan que "(a) A discharge in a case under this title— (1) voids any judgment at any time obtained, to the extent that such judgment is a determination of the personal liability of the debtor with respect to any debt discharged under section 727, 944, 1141, 1228, or 1328 of this title, whether or not discharge of such debt is waived; (2) operates as an injunction against the commencement or continuation of an action, the employment of process, or an act, to collect, recover or offset any such debt as a personal liability of the debtor, whether or not discharge of such debt is waived; [...]"

deudor, a pesar del *discharge*, acuerde con sus acreedores el pago de las deudas—previene al deudor de pagar voluntariamente cualquier deuda, daría cuenta que en definitiva la descarga concedida por el ordenamiento estadounidense significa la mutación en naturales de las obligaciones no cubiertas en el procedimiento concursal<sup>251</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de las diferencias en cuanto a naturaleza jurídica que cada ordenamiento presenta en torno a la institución del *discharge*, en cada uno el mecanismo de descarga de la deuda se manifiesta como parte integrante del procedimiento en su conjunto o de alguna de las fases de los procedimientos concursales, especialmente de liquidación. Así, en Estados Unidos, la descarga de la deuda se presenta como la consecuencia, y parte integrante, del procedimiento concursal de liquidación del Capítulo 7 del *Bankruptcy Code*; en Francia, la *effacement* o condonación de la deuda es parte integrante del procedimiento de reestablecimiento personal del *Code de la Consommation*; mientras que en Alemania, la herramienta del alivio de la deuda residual es la consecuencia final y parte integrante del procedimiento de alivio de las §§ 286 y siguientes de la InsO. Ello, en última instancia, también contribuye a la comprensión de que en la visión de tales ordenamientos, el mecanismo de la descarga de la deuda residual y el consecuente *fresh start* son elementos esenciales del procedimiento concursal de la persona física<sup>252</sup>.

## **5. El interés por limitar o prevenir el abuso de los procedimientos concursales.**

La preocupación y el interés por limitar o prevenir el abuso de los deudores personas físicas de los procedimientos concursales, especialmente en relación a la liquidación que conduce a una descarga de la deuda residual, es una constante que en cada ordenamiento se repite<sup>253</sup>, y cuyo logro se relaciona con el establecimiento de diversas herramientas, mecanismos o requisitos de acceso al procedimiento y concesión del *discharge*, que en casi la gran mayoría de los casos, se vinculan a la conducta del deudor y significan limitar el libre acceso y obtención de la descarga de deudas.

En el caso de Estados Unidos, el ordenamiento concursal promueve la prevención del abuso a través de la limitación del libre acceso al Capítulo 7 del

---

<sup>251</sup> La sección 524 (f) del *Bankruptcy Code* expresa que "*Nothing contained in subsection (c) or (d) of this section prevents a debtor from voluntarily repaying any debt.*"

<sup>252</sup> Esto mismo es posible de inferir de lo indicado por MCCOID (1996) "Discharge...", cit., p. 185.

<sup>253</sup> ORDIN, Robert L. (1983) "The good faith principle in the bankruptcy code: a case study", en *Bus. Law.*, Volumen 38, p. 1795, da cuenta de la preocupación de los tribunales en el derecho estadounidense en torno a la prevención del abuso.

*Bankruptcy Code* por medio de la herramienta del *means test* o test de recursos del deudor. De acuerdo a la sección 707(b)(1) del *U.S. Code*, el objetivo del *means test* es establecer un mecanismo no discrecional<sup>254</sup> de limitación a la elegibilidad del procedimiento concursal del Capítulo 7<sup>255</sup> a través de una prueba de capacidad de pago a los deudores<sup>256</sup>.

Francia, por su parte, establece como requisito de acceso al procedimiento concursal la exigencia de que el deudor se encuentre de buena fe<sup>257</sup>. Tal como la antigua regulación del C. Consum., el ámbito de aplicación del procedimiento está reservado exclusivamente a las personas físicas de buena fe<sup>258</sup>, en caso que se encuentren en situación de sobreendeudamiento, la cual, para efectos legales, el mismo *Code* define en el artículo L. 711-1, como aquella situación financiera en la que se encuentra una

---

<sup>254</sup> BRAUCHER, Jean (2009) "Getting realistic: in defense of formulaic means testing", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 83, p. 416, señala que el sistema anterior a la BAPCPA "[...] overall had some flaws, including non-uniformity, squeezing debtors too hard in some localities, and occasional laxity, but it avoided the costs involved in applying a complex formulaic system that is inevitably over- and under-inclusive in who it "catches." Although not meeting an ideal of perfect justice in each case, a purely discretionary system could be defended as minimizing system costs, particularly compared to the current formulaic means testing system, which is both expensive and not very tough.". ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1405, dando cuenta de la variedad de enfoques utilizados por los altos tribunales para determinar al ámbito de aplicación de la expresión *substantial abuse*, señala que "The lack of uniformity in the application of § 707(b) leaves honest debtors wishing to file for relief under Chapter 7 in the uncertain position of not knowing what constitutes "substantial abuse.". HOWARD, Margaret (2007) "The law of unintended consequences", en *S. Ill. U. L.J.*, Volumen 31, p. 459. JACOBY, Melissa B. (2009) "Bankruptcy reform and the financial crisis", en *N.C. Banking Inst.*, Volumen 13, p. 115. WELMERINK, Luke (2010) "Cleaning the mess of the means test: the need for a case-by-case analysis of 401(k) loans in chapter 7 bankruptcy petitions", en *Golden Gate U. L. Rev.*, Volumen 41, p. 125. MURPHY, Kathleen y DION, Justin H. (2008) ""Means test" or "just a mean test": an examination of the requirement that converted chapter 7 bankruptcy debtors comply with amended section 707(b)", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 16, p. 414, expresa que "The new means test is designed to replace the subjective standard of good faith by utilizing a complex mathematical formula that produces a straightforward presumption or nonpresumption of abuse of the bankruptcy process.". WILLIAMS, Jack F. (1999) "Distrust: the rhetoric and reality of means-testing", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 7, p. 108, expresa que "Many of those advocating means-testing also seek to restrict a bankruptcy judge's discretion in deciding who may seek relief under the Bankruptcy Code, in part, by utilizing strict means-testing.". MURPHY y DION (2008) ""Means test" ...", cit., p. 435, aludiendo inferimos a un carácter objetivo, describe el *means test* como una fórmula de escrutinio matemático.

<sup>255</sup> BRAUCHER, Jean (2006) "A fresh start for personal bankruptcy reform: the need for simplification and a single portal", en *Am. U. L. Rev.*, Volumen, 55, p. 1297, señala que "[...] this legislation broke the back of the notion that the Bankruptcy Code ("the Code") provides individuals free access to a pure fresh start from old debts.". ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1388; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., pp. 92 y 108; WELMERINK (2010) "Cleaning...", cit., p. 125.

<sup>256</sup> COHEN-KURZROCK, Benjamin A. (2015) "It's not abusive or personal: student loans and 11 U.S.C. § 707", en *Hous. L. Rev.*, N° 52, p. 1210. BERTLETT, Keri (2008) "Decoding the code: making the 'means test' meaningful", en *Trinity L. Rev.*, Volumen 15, p. 92, señala que el objetivo de la incorporación del *means test* fue "[...] in order to reduce judicial discretion in determining who can pay their debts."

<sup>257</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 44; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., pp. 307 y 309; PAISANT, Gilles (2006) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 2, p. 488; SERRANO G., Eduardo (2010) "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física", en Cuenca C., Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 68.

<sup>258</sup> Artículo L. 711-1 C. Consum. RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p.299.

persona, caracterizada por la imposibilidad manifiesta de hacer frente al conjunto o la totalidad de sus deudas no profesionales exigibles o por vencer<sup>259</sup>. Así las cosas, el *Code* define el ámbito de aplicación<sup>260</sup> del procedimiento en referencia al objetivo que la ley otorga a las Comisiones de Sobreendeudamiento (*Commissions de surendettement*)<sup>261</sup>, y que consideramos es el objetivo del procedimiento en su totalidad: tratar la situación o estado de sobreendeudamiento de las personas físicas de buena fe<sup>262</sup>. De ello se deriva<sup>263</sup> que el requisito de admisibilidad del procedimiento, relativo a la situación personal del deudor, sea la exigencia de buena fe<sup>264</sup>.

En Alemania, el ámbito de aplicación del procedimiento concursal de la persona física, y por tanto el acceso al procedimiento concursal que conlleva el alivio de la deuda, está limitado al cumplimiento del requisito de ser el deudor uno honesto

---

<sup>259</sup> La norma del artículo L. 711-1 en lo pertinente establece que "*La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir.*". En torno a la distinción que existe entre el estado de sobreendeudamiento y la insolvencia, PAISANT (2006) "*Chroniques...*", cit., p. 490, se refiere a esta diferencia, señalando que mientras la insolvencia "*est caractérisée par l'absence - non irrémédiable - de ressources ou de biens saisissables de nature à permettre d'apurer tout ou partie de ses dettes et rendant inapplicables les mesures prévues à l'article L. 331-7*", la situación irremediamente comprometida "*implique l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre les mesures de traitement - éventuellement combinées*". Por lo que, tanto la una como la otra "*se définissent par référence à une situation d'endettement qu'il est impossible d'apurer selon les modalités prévues pour les situations définies comme étant les moins graves*", siendo la diferencia difícil de tratar, dependiendo de la naturaleza y oportunidad de las medidas que se pueden considerar para salvaguardar el pasivo del deudor. PAISANT (2003) "*La réforme...*", cit., p. 675, señala que una forma agravada de sobreendeudamiento se constituye hoy por la insolvencia, caracterizada "*[...] par l'absence de ressources ou de biens saisissables de nature à permettre d'apurer tout ou partie de ses dettes et rendant inapplicables les mesures prévues à l'article L. 331-7* [actual 733-1]", lo que le otorga un carácter de irremediable. En este sentido, PAISANT, Gilles (2005) "*Chroniques. Surendettement de particuliers*", en *RTD Com.*, N° 2, p. 424, expresa que la distinción reside en las medidas de desendeudamiento o enderezamiento que pueden aplicarse al deudor, donde en el sobreendeudamiento, es posible aplicar medidas "tradicionales" derivadas de la ley; en el segundo, además de las medidas anteriores, una moratoria o plazo de [ocho] años, pudiendo desembocar el procedimiento en una condonación parcial de las deudas e intereses no satisfechos; mientras que con el caso más grave, la condonación de deudas no profesionales del deudor es total del cual se beneficia el deudor al término del procedimiento. En sus palabras, "*[...] la considération des mesures aptes à traiter la situation concrète dans laquelle se trouve le débiteur qui va permettre de qualifier cette dernière.*"

<sup>260</sup> En cuanto al sujeto activo del procedimiento, según RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 300 y VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 28, el mismo se reserva a las personas físicas, donde las personas morales deben someterse a un procedimiento colectivo diverso en virtud de su actividad económica, de manera tal de evitar un solapamiento de procedimientos. De esta forma, el procedimiento de *surendettement* de personas físicas se constituye en un procedimiento subsidiario de los colectivos. Así, FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 288. Finalmente, las deudas sometidas al procedimiento de sobreendeudamiento serán las resultantes de obligaciones domésticas, extrínsecas o ajenas a su actividad económica.

<sup>261</sup> El artículo L. 712-1 establece que las Comisiones de Sobreendeudamiento tienen por misión "*[...] traiter, dans les conditions prévues par le présent livre, la situation de surendettement définie à l'article L. 711-1.*"

<sup>262</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, p. 25.

<sup>263</sup> PAISANT (2008) "*La insolvencia...*", cit., pp. 240 y 241.

<sup>264</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 25.

(*redlichen Schuldner*)<sup>265</sup>, en caso que se encuentre en situación de insolvencia o insolvencia inminente, la cuales, para efectos legales, la misma InsO define en las §§17 y 18, respectivamente, como el estado en el que el deudor no puede cumplir con sus obligaciones vencidas y el estado del deudor en el cual es probable que no pueda cumplir sus obligaciones de pago en la fecha de su vencimiento<sup>266</sup>. La InsO limita el ámbito de aplicación del procedimiento al deudor honesto, en referencia a uno de los dos objetivos que consagra para los procedimientos concursales: otorgar un alivio de la deuda al deudor honesto<sup>267</sup>, pero limitado a la satisfacción de los acreedores<sup>268</sup>.

Del mismo modo, la concesión del alivio de la deuda residual está limitada al cumplimiento de una serie de condiciones relacionadas a la persona o conducta del deudor durante el procedimiento concursal. Así las cosas, tras la solicitud de alivio del deudor, y como corolario del objetivo del procedimiento concursal de otorgar alivio solo al deudor honesto, previa evaluación de oficio por el juez, el tribunal podrá verificar la concurrencia de ciertas causales o motivos de rechazo de la solicitud de alivio en virtud de la § 287a InsO<sup>269</sup>. Tales causales, vinculadas principalmente con la concurrencia de ciertas circunstancias en la persona o conducta del deudor, como condena de delitos o la aplicación o denegación previa de un alivio de deuda, tienen como consecuencia la inadmisibilidad de la solicitud de alivio y un periodo de tiempo determinado (periodo de bloqueo) en el cual el deudor estará privado del derecho a solicitar el alivio de la deuda. A su turno, durante el transcurso del periodo de buena conducta o *wohlverhaltensperiode*, el deudor deberá dar cumplimiento a una serie de obligaciones como consecuencia del objetivo del procedimiento concursal de otorgar alivio solo al deudor honesto, entre las cuales destacan, la obligación de información y cooperación y las obligaciones de adquisición y pago, configurada por los deberes de efectuar una actividad remunerada apropiada que le provea de ingresos adecuados para pagar a sus acreedores (§§ 290 (1) (7) y 295, respectivamente, de la InsO)<sup>270</sup>. En la

---

<sup>265</sup> § 1 oración 2 de la InsO.

<sup>266</sup> § 17 y 18 de la InsO.

<sup>267</sup> § 1 oración 2 de la InsO.

<sup>268</sup> § 1 oración 1 de la InsO.

<sup>269</sup> De acuerdo a HOFMEISTER, Klaus (2014) "Insolvenzrechtsreform 2014: Kein Hinkelstein, aber jede Menge Schotter im Detail", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 249, para proporcionar claridad jurídica desde el inicio del procedimiento, el tribunal decidirá de oficio sobre la admisibilidad de la solicitud de alivio. En cuanto a las justificaciones consideradas por el legislador al incorporar la norma, HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 10, expresa que el objetivo del legislador era, además de fortalecer los derechos de los acreedores, una claridad jurídica e torno al acceso real del alivio de la deuda.

<sup>270</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 280.

medida que el deudor no hubiere dado cumplimiento a sus obligaciones durante el periodo de buen comportamiento, el tribunal podrá denegar o revocar el alivio de la deuda residual a solicitud de los acreedores en virtud de las §§ 290 (1), 296, 297a y 303 InsO.

## 6. Excepciones al *discharge* o descarga de la deuda residual.

Sin perjuicio de que la descarga de la deuda residual es una constante en los ordenamientos comparados, en mayor o menor medida todos contemplan excepciones a la descarga de la deuda residual, esto es, obligaciones respecto de las cuales, a pesar de lograr el deudor un *discharge*, escapan al efecto propio que cada ordenamiento confiere a la herramienta<sup>271</sup>. En Estados Unidos, cumplida la liquidación del Capítulo 7 del *Bankruptcy Code*, el deudor recibirá una descarga de todas aquellas deudas que la sección 523(a) del *Bankruptcy Code* no declara exceptuadas de la descarga de la deuda, contemplando un amplio catálogo de excepciones al *discharge*, entre las cuales destacan obligaciones tributarias por impuesto a la renta, obligaciones de alimenticias en favor de dependientes, deudas por tarjetas de créditos, por créditos educacionales, obligaciones de indemnización de perjuicios a víctimas de delitos penales, deudas por obligaciones originadas a través de fraude del deudor, obligaciones financiera surgidas de una obligación de mantenimiento o acuerdo de separación entre cónyuges<sup>272</sup>, entre otras<sup>273</sup>.

Por su parte, en Francia, el catálogo de excepciones a la descarga de la deuda contempladas en el artículo L. 711-4 en relación con el artículo L. 741-2 del *Code de la Consommation* se reduce a las obligaciones alimenticias<sup>274</sup>, reparaciones pecuniarias otorgadas a víctimas en el contexto de una condena penal y deudas originadas en conductas fraudulentas del deudor cometidas contra órganos de protección social<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> STEINFELD y STEINFLED (2004) "A brief overview...", cit., p. 130. En igual sentido, RAVIN N., David y ROSEN, Kenneth A. (1986) "The dischargeability in bankruptcy of alimony, maintenance and support obligations", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 60, p. 4, POWERS (2012) "Can you trust...", cit., p. 749 y BROWN (1997) "Political and ethical...", cit., p. 150.

<sup>272</sup> Sección 523(a)(1), (5), (2), (8), (9), (3), (4), (15), respectivamente, del *Bankruptcy Code*.

<sup>273</sup> RAVIN y ROSEN (1986) "The dischargeability...", cit., p. 4, al referirse a la descargabilidad general expresa que "*All debts other than those specifically excepted in section 523 are discharged by a discharge in bankruptcy.*"

<sup>274</sup> El tratamiento especial de las deudas por alimentos se efectúa en el ordenamiento francés a partir de la ley de 31 de diciembre de 1989, agregándose por la ley de 1995 que la medidas susceptibles de ser recomendadas por la Comisión no se aplicarían a este tipo de deudas. PAISANT, Gilles (1996) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, p. 522

<sup>275</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 324; VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., pp. 259 y sgtes.



Finalmente, en Alemania, la § 302 InsO contempla cinco clases de créditos que se encuentran excluidos del alivio de la deuda: obligaciones derivadas de un acto intencional no autorizado del deudor; obligación de mantenimiento incumplidas intencionalmente por el deudor; o de una deuda tributaria, si el deudor ha sido condenado legalmente por un delito fiscal de acuerdo con §§ 370, 373 o § 374 del Código Tributario; hoy también multas y otras sanciones financieras en sentido de § 39 (1)(3) (§ 302 (2)); préstamos sin intereses para cubrir costos del procedimiento (§ 302 (3))<sup>276</sup>. El efecto de que tales deudas sean consideradas exceptuadas es que las tales obligaciones reclamadas por los acreedores en el procedimiento concursal estarán exentas del alivio de la deuda residual<sup>277</sup> y permanecerán exigibles incluso frente al deudor honesto en el sentido de §§ 290, 295 a 297<sup>278</sup>.

## **7. Principales diferencias.**

Las grandes diferencias que existen en el tratamiento del procedimiento concursal de la persona física en los ordenamientos comparados gira, estimamos, en relación a ciertos elementos que se vinculan directa o indirectamente con el objetivo primordial perseguido en cada uno:

### **7.1. Objetivo del procedimiento concursal de la persona física y su relación con la obtención del *discharge*.**

A pesar de que todos los ordenamientos buscan que el deudor persona física logre un *fresh start*, no todos le otorgan el carácter de objetivo principal del procedimiento concursal de la persona física, lo que, vinculado a su vez con las justificaciones que cada ordenamiento considera respecto de la herramienta del *discharge* de deudas, tiene como consecuencia que el acceso y concesión de la descarga esté en mayor o menor medida supeditado al logro de otros objetivos en el procedimiento concursal; todo lo cual influye en que, en la práctica, el procedimiento se vuelve más o menos flexible o entrabado.

A diferencia de Estados Unidos o Francia, cuyos ordenamientos han declarado la importancia del objetivo del procedimiento concursal de otorgar protección al deudor

---

<sup>276</sup> LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., p. 300.

<sup>277</sup> AHRENS, Martin (2011) "Restschuldbefreiung und Versagungsgründe", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, p. 286.

<sup>278</sup> LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., p. 300.

persona física<sup>279</sup> y el carácter de objetivo principal del *fresh start* o nuevo comienzo de los procedimientos concursales relacionados a la persona física<sup>280</sup>, en Alemania el ordenamiento supedita a la satisfacción de los acreedores el otorgamiento de un alivio de la deuda residual al deudor persona física. En efecto, desde los inicios de la gestación de la InsO, la Comisión para un Régimen de Insolvencia, en el año 1986<sup>281</sup>, considerando por primera vez el alivio de la deuda post procedimiento concursal, entendió que el mismo no debería ser otorgado a la usanza anglosajona, sino que debía responder a la necesidad de dar satisfacción a los acreedores<sup>282</sup>. El objetivo primordial del derecho concursal, desde los orígenes de la InsO, ha sido la satisfacción de los derechos de los acreedores. Como ejemplo de lo anterior, en el modelo alemán el acortamiento de la duración del periodo de buena conducta está condicionado al pago de cierto porcentaje de créditos por parte del deudor<sup>283</sup>.

Así las cosas, ordenamientos como el de Estados Unidos son más laxos o flexibles a la hora de establecer requisitos de acceso y concesión de la descarga de las deudas, lo cual repercute en que para los deudores sea más fácil la obtención de una descarga de la deuda residual. En un punto intermedio se encuentra el modelo de Francia, el cual establece requisitos de acceso a la descarga de la deuda vinculados a la

---

<sup>279</sup> De acuerdo a JUDE (2003) *Le droit international...*, cit., p. 137, el carácter colectivo del procedimiento francés tiene por finalidad principal la protección del deudor. El hecho de que se privilegie una solución no jurisdiccional obedece a la razón de que el procedimiento concursal del consumidor se preocupa principalmente por el deudor. En tal sentido, JUDE (2003) *Le droit international...*, cit., p. 187, señala que "*Ces mécanismes sont adaptés et simplifiés pour être en adéquation avec la structure du patrimoine des particuliers et répondre à leurs besoins en fonction de leur situation personnelle et familiale. Le pragmatisme et la protection du débiteur sont de rigueur*". RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p.299, expresa que la necesidad de que el procedimiento de sobreendeudamiento esté reservado a deudores de buena fe se debe a que "*Le prononcé du surendettement apparaît, aux termes de la loi, comme un bénéfice, donc ne faveur qui est faite à un débiteur qui n'a pas bien géré ses affaire ou qui vécu au-dessus de ce que ses moens lui permettaient, en ayuant, en particulier, recours au crédit.*"

<sup>280</sup> HUGON, Christine (2005) "L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel", en *Contrats, concurrence, consommation*, N° 10, p. 14, expresa que, en efecto, tanto el derecho de empresas en dificultad, como el derecho de sobreendeudamiento de particulares, han consagrado "*l'idée d'une supériorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers est désormais bien ancrée.*"

<sup>281</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 269, señala que "*The Commission adhered firmly and unanimously to the notion that debtors could escape their unpaid debts only by agreement with creditors. Bankruptcy law served in the first instance to facilitate creditor'enforcement of the debtor's obligations, the Commission insisted, "it is in no way to function as a 'debt-divestiture proceeding' to help the debtor to rid himself of his obligations.*"

<sup>282</sup> La Historia de la configuración de la InsO, da cuenta de la resistencia a que el modelo alemán contara con un alivio de la deuda similar a los modelos anglosajones y de una preeminencia de la satisfacción del interés de pago de los acreedores por sobre otros objetivos. Así, KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 281.

<sup>283</sup> AHRENS, Martin (2011) "Eckpunkte des Bundesjustizministeriums zur Reform der Verbraucherinsolvenz", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 11, p. 429; HENNING, Kai (2014) "Die Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens gem. § 300 InsO n.F. – aus Schuldnersicht", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 219.

buena fe del deudor y su nivel de sobreendeudamiento. En el otro extremo, ordenamientos restrictivos como el de Alemania, establecen mayores y más drásticos requisitos, tanto de acceso al procedimiento concursal, especialmente el de alivio, tanto de concesión del alivio, y que tornan más dificultoso al deudor el logro de la descarga de la deuda y, de esta forma, del *fresh start*.

## **7.2. Fomento de las soluciones consensuadas en los procedimientos concursales.**

Un elemento que diferencia el tratamiento de la insolvencia de la persona física en los ordenamientos comparados es el grado de fomento que la legislación promueve a las soluciones consensuadas al problema económico financiero que afecta al deudor.

El ordenamiento alemán, motivado principalmente por el objetivo de satisfacción de los acreedores —y que supedita al objetivo de otorgar alivio al deudor de buena conducta—, consagra herramientas como la asesoría de la deuda y un procedimiento concursal escalonado con diversas sub etapas, como son el intento de acuerdo extrajudicial, el plan de liquidación judicial y el periodo de buena conducta o *wohlverhaltensperiode*, que persiguen el fomento de las soluciones consensuadas amigables extrajudiciales<sup>284</sup> o judiciales a través de la reestructuración de la deuda<sup>285</sup> y/o, en último término, el pago en la mayor medida de lo posible a los acreedores.

De acuerdo a lo anterior, y según la § 305 InsO, el intento de acuerdo extrajudicial está condicionado o subordinado a una certificación previa a cargo de una persona o entidad de Asesoría de Deudas habilitada, quien, previa consulta personal y examen detallado de las circunstancias e ingresos y bienes del deudor<sup>286</sup>, determinará antes del inicio del procedimiento que el intento de acuerdo o liquidación extrajudicial es útil<sup>287</sup>, situación en la cual el intento de acuerdo extrajudicial será obligatorio para el deudor. En el mismo marco de fomento a las soluciones consensuadas, en etapa de

---

<sup>284</sup> LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 317.

<sup>285</sup> En este sentido HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 133; STEPHAN, Guido (2012) "Die Streichung der §§ 307 bis §310 InsO im Regierungsentwurf vom 18. 7. 2012", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 9, p. 66; JÄGER, Ulrich (2003) "Gläubigerbeteiligung und Gläubigerinteressen im Insolvenzverfahren natürlicher Personen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 2, p. 56; LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 317; HARTENBACH, Alfred (2003) "Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 63; HENNING, Kai (2012), "Die Stärkung der außergerichtlichen Verhandlungen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 127

<sup>286</sup> Así, HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 11.

<sup>287</sup> En este contexto, SAAGER, Stefan (2016) "Stephan-Kommission: Vorschläge zur Stärkung der außergerichtlichen Einigung im Privatinsolvenzverfahren", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 213.

procedimiento de insolvencia, el juez tiene la facultad de reemplazar, a solicitud de un acreedores o del deudor, las objeciones de un acreedor al plan de liquidación judicial por un consentimiento favorable en caso que el plan haya sido aprobado por más de la mitad de los acreedores mencionados y la suma de las reclamaciones de los acreedores que hayan manifestado su consentimiento sea más de la mitad de las reclamaciones de los acreedores mencionados<sup>288</sup>. Por su parte, tras culminar sin éxito la fase de acuerdo extrajudicial o judicial, durante el término de seis años del periodo de buena conducta, el deudor deberá llevar a cabo los mayores esfuerzos para hacer pago a sus acreedores antes de lograr un alivio de la deuda residual<sup>289</sup>.

El caso del ordenamiento estadounidense, más liberal y motivado por el objetivo de otorgar un alivio al deudor, consagra procedimientos concursales independientes el uno del otro, con objetivos diferenciados de pago a los acreedores o liquidación de bienes, con la posibilidad de que el deudor pueda elegir, en principio, libremente el procedimiento al cual someterse. No obstante, actualmente y tras la reforma de la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* de 2005 (BAPCPA), atendido a la consagración de la herramienta objetiva y automática del *means test*, el plan de pagos del Capítulo 13 y por tanto la solución en base a un acuerdo entre las partes, es posible de imponer al deudor en todos aquellos casos en que presenta un monto mínimo de recursos determinado en la ley.

A diferencia del modelo alemán, en el cual se privilegian las soluciones consensuadas y el pago a los acreedores en la mayor cantidad posible en todos los procedimientos concursales, y alejándose del modelo estadounidense, en el que se consagra la institución del *means test*, el ordenamiento francés, motivado por el objetivo de otorgar un alivio al deudor de buena fe, consagra un procedimiento que, configurado en fases independientes entre sí, y que buscan el pago de los acreedores o la liquidación, son aplicadas de manera independiente la una de la otra en base al criterio del nivel de sobreendeudamiento del deudor, que delimita su ámbito de aplicación. Buscando un término medio entre un criterio objetivo o excesivamente automático y uno subjetivo, el

---

<sup>288</sup> La § 309 InsO señala dos excepciones a esta facultad: el acreedor que planteó objeciones y no se encuentra debidamente involucrado con los demás acreedores y el caso en que sea probable que el acreedor empeore financieramente con el plan de reestructuración más de lo que sería a través de la aplicación del procedimiento de insolvencia y alivio de la deuda residual.

<sup>289</sup> AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 430; BALZ, Manfred (1988) "Logik und Grenzen des Insolvenzrechts", en *ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 22, p. 1445, estimando que el procedimiento alemán incentiva el mayor esfuerzo por parte del deudor para pagar a sus acreedores, expresa que el alivio de la deuda residual está subordinado al propósito de cumplimiento de la responsabilidad del deudor.

mismo posibilita el fomento de las soluciones amigables<sup>290</sup> solo en caso que la situación de sobreendeudamiento del deudor no se encuentre irremediabilmente comprometida<sup>291</sup>.

### 7.3. La duración del procedimiento concursal.

Otro elemento que diferencia el tratamiento que de la insolvencia de la persona física efectúan los ordenamientos es el de la duración del procedimiento mismo. En efecto, vinculado también al objetivo que cada sistema normativo considera como preeminente en la regulación concursal propiamente tal, los legisladores disponen un término de duración mayor o menor del procedimiento; duración que, en la práctica, se refleja en la existencia de más o menos requisitos, etapas o barreras, para la obtención de una descarga de la deuda.

Así las cosas, ordenamientos como el estadounidense o francés, establecen procedimientos concursales para tratar la insolvencia de la persona física configurados por un único gran procedimiento o una sola etapa, respectivamente, cuyo ámbito de aplicación es determinado en base a un criterio vinculado a determinadas circunstancias del deudor —nivel de sobreendeudamiento en Francia y test de recursos en Estados Unidos—, y que posibilitan un tránsito más expedito hacia la obtención de la descarga de la deuda y, consecuentemente, al *fresh start*.

En el otro extremo, el ordenamiento alemán establece un único procedimiento con diversas etapas y sub etapas que, en base al objetivo primordial de satisfacción a los acreedores, impone un término más largo del procedimiento y una mayor cantidad y más restrictivos requisitos para las concesiones de un alivio de la deuda residual. Solo a modo de ejemplo de este último caso, y según hemos comentado previamente, encontramos las instituciones del periodo de buena conducta o *wohverhaltensperiode*, las causales de rechazo del alivio de la deuda y las anotaciones de la denegación o revocación del alivio en los registros de deudores.

De acuerdo a lo anterior, en etapa de procedimiento de insolvencia, según las §§ 290 (1)(5 y 6) y § 297b InsO, tanto en la sub fase de acuerdo amistoso extrajudicial, como en la de plan de liquidación judicial, el deudor está obligado a cumplir una

---

<sup>290</sup> En este contexto, KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 635.

<sup>291</sup> PAISANT (2004, N° 3) "Chroniques...", cit., p. 622, señala que "[...] l'ouverture du rétablissement personnel se justifie par le fait qu'il était impossible d'apurer le passif du débiteur par la mise en œuvre des mesures inhérentes à l'autre procédure.". PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 576, señala que "Le surendettement de base conduit à un redressement amiable [...]"

obligación de cooperación e información<sup>292</sup>, así como con la obligación de buscar un empleo adecuado que le reporte los recursos apropiados para hacer pago a los acreedores, desde el inicio del procedimiento al momento de presentar su solicitud<sup>293</sup>, las cuales, en caso de incumplimiento, conllevan la denegación del alivio de la deuda residual durante el transcurso del procedimiento concursal o, en su caso y cumpliéndose ciertos requisitos legales, la revocación del alivio de la deuda residual concedido tras la finalización del periodo de buena conducta<sup>294</sup>.

A su turno, en la etapa de procedimiento de alivio, tras la solicitud de alivio de la deuda, y como corolario del objetivo del procedimiento concursal de otorgar alivio solo al deudor honesto, el tribunal evaluará de oficio la concurrencia de ciertas causales de denegación de la solicitud de alivio en virtud de la § 287a InsO<sup>295</sup>. Tales causales, relacionadas principalmente a la concurrencia de ciertas circunstancias en la persona del deudor, por ejemplo vinculadas a condena por delitos previos o la aplicación o denegación previa de un alivio de deuda, tienen como consecuencia la inadmisibilidad de la solicitud de alivio y la imposición de un periodo de tiempo determinado (periodo de bloqueo) en el cual el deudor estará privado del derecho a solicitar el alivio de la deuda<sup>296</sup>.

Por otro lado, durante el periodo de buena conducta, que se configura por un término general de seis años, que podrá ser rebajado en función del cumplimiento de ciertos requisitos vinculados a la satisfacción de cierto porcentaje de los créditos de los acreedores<sup>297</sup>, el deudor deberá dar cumplimiento a una serie de obligaciones como

---

<sup>292</sup> En este sentido, STEPHAN, Guido (2012) "Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 89.

<sup>293</sup> En tal sentido GRAF-SCHLICKER, Marie Luise (2014) "Insolvenzrechtsreform 2014 – aus dem Blickwinkel des Gesetzgebungsverfahrens", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 204.

<sup>294</sup> DICK, Judith (2007) "Versagungsgründe - aktuelle Rechtslage und Neuregelung durch den Referentenentwurf 2007", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 123.

<sup>295</sup> De acuerdo a HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 249.

<sup>296</sup> LAROCHE, Peter (2011) "Die "Sperrfristrechtsprechung" des BGH – Gefährliche Stolperfalle auf dem Weg zur Restschuldbefreiung", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 10, p. 73. El PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA INSO DE 2012, DEL GOBIERNO FEDERAL PARA EL ACORTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE ALIVIO DE LA DEUDA Y FORTALECER LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES, DEUTSCHER BUNDESTAG - DRUCKSACHE 17/11268, de 31 de octubre de 2012, BT-DRUCKS. 17/11268, p. 25, expresa que el requisito de admisibilidad de § 287a (2) InsO-E crea una barrera para un procedimiento de recuperación de deuda abusivamente repetido.

<sup>297</sup> La principal justificación utilizada por la Reforma de la InsO de 2014 para el acortamiento del procedimiento de alivio de la deuda residual fue el fomento al emprendimiento. Así, AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 429; STEPHAN, Guido (2011) "Die Reform des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 4, p. 25; SCHMERBACH,

consecuencia del objetivo del procedimiento concursal de otorgar alivio solo al deudor honesto supeditado al objetivo de satisfacción de los acreedores, entre las cuales destacan, la obligación de información y cooperación y las obligaciones de adquisición y pago, configurada por los deberes de efectuar una actividad remunerada apropiada que le provea de ingresos adecuados para pagar a sus acreedores (§§ 290 (1) (7) y 295, respectivamente, de la InsO)<sup>298</sup>. En la medida que el deudor no hubiere dado cumplimiento a sus obligaciones durante el periodo de buen comportamiento, el tribunal podrá denegar o revocar el alivio de la deuda residual a solicitud de los acreedores en virtud de las §§ 290 (1), 296, 297a y 303 InsO.

Finalmente, en virtud de la § 300 InsO el deudor tendrá la facultad de acortar el periodo de buena conducta a 5 años si al cabo de tal periodo ha cubierto los costos del procedimiento, o a 3 años si en tal término ha logrado cubrir el 35% de las obligaciones adeudadas<sup>299</sup>. Se aprecia de esto que en función del objetivo de otorgar alivio al deudor honesto supeditado a la satisfacción de los acreedores, el acortamiento de la duración del periodo de buena conducta está condicionado al pago de cierto porcentaje de los créditos por parte del deudor<sup>300</sup>.

#### **7.4. Criterios delimitadores del ámbito de aplicación de los procedimientos concursales.**

Finalmente, y aunque no vinculado al objetivo que los ordenamientos respectivos estiman de mayor importancia en la regulación, sino que vinculado a la idea de limitar el abuso de la herramienta de la descarga de la deuda en los procedimientos concursales a través de la limitación del acceso libre al procedimiento concursal que lleva a la descarga de la deuda, los modelos comparados han ideado diversos criterios para delimitar el ámbito de aplicación de las fases o etapas que estructuran el procedimiento concursal de la persona física.

---

Ulrich (2012) "Änderungen in Insolvenzverfahren natürlicher Personen – Der Regierungsentwurf vom 18. 7. 2012", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 8, p. 58.

<sup>298</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 280.

<sup>299</sup> De acuerdo a la § 300 de la InsO, solo en casos en que los acreedores no hubieren verificado sus créditos, o bien, en caso de que el total de los créditos de los acreedores hubieren sido cubiertos, el periodo de buena conducta podrá no llevarse a cabo, procediendo el juez a declarar el alivio de la deuda de manera inmediata.

<sup>300</sup> AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 429. De acuerdo a HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 219, siguiendo la exposición de motivos de la ley en BT-DRUCKS., 17/11268, cit., p. 30, la reducción del procedimiento está vinculada, en sentido de sistema de incentivos, a una satisfacción parcial de los acreedores, que debe lograrse a través de apoyo financiero de familiares y amigos del deudor.

Por cuanto nos interesa a esta altura, basta señalar que el ordenamiento francés considera el nivel de sobreendeudamiento del deudor persona física<sup>301</sup> para determinar el ámbito de aplicación de las dos etapas del procedimiento —*redressement o rétablissement personnel*—<sup>302</sup>, imponiendo la fase de pago —amigable o contenciosa— solo en caso de que la situación del deudor se encuentre irremediablemente comprometida<sup>303</sup>.

En el caso del modelo estadounidense, a través del *means test* o test de recursos del deudor, en caso que el deudor presente una cantidad de recursos mayor a un límite de montante previamente determinado por la ley de manera determinada e invariable, es obligado a un procedimiento de plan de pagos del Capítulo 13 del *Bankruptcy Code*. De acuerdo a la sección 707(b)(1) del *U.S. Code*, a través de la herramienta, el sistema identifica a deudores con mayores ingresos, de manera de apreciar la existencia de ingresos disponibles suficientes que permitan fundar un viable plan de pagos del Capítulo 13<sup>304</sup>.

Finalmente, el ordenamiento alemán contempla al inicio del procedimiento de insolvencia una evaluación de la situación económico financiera del deudor a través de la asesoría de la deuda para determinar los casos en que un acuerdo extrajudicial de pagos es útil o procedente. De acuerdo a la § 305 InsO, a través de una consulta personal y examen detallado de las circunstancias e ingresos y bienes del deudor<sup>305</sup>, una persona o entidad de Asesoría de Deudas habilitada, certificará antes del inicio del procedimiento que el intento de acuerdo o liquidación extrajudicial es posible o útil<sup>306</sup>. La utilidad del acuerdo significa en términos concretos que para el deudor le es posible

---

<sup>301</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., pp. 25 y 27; GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 5.

<sup>302</sup> PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 674. En tal sentido, PAISANT (2010, N° 1) "Chroniques...", cit., p. 213, expresa que, la situación irremediablemente comprometida tiene interés práctico en términos de procedimiento aplicable, y de medidas susceptibles de ser aplicadas.

<sup>303</sup> En tal sentido, KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 655.

<sup>304</sup> CULHANE, Marianne B. y WHITE, Michaela M. (2005) "Catching can-pay debtors: is the means test the only way?", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 13, p. 672. DICKERSON, A. Mechele (2001) "Bankruptcy reform: does the end justify the means?", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 75, p. 271. ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., pp. 1388 y 1405. MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 414. PÉREZ, Roma (2013) "Not "special" enough for chapter 7: an analysis of the special circumstances provision of the bankruptcy code, en *Cleveland State Law Review*, Volumen 61, p. 989. WEDOFF, Eugene R. (2005) "Means testing in the new § 707(b)", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 79, p. 231, expresa que el propósito del *means test* es "[...] to measure the ability of Chapter 7 debtors to repay debt and then, if they have sufficient debt-paying ability, to make them repay at least some of their debt-likely through Chapter 13-in order to receive a bankruptcy discharge.". SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 557, señala que uno de los objetivos de la BAPCPA fue reducir el número de solicitudes de concurso.

<sup>305</sup> HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 11.

<sup>306</sup> SAAGER (2016) "Stephan-Kommission...", cit., p. 213.



hacer frente a sus obligaciones a través de un acuerdo extrajudicial tanto para con sus acreedores como en relación a las deudas vinculadas a los costos del procedimiento, situación en la cual el deudor deberá someterse a un intento de pago consensuado para con sus acreedores<sup>307</sup>.

### **SECCIÓN 3ª. EL PRINCIPIO DEL FRESH START. PRINCIPIO RECTOR DE LA MODERNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA.**

#### **1. Generalidades.**

Tal como hemos señalado previamente, la expresión *fresh start* debemos entenderla en dos sentido, uno amplio y uno restringido. Mientras que respecto del sentido amplio ya dimos cuenta de su significado, en esta sección nos referiremos a su sentido restringido.

Pues bien, al referirnos *fresh start* en su sentido restringido, dijimos que la expresión alude a un elemento del procedimiento concursal de la persona física con funcionalidad particular. Para una mejor explicación, preciso es tener presente las siguientes premisas, que emanan de conclusiones consideradas hasta ahora.

Los antecedentes históricos y materiales que facilitan la comprensión del origen y desarrollo de la idea de *fresh start* dan cuenta, en primer lugar, de la evolución de un procedimiento de cumplimiento de obligaciones de persona física desde uno que ligaba la exigencia de responsabilidad por las deudas a la persona misma del deudor a uno de bancarrota aplicable a la persona física que para hacer efectiva la responsabilidad se enfoca en el patrimonio.

En segundo lugar, las crisis económicas que afectan a la persona y el entorno familiar cercano del deudor persona física, desde donde la idea de alivio para la persona física surge como respuesta a las graves consecuencias que acontecimientos históricos impusieron en la persona y su familia. Tanto en la tradición del *common law* como en la del derecho continental, es este un antecedente que se repite como tónica, sea en el origen y desarrollo, sea en la introducción en los ordenamientos, de una legislación concursal destinada a la solución de la insolvencia de las personas física, primero comerciantes y luego no comerciantes. A modo de ejemplo en la época contemporánea,

---

<sup>307</sup> De acuerdo a SAAGER (2016) "Stephan-Kommission...", cit., p 213, si bien el intento no es obligatorio, es obligatoria la presentación del certificado, estableciéndose como condición del procedimiento.

es como consecuencia de la crisis de los años 80 del siglo pasado que los ordenamientos europeos comienzan a establecer procedimientos y mecanismos concursales para la persona física y, en el caso especial de España, no es sino hasta las graves consecuencias de la crisis del 2008 que, de manera definitiva, se contempla una regulación destinada al tratamiento especial de la insolvencia de las personas físicas.

Por otro lado, se constata un cambio de paradigma en la visión hacia la persona del deudor persona física, primero comerciante, y luego no comerciante, que significa una valoración negativa de la prisión por deudas y la ejecución de medidas físicas sobre la integridad del deudor, para posteriormente derivar en la necesidad de descarga de la deuda residual.

Si bien es cierto que en la actualidad la distinta naturaleza de la persona deudora, y las ventajas que significan para la persona jurídica la limitación de responsabilidad y la liquidación en el concurso, dan razones para que al deudor persona natural deba necesariamente aplicársele mecanismos de alivio particulares<sup>308</sup>; no es menos cierto que tales razones no apuntan a las justificaciones por las cuales al deudor persona física necesariamente ha de aplicársele una descarga de la deuda. Sin perjuicio de lo anterior, considerando la evolución histórica de la regulación destinada al alivio de la crisis del deudor persona física, no es dable desconocer que la razón antes aludida solo surge una vez que las formas asociativas emergen y son consideradas como mecanismos útiles para una limitación de la responsabilidad ante los riesgos del comercio y donde es posible contrastar las consecuencias que tales mecanismos importan para cada tipo de deudor. En este contexto, se constata que la comprensión de la naturaleza del sujeto pasivo del procedimiento de bancarrota por sí sola da cuenta de la necesidad de una regulación especial de la crisis, primero para los deudores persona física comerciantes, y luego para los deudores personas físicas no comerciantes; y solo con el surgimiento posterior de las formas de asociatividad con limitación de responsabilidad la comprensión de esta especial naturaleza de persona natural del sujeto pasivo de la bancarrota termina contraponiéndose a la naturaleza de persona jurídica concursada.

---

<sup>308</sup> Así, PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 13; CUENA, Matilde (2009) "Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 7. Texto disponible en: <https://eprints.ucm.es/9714/>, p. 18.

## 2. La conceptualización del *fresh start* como una política.

Cuando nos preguntamos "qué es" algo, nos estamos preguntando por el "ser" de ese algo, o, si se quiere, por su naturaleza. Aunque si bien en el ejercicio de determinar o definir el ser de ese algo puede ser de utilidad su manera de comportamiento, aplicación o procedencia, ello solo posibilita el conocimiento de ciertos elementos que pueden ser parte del todo de algo y de las consecuencias o efectos que ese algo tiene a través de tales elementos; sin embargo, no permiten la delimitación, definición o conceptualización del ser propio de ese algo. La determinación del ser de algo es importante puesto que con ello no solo se facilita su identificación en el mundo de los objetos materiales o inmateriales, sino que además, y en mayor medida, puesto que ello posibilita una correcta comprensión de los efectos o consecuencias que ese algo tiene en el mundo, y de los objetivos o fines de su existencia. En tal sentido, el conocimiento del "ser" de algo nos permite responder a los "por qué" o "para que" del mismo.

La gran mayoría de las veces, al definirse al *fresh start* o nuevo comienzo se indica que es un objetivo del procedimiento concursal de la persona física que se logra a través de la descarga o liberación de la deuda residual (*discharge*)<sup>309</sup>.

Respecto a esta conceptualización llama la atención que la definición considera al *fresh start* como un objetivo del procedimiento concursal de la persona física. Desde esta consideración, al definirse un algo como parte de otro algo, sea atendiendo a su importancia, su finalidad o su carácter principal en ese otro algo, estaremos respondiendo al "por qué", o incluso al "para qué" del algo en estudio, pero no nos estaremos refiriendo al "qué es" ese algo. El problema de la indefinición del "ser" de este algo planteado al inicio se manifiesta en la conceptualización dada del *fresh start* como objetivo del procedimiento concursal de la persona física. Ahora, el hecho de que se contemple al *fresh start* como objetivo del procedimiento concursal no es una idea equivocada —como veremos—, solo que no es correcta como definición que apunte a su "ser".

---

<sup>309</sup> De esta forma se refieren al *fresh start* GROSS (1986) "Preserving...", cit., p. 60; LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 67; JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., nota al pie N° 7, p. 232 ; CULHANE, Marianne B. y WHITE, Michaela M. (1999) "Debt after discharge: an empirical study of reaffirmation", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 73, p. 710; HOWARD (1987) "A theory...", cit., p. 1047; p. 239; VIGENAU y BOURIN (2012) p. 25; JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., p. 3727; TABB (2001) "The death...", cit., p. 6; FLINT (1991) "Bankruptcy...", cit., p. 515; JACKSON (1986) *The logic...*, cit., p. 225.

Los antecedentes históricos y materiales dan cuenta que el concurso de la persona física moderno se ensambla o construye en torno al, o sobre la idea de, *fresh start* o nuevo comienzo, y que en el sentido amplio de la expresión, como hemos dejado sentado, ha de ser entendido como sinónimo de "alivio del deudor". Considerando que el *fresh start*, si bien no es *per se* un objetivo de algo, sí es funcionalmente el objetivo del procedimiento concursal de la persona física, la idea de un nuevo comienzo para el deudor se ha caracterizado como una política: la política del *fresh start*<sup>310</sup>. Bajo esta caracterización, el *fresh start* se considera una política que beneficia al deudor con una liberación de la deuda en el procedimiento concursal de persona física al cumplirse los requisitos que establece la legislación respectiva. En efecto, se ha indicado<sup>311</sup> que, la *discharge* de la deuda es "un «beneficio» que los distintos ordenamientos contemplan en conexión con la concurrencia en el deudor de determinadas condiciones legalmente establecidas, de las que pueda desprenderse que nos hallamos ante un «deudor bueno pero desafortunado». Con ello, no se hace referencia a una categoría ético-moral, sino al modo en que el deudor ha venido gestionando en la práctica su actividad económica, en particular en relación a las obligaciones que ha contraído y las causas de su inicial sobreendeudamiento [...]".

Aunque si bien es cierto, y de nuevo considerando los antecedentes históricos en torno al origen y concreción de la idea de *fresh start*, que el nuevo comienzo se constituye como un beneficio para el deudor, la definición de la institución como una política adolece de los siguientes problemas: en primer lugar, que tal identificación apunta a una caracterización de la institución que, como tal, pretende presentar o describir un rasgo característico, pero no la define, como tal, en su ser; y en segundo lugar, porque caracterizar al *fresh start* como política es equivocado. Este segundo punto requiere una mayor explicación.

De las variadas acepciones de la palabra política podemos señalar que, en términos generales, se refiere a una actividad de quien rige los asuntos públicos, un conjunto de orientaciones y directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado<sup>312</sup>. Esta acepción coincide en términos generales con el concepto de *policy* o política pública, la cual, dentro de sus variadas

---

<sup>310</sup> En este sentido se refieren al *fresh start* JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1394; HALLINAN (1986) "The "fresh start"...", cit., p. 51; EFRAT (2002) "Global trends...", cit., p. 81; PULGAR (2008) "Concurso...", cit., pp. 13 y 14; PULGAR (2016) *Preconcuralidad...*, cit., p. 902.

<sup>311</sup> PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 14.

<sup>312</sup> Definiciones 8 y 12 de la RAE.

conceptualizaciones, se refiere a una concatenación de acciones o decisiones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y ocasionalmente privados, a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo<sup>313</sup>, o un conjunto de decisiones gubernamentales —legitimadas institucionalmente— que implican la selección y el desarrollo (implementación) de una serie de fines, objetivos, instrumentos y medidas de actuación, así como la asignación de la movilización de una serie de recursos —humanos, materiales, presupuestarios, etc.— cuya finalidad es no solo solventar o prevenir una situación definida como problemática, sino también orientar o modificar conductas y cambiar o transmitir nuevos valores, por lo que contribuyen, de esta manera, a transformar la sociedad, a garantizar la cohesión social y a dotar de legitimidad al sistema político<sup>314</sup>. Así, una política entendida desde esta perspectiva es una serie de decisiones o acciones, intencionalmente coherentes que, tomadas por diferentes actores públicos o no públicos, tienen por finalidad resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo, a través de actos formales que buscan modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, han originado el problema colectivo a resolver, en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión<sup>315</sup>.

Desde estas consideraciones es comprensible que el *fresh start* haya sido caracterizado como una política, puesto que desde el punto de vista de sus antecedentes históricos, habría nacido como respuesta a los problemas directa e indirectamente derivados de la crisis económica en la persona del deudor y su familia. En tal contexto, el *fresh start* se habría concretizado como un objetivo cuyo logro beneficiaría a un conjunto de personas con finalidad de, a través de la modificación de cierto estado de cosas, resolver de manera puntual el problema de la insolvencia de los deudores personas físicas a través de actos formales o mecanismos como la descarga de la deuda. Así las cosas, la política del *fresh start* buscaría como objetivo el alivio del deudor persona física a través del mecanismo de la descarga de la deuda, de manera de solucionar el problema colectivo de la insolvencia de las personas naturales.

La definición de *fresh start* en estudio obedece a su consideración como política, y es desde tal concepción que se destaca su papel como objetivo del procedimiento

---

<sup>313</sup> PASTOR ALBALADEJO, Gemma (2014) *Teoría y práctica de las políticas públicas*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 20, citando a Koepfel, Larrue, Varene, Hinojosa (2007).

<sup>314</sup> PASTOR (2014) *Teoría...*, cit., pp. 22 y 23.

<sup>315</sup> SUBIRATS, Joan, KNOPFEL, Peter, LARRUE, Corine y VARONE, Frédéric (2010) *Análisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona: Editorial Ariel. Ciencia Política, p. 38.

concurzal de la persona física. Las justificaciones de la descarga de la deuda, en este sentido, apuntan al logro de ciertos objetivos o finalidades de interés público, cuya concreción a través del mecanismo del *discharge* hace posible la política del *fresh start*. Desde este punto de vista, se aprecia la vinculación directa en el concepto de *fresh start*, por una parte, de la idea del logro de ciertos objetivos a través del *discharge*, y que conlleva, por otro, el logro de la finalidad de la política.

Como ya expresamos previamente, la caracterización del *fresh start* como un objetivo del procedimiento concursal de persona física, si bien es correcta, no es suficiente para definir su ser. Por otro lado, la conceptualización del nuevo comienzo como una política —que vincula directamente y permite destacar su carácter de objetivo del procedimiento concursal de persona física— si bien responde al contexto histórico en que nace y a su forma de operar, impide una adecuada comprensión de su real ser; todo lo cual se pone de manifiesto en un simple pero importante hecho que merece especial atención: que el *fresh start* no es un conjunto de directrices políticas maleables y supeditadas a otros intereses colectivos en función del poder político de turno, sino que del *fresh start* emana realmente un derecho para el deudor persona física, el derecho al alivio.

Para comprender de mejor forma la idea anterior, será preciso pasar a la segunda parte de nuestra crítica a la conceptualización del *fresh start* como política; lo que nos llevará a analizar la segunda de las acepciones de la palabra, cuya contraposición, como veremos, se encuentra en la noción de principio.

### **3. La noción general de principio como contraposición a la noción de política.**

Una acepción de la palabra política o *policy* es aquella que se contrapone a la noción de principio. Bajo esta concepción, una política es una directriz u orientación que persigue una finalidad concreta de interés colectivo<sup>316</sup>, mientras que un principio será un tipo especial de norma que ordena que algo sea realizado o no en la mayor medida de los posible<sup>317</sup>. Desde el punto de vista estructural, tanto la una como la otra se establecen de manera general y muchas veces utilizando términos indeterminados, las cuales, a su vez, son dirigidas a un porcentaje de la población indeterminado. Sin perjuicio de ello, la diferencia entre ambas es clara: mientras que la política no

---

<sup>316</sup> DWORKIN, Ronald (1984) *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, p. 82.

<sup>317</sup> ALEXI (2002) *Teoría...*, cit., p. 86.

constituye una norma jurídica propiamente tal, sino que un conjunto de acciones encaminadas a un fin pretendido como adecuado, conveniente o, en fin, bueno — aunque pudiere estar compuesta por normas—, el principio es en efecto una norma jurídica que manda, prohíbe o permite<sup>318</sup>. Así, mientras que la noción de política se circunscribe a un punto de vista axiológico o valorativo, la noción de principio se refiere a un concepto deontológico. El carácter deontológico del principio lo diferencia del carácter axiológico de la política.

Desde tales consideraciones, si bien la conceptualización del *fresh start* puede obedecer a la noción de política, es preciso determinar si aquella podría ser coincidente con la noción de principio. En la medida que esto sea así, no sería posible definir al *fresh start* como una política, sino como principio, pues atendido a sus diferencias es este excluyente de aquel. Debemos preguntarnos entonces si el *fresh start* es o no un principio.

Adelantando que nuestra hipótesis es que el *fresh start* es efectivamente un principio, para dar cuenta de tal naturaleza, previamente es preciso señalar que: aunque la distinción fuerte entre *policy* (como noción) y principio sustentada por Dworkin<sup>319</sup> posibilita la concreción de un criterio diferenciador entre una política y un principio; entendiéndose actualmente que los principios también pueden referirse a bienes colectivos<sup>320</sup> o a normas programáticas o directrices que estipulan la obligación de perseguir un determinado fin<sup>321</sup>, aquel criterio de diferenciación entre una política y un principio se diluye. Sin perjuicio de lo anterior, la definición o delimitación del ser de un principio se construye enfrentado a la conceptualización de regla.

Para lo que nos interesa en nuestro estudio, adoptaremos la teoría de la diferenciación fuerte entre regla y principio, la cual indica que entre tales existe una diferenciación, que no solo es cuantitativa o de grado, sino además cualitativa o en cuanto a la cualidad o particularidad estructural de cada una<sup>322</sup>. Nos interesa esta doctrina puesto que una teoría de la diferenciación basada en una distinción solo de grado entre regla y principio, tiene como consecuencia que el criterio de generalidad utilizado para la distinción, importe que siempre que hablemos de un principio podamos

---

<sup>318</sup> En este sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis (2005) *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid: Editorial Trotta, p. 205.

<sup>319</sup> DWORKIN (1984) *Los derechos...*, cit., pp. 82 y 90.

<sup>320</sup> ALEXY (2002) *Teoría...*, cit., pp. 109 a 111.

<sup>321</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996) *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, pp. 4 y 5.

<sup>322</sup> ALEXY (2002) *Teoría...*, cit., pp. 85 y 86.

también estar hablando, por su grado de generalidad, de una política, o viceversa; lo que tendría como consecuencia que el criterio delimitador solo se circunscribiría al carácter deóntico del principio, sin considerar las diferencias que en torno a la cualidad de los principios son del todo relevantes para nuestro trabajo.

Nuestro análisis comenzará por determinar si el *fresh start* responde a una norma prescriptiva, para luego analizar si responde a la noción de principio desde un enfoque de diferenciación estructural y funcional con respecto a una regla.

#### **4. El contenido normativo del fresh start.**

##### **4.1. El sustantivo "fresh start" y su contenido de significado prescriptivo.**

La diferencia entre una regla y un principio es analizada desde distintos puntos de vista, tanto desde un enfoque funcional como estructural, los cuales permiten apreciar ciertas particularidades determinantes de los principios y posibilitan su delimitación. Pero esta diferenciación entre regla y principio parte de la delimitación de ambos, toda vez que los dos obedecen a una característica común, la cual es que son un tipo de norma jurídica y por tanto enunciados prescriptivos que ordenan, prohíben o permiten ciertas conductas humanas<sup>323</sup>.

Una norma, no por el hecho de señalar ciertos fines, propósitos u objetivos a un determinado ente o persona (destinatario), dejándoles que ellos puedan elegir dentro de los límites de la norma los medios apropiados para lograr esos objetivos, deja de ser una norma jurídica como tal. Desde este punto de vista un enunciado que contenga una política señala ciertos fines, propósitos u objetivos a sus destinatarios, posibilitando que ellos elijan dentro de ciertos límites de acción los medios apropiados para lograr tales objetivos. Bajo este entendido, una política no se distingue de una norma de fin. La cuestión es entonces saber si un determinado enunciado contiene una disposición que pertenece al mundo del derecho, como norma, o se encuentra adscrito a otro universo de cosas. Ello nos obliga a preguntarnos cuándo una norma pertenece al derecho, lo que necesariamente nos lleva a adentrarnos en cuestiones sobre existencia y validez de las normas jurídicas.

La expresión "fresh start", además de constituirse en su sentido amplio en la manifestación expresa de la finalidad del procedimiento concursal de la persona física,

---

<sup>323</sup> RUIZ RUIZ, Ramón (2012) "La distinción entre reglas y principios y su implicación en la aplicación del derecho", en *Derecho y realidad*, II semestre, N° 20, p. 145.



desde su sentido restringido se constituye en un sustantivo. Como tal, da cuenta de, o se refiere a, la existencia real e independiente de algo dotado de esencialidad y contenido propio. Así las cosas, este algo tiene una esencialidad y contenido al que apela la expresión-sustantivo "fresh start".

Ahora bien, si queremos conocer el contenido de este algo, o a qué nos referimos cuando damos cuenta de este algo a través de un conjunto de símbolos que representan su denominación, primero que todo nos debemos situar en el contexto en el que estamos hablando. Ello porque no es lo mismo, o para lo que nos interesa, no tienen el mismo contenido de significado expresiones que se producen o generan en contextos diferentes, a pesar de plantearse, incluso, bajo los mismos signos escritos. Así por ejemplo, si utilizamos la denominación de nuestro algo en estudio, no tendrá el mismo significado, o no implicará el mismo contenido de significado, si en el contexto de asistir a un parque de atracciones decimos que "Arnold tiene un nuevo comienzo", a decir que "Arnold tiene un nuevo comienzo" en el contexto en que una operación quirúrgica exitosa pretendía salvar la vida al enfermo terminal Arnold. En el primer caso podemos estar refiriendo a que por alguna circunstancia Arnold ganó un juego gratis que le permite intentar otra vez ganar el premio gordo; mientras que en el segundo, a que Arnold, tras encontrarse cara a cara con la muerte, puede volver a disfrutar la vida gracias a la operación exitosa que le ha salvado la vida.

Entendiendo nosotros que el contexto de algo es un conjunto de circunstancias, tanto físicas (temporales o espaciales) como lingüísticas, que lo rodean y sin las cuales no se pueden comprender correctamente su significado<sup>324</sup>, es preciso contextualizar o poner en contexto nuestro algo en las siguientes circunstancias de espacio y tiempo, para lo cual nos remitimos al análisis y conclusiones efectuados en el capítulo anterior: una persona física agobiada por deudas que le imponen diferentes, deficientes, inestables o inseguros modos de desarrollo de su existencia y del de su entorno familiar, que le limitan o privan de un estado de bienestar caracterizado por un conjunto de capacidades de hacer, ser y operar individual y colectivamente en un espacio y tiempo social determinados para su persona y familia. Así las cosas, que nuestro algo esté contextualizado por este contexto, que llamaremos el contexto A, implica que el contenido de significado de nuestro algo está delimitado y se circunscribe al contexto A.

---

<sup>324</sup> Definición 1 de la RAE.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque el contexto A es una situación que en un tiempo y espacio dado contribuye a contextualizar a nuestro algo, desde el punto de vista de la pragmática, todos los factores extralingüísticos que condicionan un uso del lenguaje o el contenido de significado de una expresión, deben ser considerados para darle el contenido de significado adecuado; y en tal sentido, los factores extralingüísticos que influyen en el significado de una expresión o un algo pueden ser históricos, culturales, sociales, entre otros.

De acuerdo a lo anterior, para determinar a qué se refiere la expresión-sustantivo "fresh start", o su contenido de significado, el contexto histórico en el que se gesta y desarrolla contribuye a tal comprensión. Como se desprende del análisis del capítulo anterior, y sin pretender ser reiterativos, para estos efectos basta con señalar que el contexto histórico en que surge nuestro algo, al que llamaremos el contexto B, da cuenta de una situación o estado de cosas en que existe una necesidad o interés por una solución al problema de las consecuencias graves que el contexto A, producida por determinados acontecimientos históricos de reiterada concurrencia (guerras y crisis económicas), genera en la persona física y su familia. Y esta necesidad, que es vista como una necesidad social de superación de las consecuencias de la crisis económica, se torna en un interés común al cual el Estado debía responder. El contexto B, por tanto, es aquel en que el interés común de solucionar las graves consecuencias sociales de la crisis económica en un contexto A se traducen en un deber por parte del Estado de dar respuesta a esta necesidad social.

Considerando el contexto antes descrito, ahora sabemos que tanto la expresión que alude a nuestro algo, y su contenido de significado, se originan en el contexto B y, por tanto, se refiere, y significa, un algo que al tiempo de pretender solucionar las consecuencias sociales de la crisis económica en un contexto A, responde a un algo surgido a partir del deber del Estado de dar solución a un problema de interés social común.

Con lo anterior, ¿podemos responder a nuestra interrogante, esto es, qué significa *fresh start* en el sentido restringido?, o bien ¿qué se encuentra contenido en el sentido restringido de la expresión *fresh start*?. Ciertamente que con los contextos descritos hemos avanzado, pero aún no podemos dar una respuesta precisa. Hasta ahora solo podemos decir que el significado restringido de "fresh start", o lo que se encuentra contenido en tal expresión es un algo que obedece al carácter de ser una respuesta a un

problema social como consecuencia del deber del Estado de otorgar tal respuesta, y que por tanto, toma la forma de un deber de algo por parte del Estado.

Para poder determinar el contenido de significado de nuestro algo, deberemos responder por tanto, antes, a ese algo que el Estado debe; y para ello el contexto operativo de nuestro algo, que llamaremos el contexto C, nos proporciona la respuesta. El contexto C de nuestro algo, nos permite comprender cómo ha operado históricamente, de tal manera que sumado a los demás contextos descritos nos posibilita entrar más en detalle en torno a su significado. Y el contexto C, operativo, lo encontramos en el contexto histórico y normativo de la descarga de la deuda residual. En efecto, históricamente, a través de la descarga se ha posibilitado una materialización del deber del Estado de dar respuesta al problema enmarcado en el contexto B. La descarga de la deuda residual, como herramienta intrínseca de la regulación de bancarrota del deudor persona física, se ha constituido históricamente como una manifestación de la finalidad de otorgar alivio al deudor que se encuentra en el contexto B.

Si bien es cierto que actualmente no todos los Estados contemplan una regulación concursal destinada a la solución del problema de la insolvencia de la persona física<sup>325</sup>, lo cierto es que las circunstancias en que cada Estado decide o no contemplar una regulación concursal de la persona física podrán obedecer a una multiplicidad de factores, económicos, culturales, sociales, políticos, incluso hasta por acción del lobby<sup>326</sup>, todo lo cual escapa a los fines de análisis de este trabajo. Lo trascendental del punto es que todo Estado que pretenda jactarse de contemplar un procedimiento concursal destinado a la persona física propiamente tal habrá de contener un mecanismo de descarga de la deuda residual; lo cual es corroborado por los antecedentes históricos y justificativos de los procedimientos concursales de la personas física, la experiencia comparada, así como las sucesivas recomendaciones internacionales que sobre el punto existen actualmente<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 14, citando a Falcone, G. (2006) "La posizione del consumatore e gli istituti esdebitatori nelle recenti evoluzioni degli ordinamenti concorsuali", en *Il Diritto Fallimentare*, septiembre-octubre, pp. 845 y 846, entiende que el *discharge* no sería "[...] consustancial al tratamiento de la insolvencia de los consumidores pues de un lado en modelos como el italiano se excluye de su ámbito de aplicación precisamente a dichos consumidores y de otro en modelos como el español no se contempla mecanismo alguno de liberación de deudas [...]"

<sup>326</sup> Tal como, de acuerdo a lo descrito por CUENA (2012) "Insolvencia...", cit., p. 3, sucedía en el caso de España con anterioridad a la incorporación del mecanismo de exoneración de deudas.

<sup>327</sup> GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf) [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2016], Capítulo VI. A, p. 331; INFORME DEL BANCO MUNDIAL

Ahora bien, podríamos pensar a primera vista que de acuerdo a nuestras conclusiones a raíz del contexto B, nuestro algo tomaría la forma de un deber del Estado de otorgar una descarga de la deuda o *discharge* al deudor; sin embargo, considerando el contexto histórico sumado al contexto C, podemos comprender que la necesidad de solución del problema enmarcado en el contexto B no es solo el directamente derivado de la crisis económica financiera del deudor a través de una descarga de la deuda, sino más allá de ello, una necesidad de solucionar los problemas indirectamente derivados de la crisis del deudor, esto es, el problema de la imposibilidad de autodeterminación futura que el estado de crisis genera en la persona física y su familia; en fin, la necesidad de otorgar un alivio al deudor. En este sentido, aunque el contexto operativo C posibilita comprender cómo opera nuestro algo a través de la herramienta del *discharge*, tal como hemos dejado sentado con anterioridad, ello no avala que este último sea confundido o pretendido como sinónimo de aquel. La necesidad subyacente en el contexto B no es de descarga de la deuda, sino que, a través de una acción por parte del Estado, sea logrado un alivio del deudor.

Considerando el conjunto de contextos analizados, podemos decir que nuestro algo toma la forma de un deber del Estado de "x" para lograr un alivio del deudor persona física, y de manera resumida podemos decir que: en los contextos A, B y C, la expresión "fresh start" se refiere a un algo cuyo contenido es un deber del Estado de otorgar un alivio al deudor persona física y su familia.

Nuestro algo ahora aparece con un contenido, el cual bien podría responder a una noción de política, si entendemos que este deber del Estado de otorgar un alivio al deudor persona física busca una finalidad que se entiende adecuada para la comunidad; pero bien podría responder a una noción de principio, bajo el entendido de que al contener un deber pertenece al mundo de los enunciados prescriptivos. Continuemos argumentando en favor de nuestra hipótesis de que el "fresh start", nuestro algo, es un principio.

---

SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 329. ; PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, artículo 19; CUENA (2011) "Fresh start...", cit., p. 5, refiriéndose al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia" (DOCE 2008/C 44/19).

#### 4.2. La existencia y validez de una norma jurídica. Cuestiones dogmáticas previas y posición del autor.

Como dejamos sentado previamente, para que esta hipótesis sea correcta, nuestro algo deberá responder tanto al carácter de norma prescriptiva jurídica, como a las particularidades y características propias de un principio que derivan de la distinción entre regla y principio desde los enfoques estructural y funcional.

Pues bien, establecer que un algo es un principio jurídico es, primero, señalar que este algo es una prescripción de conducta<sup>328</sup>, y por tanto al señalar que nuestro algo es un principio estamos afirmando que el *fresh start* —nuestro algo a lo cual se refiere la expresión "*fresh start*"— es una norma prescriptiva de conducta<sup>329</sup>. Y esto es cierto desde que, como se argumentó previamente, el contenido de nuestro algo es un "deber de x", coincidente con una prescripción de conducta y, además, perteneciente al mundo deóntico<sup>330</sup>.

En segundo lugar, señalar que algo es un principio es indicar que ese algo es una norma jurídica. En este sentido, referirnos al *fresh start* como un principio supone señalar que el *fresh start* es una norma jurídica. Sobre este punto se precisa un mayor detenimiento.

Para que una norma jurídica sea tal, es necesario que, primero, sea una norma. Una norma es el significado de un enunciado<sup>331</sup> del que da cuenta una proposición normativa<sup>332</sup> que afirma que la norma existe y la describe<sup>333</sup>. En este sentido, una proposición que afirma la existencia de una norma da cuenta de la existencia de un enunciado normativo cuyo significado es la norma. Decir que en un determinado ordenamiento existe una norma que obliga a x a realizar y en caso de z, es dar cuenta de dos cosas, por un lado, de la proposición normativa que da a conocer la existencia y descripción<sup>334</sup> de una determinada formulación normativa, y en segundo lugar, una alusión al significado del enunciado "x está obligado a y en caso de z". Así las cosas, el hecho de que digamos que el *fresh start* es un principio, es decir que el *fresh start* es una norma que establece el deber del Estado de otorgar un alivio al deudor persona

---

<sup>328</sup> NINO, Carlos S. (1999) *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Editorial Ariel, p. 63.

<sup>329</sup> PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., pp. 44.

<sup>330</sup> En tal sentido, PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., pp. 42 y 43.

<sup>331</sup> PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 50.

<sup>332</sup> ALEXY (2002) *Teoría...*, cit., p. 177.

<sup>333</sup> NINO (1999) *Introducción...*, cit., p. 72.

<sup>334</sup> NINO (1999) *Introducción...*, cit., p. 72.

física. Con ello, por un lado, estamos dando cuenta de la proposición normativa<sup>335</sup>, esto es, decimos que "existe en un ordenamiento una norma que establece el deber del Estado de otorgar un alivio al deudor persona física", y por otro, aludimos al significado del enunciado "es deber del Estado otorgar un alivio al deudor persona física" o "es deber de x realizar y para z".

Sentada la norma subyacente en nuestro principio, debemos preguntarnos ahora si la misma es o no jurídica. Responder afirmativamente a esta pregunta posibilitará completar los elementos que permitan extraer al *fresh start* del universo de una política, e introducirlo como un elemento propio y perteneciente al universo de lo jurídico.

Mientras las normas son el significado de enunciados emitidos a través del uso prescriptivo del lenguaje, y por tanto no son aptos para determinar su verdad o falsedad, las proposiciones normativas son el significado de enunciados emitidos a través del uso informativo<sup>336</sup> asertivo del lenguaje, y por tanto, aptos para determinar su verdad o falsedad<sup>337</sup>. Ello significa que en el contexto de nuestro principio del *fresh start* la norma que dispone que "es deber del Estado otorgar un alivio al deudor persona física" no es susceptible de calificar como verdadera o falsa, mientras que la proposición normativa que dispone o afirma que "existe una norma que establece que es deber del Estado otorgar un alivio al deudor persona física" es susceptible de calificar como verdadera o falsa<sup>338</sup>. ¿Cómo esto se relaciona con el carácter de jurídica de la norma que vendría a constituir nuestro principio del *fresh start*?

De acuerdo a la doctrina filosófica jurídica actual, una proposición normativa que afirma la existencia de una norma determinada, susceptible de verdad o falsedad, lo será en función de que efectivamente exista o no la norma a la que alude o se refiere. Decir que x es obligatorio equivale a afirmar la existencia de una norma que dispone como obligatorio x<sup>339</sup>. En la medida que la norma jurídica efectivamente exista, la proposición que afirma su existencia será verdadera y, por tanto, dará cuenta de la veracidad de la existencia de la norma. De acuerdo a esto, nuestra proposición que afirma la existencia de una norma jurídica que establece que es deber del Estado otorgar

---

<sup>335</sup> SORIANO, Ramón (1993) *Compendio de teoría general del derecho*, 2ª edición corregida y aumentada, Barcelona: Editorial Ariel, p. 72, indica que la norma jurídica es claramente una proposición prescriptiva.

<sup>336</sup> NINO (1999) *Introducción...*, cit., p. 63.

<sup>337</sup> PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 43; MORESO, José J. y VILADAJOSA, Josep M. (2004) *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona: Editorial Marcial Pons, p. 71; NINO (1999) *Introducción...*, cit., pp. 63 y 65.

<sup>338</sup> En tal sentido, PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 51.

<sup>339</sup> ALCHURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (2000) "Norma jurídica", en Laporta, Francisco y Garzón Valdés, Ernesto (coordinadores), *El derecho y la justicia*, 2ª edición, Madrid: Editorial Trotta, p. 141.

un alivio al deudor persona física será verdadera solo si es efectivo que existe la norma jurídica que establece que es deber del Estado otorgar un alivio al deudor persona física, lo cual, por tanto, nos obliga necesariamente a corroborar si efectivamente existe o no la norma señalada y, por tanto, preguntarnos ¿cuándo entenderemos que una norma jurídica existe?. La respuesta que obtengamos proporcionará el criterio necesario para determinar si la norma a la que aludimos cuando hablamos del principio del fresh start existe en el ordenamiento jurídico. La pregunta que trataremos de responder ahora será, por tanto: ¿cuándo se entiende que existe una norma en el ordenamiento jurídico?.

Si bien existe en la dogmática jurídica una gran cantidad de criterios que pretenden dar respuesta a la pregunta<sup>340</sup>, la gran mayoría se inclina por responder a la interrogante a través de dos. Bajo el criterio de pertenencia, se entiende que una norma "xyz" existe en el ordenamiento jurídico cuando aquella pertenece a este, esto es, cuando la norma "xyz" es parte del ordenamiento jurídico determinado. Por su parte, bajo el criterio de validez, una norma jurídica existe cuando la misma es obligatoria o debe ser cumplida por los órganos del Estado, lo cual equivale a indicar que una norma jurídica existe cuando la misma es válida. Es este último un concepto de validez normativo<sup>341</sup>, donde decir que una norma es válida implica afirmar que debe ser obedecida y aplicada, que prevé razones para justificar una acción de decisión<sup>342</sup>. Por otro lado, un concepto de validez descriptivo implica afirmar que una norma es válida cuando la misma norma pertenece a un ordenamiento jurídico determinado<sup>343</sup>, lo cual nos conecta con la idea de pertenencia de una norma al ordenamiento respectivo.

Para algunos autores<sup>344</sup> una norma "xyz" será válida en el sentido normativo, esto es, con fuerza obligatoria, cuando como condición necesaria de tal validez o fuerza obligatoria, la norma pertenece a un sistema jurídico vigente<sup>345</sup>, lo cual ocurrirá solo si tal norma está autorizada por otras normas del sistema<sup>346</sup>.

---

<sup>340</sup> Encontramos criterios como el que entiende que existencia es sinónimo de validez de la norma, existencia como eficacia, existencia como pertenencia al ordenamiento jurídico. Dando cuenta de los mismos, PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 74, adhiere a la validez como equivalente de existencia.

<sup>341</sup> SORIANO (1993) *Compendio...*, cit., p. 94.

<sup>342</sup> NINO (1999) *Introducción...*, cit., p. 134.

<sup>343</sup> PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 74; NINO (1999) *Introducción...*, cit., p. 135.

<sup>344</sup> Nino interpretando el análisis de Raz respecto del concepto de validez de Kelsen. NINO (1999) *Introducción...*, cit., p. 137.

<sup>345</sup> SORIANO (1993) *Compendio...*, cit., pp. 94 y 95, expresa que la acepción de validez normativa o "fuerza obligatoria de la norma no tiene que ver con su justificación, o fundamentos de su fuerza obligatorio, sino que es la fuerza o vinculación derivadas de su misma pertenencia al sistema jurídico". Así, la acepción de validez normativa como fuerza obligatoria de la norma deriva de la acepción de validez formal como existencia de la norma en el ordenamiento jurídico.

<sup>346</sup> En este sentido se refiere PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 75.

En torno a las concepciones de validez, preciso en señalar que predicar la validez de una norma en función de su justiciabilidad o necesidad de ser obedecida implica una concepción valorativa del ordenamiento jurídico, que se circunscribe al ámbito de un juicio de deber ser, y por tanto, un presupuesto<sup>347</sup>. En este sentido, para evitar discusiones que nos llevarían a adentrarnos en problemáticas relacionadas a la vinculación entre derecho y moral —y que escapan a este trabajo—, optaremos por considerar un concepto de validez descriptivo, con lo cual entenderemos que una norma "xyz" es válida, y de esta forma existente y es obligatoria, cuando la misma pertenece a un ordenamiento jurídico determinado.

Así las cosas, atendida la necesidad de separar un concepto de validez normativo de uno descriptivo, y entendiéndose además que una norma puede existir sin que necesariamente sea obedecida, cumplida o aplicada (como sinónimo de eficacia)<sup>348</sup>, entendemos validez en sentido descriptivo a la pertenencia de una norma a un determinado ordenamiento.

Pues bien, sentado que una norma existirá en el ordenamiento cuando la misma sea válida o pertenezca al mismo, se reconoce que una norma pertenece al ordenamiento cuando la misma ha sido creada de acuerdo con otra norma perteneciente o válida del ordenamiento jurídico, esto es, cuando a través de una cadena de validez o subrogación<sup>349</sup> llegamos a una norma o conjunto de normas que consideramos forman parte del ordenamiento jurídico que haya o hayan autorizado la creación de la norma en comento<sup>350</sup>. En tal sentido, se indica que la fuerza significativa de una norma jurídica se deriva de una o varias normas de reconocimiento de la misma<sup>351</sup>.

De acuerdo a lo anterior, para que nuestra norma que compone el principio del fresh start pertenezca al ordenamiento jurídico, deberemos encontrar alguna norma o conjunto de normas respecto de las cuales entendamos que, pertenecientes al ordenamiento jurídico, han dado lugar a la creación de tal norma jurídica. La pregunta que debemos responder a continuación es: ¿existe en el ordenamiento jurídico una

---

<sup>347</sup> SORIANO (1993) *Compendio...*, cit., p. 95, considera esta como validez en sentido axiológico, esto es, un valor reconocido a la norma determinada, que siendo propia de las concepciones acerca del Derecho y su justificación, hace referencia a una nota ideal que se vincula con la legitimidad de las normas jurídicas.

<sup>348</sup> SORIANO (1993) *Compendio...*, cit., p. 100.

<sup>349</sup> Raz y Von Wright, según NINO (1999) *Introducción...*, cit., p. 114. SORIANO (1993) *Compendio...*, cit., p. 101, expresa esta circunstancia como validez material de la norma.

<sup>350</sup> NINO (1999) *Introducción...*, cit., pp. 114 a 116.

<sup>351</sup> LLEDÓ Y., Francisco y ZORRILLA R., Manuel (1997) *Teoría del derecho. Para una comprensión razonable de los fenómenos jurídicos*, Bilbao: Editorial Universidad de Deusto, p. 143.



norma o conjunto de normas respecto de la cual se pueda derivar la pertenencia al ordenamiento de la norma constitutiva del principio del fresh start?.

### **4.3. La norma jurídica contenida en el fresh start.**

#### ***4.3.1. La dignidad humana como fundamento y justificación de la norma contenida en el fresh start.***

Desde el contexto histórico que venimos describiendo, el problema subyacente que pretende resolver el denominado principio del fresh start es el de la imposibilidad de desarrollo personal y familiar que una persona física presenta al encontrarse eternamente ligado a una o varias deudas determinadas y a la insolvencia. La torre de la deuda, como se conoce en la doctrina alemana<sup>352</sup>, o la eternidad de la deuda, en la francesa, significan para el deudor persona física, debido a su naturaleza, permanecer con una serie de obligaciones que, en la práctica, le impiden o merman de manera considerable sus capacidades o posibilidades de desarrollo personal y familiar. Ahora bien, ¿por qué este problema, que en principio parece simple y que no repercutiría mayor importancia, es sin embargo relevante y permite justificar una norma contenida en el *fresh start* como la hemos caracterizado previamente?. La respuesta es simple: porque el problema, como quedó manifestado en el estudio histórico en torno al surgimiento de la idea de otorgar un alivio al deudor, se vincula directamente con la dignidad de un ser humano; y adelantamos, porque el problema significa un atentado a la dignidad del ser humano.

Actualmente, incorporada ampliamente en Declaraciones, Convenios y Tratados internacionales, así como en Constituciones de casi la mayoría de los Estados occidentales, la dignidad humana viene a ser una plasmación normativa del reconocimiento del especial valor que un ser humano ostenta por el hecho de ser tal. En este sentido, a la pregunta ¿qué hace o posibilita que un ser humano tenga un especial valor en comparación a otros seres?, la respuesta es que los seres humanos son los únicos capaces de moralidad y de desarrollar un plan o proyecto de vida que posibilite el logro de una finalidad que es propia de cada ser humano, esto es, el desarrollo de su personalidad. Para cada uno de los seres humanos, independientemente de sus características físicas o psicológicas, con independencia del contexto histórico,

---

<sup>352</sup> CUENA (2009) "Algunas...", cit., p. 19.

temporal, social, culturas, político, económico, etc., habrá algo que es común: la necesidad de definir su razón de ser, su objetivo en el mundo, su identidad, en fin, su personalidad; aquella que lo identifique como un ser independiente respecto de todos los demás, que le otorgue una identidad propia, la cual, no siendo permanente y originaria por el solo hecho de que un algo sea persona, se expresa como una conquista, como una constante búsqueda de un fin que otorga razón de ser a la existencia<sup>353</sup>. De allí que la personalidad de un ser humano no se ostente por el solo hecho de serlo, sino que la tiene en la medida que la va desarrollando constantemente a lo largo de su vida a través de un proyecto de vida determinado. De esta forma, hablamos que una constante en todo ser humano es la necesidad de desarrollar una personalidad que le permita dar razón a su existencia.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque si bien se es persona como cualidad inherente a ser un ser humano, la personalidad como conquista o el desarrollo de una personalidad solo es posible de lograr a través de la capacidad que tiene un ser humano para lograrlo, esto es, una capacidad de autorregulación, autodeterminación, de desarrollo de un propio plan o proyecto de vida. Solo a través de esta capacidad el ser humano logra el desarrollo de su personalidad. Lo que hace valioso a un ser humano, por tanto, es la capacidad que ostenta para desarrollar una personalidad por medio de un propio proyecto o plan de vida. Esto es lo que hace digno a un ser humano.

La dignidad humana la conceptualizamos, por tanto, como la capacidad de todo ser humano de establecer y desarrollar un propio proyecto de vida que le permita el logro del desarrollo de su personalidad propia<sup>354</sup>.

Hasta aquí, y de acuerdo a lo que hemos planteado en torno al problema subyacente a la crisis del deudor persona física, es posible ver que tal problema afecta a la persona en su dignidad porque le impide un desarrollo de su personalidad, con lo cual podríamos dar por cerrado el tema. Sin embargo, el hecho de que entendamos que la imposibilidad de desarrollo de la personalidad afecta la dignidad del deudor no nos explica cómo, por qué o de qué manera. En tal sentido, para los fines de este trabajo, es preciso realizar otras matizaciones y reflexiones, especialmente, en lo que respecta al contenido y funciones de la dignidad, que nos llevarán a conclusiones más profundas en

---

<sup>353</sup> A esto entendemos que se estaría refiriendo GARCÍA MANRÍQUEZ, Ricardo (2009) "La dignidad y sus menciones en la Declaración", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters, p. 59, cuando da cuenta de los "ideales de excelencia humana".

<sup>354</sup> GARCÍA (2009) "La dignidad...", cit., p. 59, en torno a las cláusulas normativas que contienen la dignidad, expresa que permiten interpretar que lo que hay que reconocer es una determinada capacidad de los seres humanos dirigida a alcanzar en el mayor grado posibles ideales de excelencia humana.

relación a la justificación del principio del fresh start como norma perteneciente al ordenamiento jurídico; y que incluso, nos entregará bases de justificación en posteriores comentarios que repercutirán en la consideración de importantes instituciones del concurso de la persona física.

Si la dignidad humana reside en la capacidad de un ser humano para desarrollar su personalidad a través de un autónomo y autorregulado proyecto de vida, ¿en qué consiste esta capacidad?. La capacidad de todo ser humano para desarrollar su personalidad a través de un plan de vida independiente, propio, acorde con los cánones de los propios deseos y objetivos de una persona, emana de la autonomía que cada uno de los seres humanos tienen respecto de otros<sup>355</sup>. Esta autonomía, que en esencia se configura como una falta de coacción de cualquier tipo en la realización de un proyecto, se constituye, en fin, en libertad; una libertad como condición necesaria para que el ser humano pueda desarrollar su personalidad a través de un proyecto de vida determinado. Así las cosas, una persona es digna o tiene un especial valor porque en el desarrollo de su personalidad es libre para adoptar el camino que estime pertinente. Es desde estas consideraciones que entendemos que la dignidad, siendo la capacidad para el desarrollo de la personalidad, se canaliza a través del libre desarrollo de la personalidad, que en esencia es la libre realización del proyecto de vida que la persona estime para lograr el desarrollo de su personalidad. La autonomía que cada ser humano ostenta, esto es, la libertad para un desarrollo de la personalidad, es pues un elemento esencial de su dignidad.

Desde una conceptualización normativa<sup>356</sup>, la dogmática filosófico jurídica entiende que la dignidad humana consiste, en primer término, en esta autonomía del ser humano. La dignidad así entendida, comprende la autonomía de un individuo para desarrollar libremente su personalidad. Así, desde una concepción normativa de la dignidad, las características de una persona moral autónoma son<sup>357</sup>: a) capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos, comprendida como, o en referencia al, valor de la autonomía personal, entendida como capacidad para elegir fines y no únicamente como ejercicio de tal capacidad; b) esta capacidad es previa —puesto que supone un sujeto o persona subyacente— a cualquier fin, interés o deseo, donde para

---

<sup>355</sup> CAMPS, Victoria (2009) "La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters, p. 145.

<sup>356</sup> CAMPS (2009) "La dignidad...", cit., p. 149.

<sup>357</sup> VÁZQUEZ, Rodolfo (2009) "Autonomía y personalidad individual", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters, pp. 203 y sgtes.

referirnos a una continuidad del sujeto debemos apelar a un punto de vista complejo de la persona, que supone considerar todo el conjunto de fenómenos jurídicos y físicos (recuerdos, experiencias, valoraciones, actitudes, creencias) concatenadas causalmente; con lo que la identidad o personalidad de una persona se presenta desde una perspectiva gradual, no bajo el tipo todo o nada; lo cual a su turno implica la posibilidad de concebir una pérdida de identidad personas (personalidad) o su decrecimiento en una misma vida biológica<sup>358</sup>; c) la separación de la persona de cualquier fin, interés o deseo permite también aislarla del flujo causal económico, histórico, político, social, etc., en el que está inmersa; d) las personas están separados entre sí, esto es, tienen sistemas separados de fines e intereses y que son centros independientes de elecciones y decisiones; e) como consecuencia, si algo es una persona moral, nada que esté compuesto por ella o esté constituido a partir de ella puede ser también una persona moral.

Siguiendo a Kant, se enfatiza que precisamente por la capacidad racional de la persona de ponerse fines, esto es, atendido a su autonomía, es que debe considerarse como fin en sí misma y no como un mero medio<sup>359</sup>. El valor moral de una persona, su dignidad, depende por tanto de su autonomía, esto es, de aquella libertad que un ser humano posee y que le permite desarrollar su personalidad<sup>360</sup>. Una persona es digna porque es autónoma, y una persona es autónoma cuando tiene libertad para llevar a cabo un autorregulado proyecto de vida determinado que le permita desarrollar su personalidad; esto es, y en resumidas cuentas, cuando existen las circunstancias que le permiten llevar a cabo un libre desarrollo de la personalidad.

Desde estas consideraciones, la autonomía subyacente a la dignidad de toda persona humana, que otros autores denominan principio de autonomía<sup>361</sup>, que para nosotros es la libertad que un ser humano ostenta para llevar a cabo un proyecto de vida que le permita desarrollar su personalidad, y que se manifiesta a través del libre desarrollo de la personalidad, permite identificar determinados bienes sobre los que versan ciertos y determinados derechos cuya función será, por un lado, propiciar o facilitar que el ser humano logre un libre desarrollo de su personalidad, y por otro, proteger al individuo contra medidas que persigan el beneficio de otros a costa de, o en

---

<sup>358</sup> VÁZQUEZ (2009) "Autonomía...", cit., p. 203.

<sup>359</sup> KANT (1989) *Fundamentación...*, cit., pp. 199 y 200.

<sup>360</sup> GARCÍA (2009) "La dignidad...", cit., p. 59.

<sup>361</sup> VÁZQUEZ (2009) "Autonomía...", cit., p. 202.

perjuicio de, la autonomía que cada persona posee para lograr el desarrollo de su personalidad<sup>362</sup>.

Dentro de la primera función, y adscribiendo al concepto normativo<sup>363</sup> de dignidad, se entiende que ella justifica o fundamenta un cúmulo de derechos que garantizan el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre, como fin y elemento de la dignidad de la persona. Son los derechos humanos, esto es, derechos inherentes a la persona humana que, sea fundamentales o humanos propiamente tal<sup>364</sup>, encuentran fundamento o razón de ser en su aptitud para posibilitar y potenciar el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad<sup>365</sup>. La dignidad del ser humano justifica el establecimiento de una serie de derechos y les otorga fundamento, toda vez que la persona es un ser a la que el Estado debe facilitar el desarrollo de su valor personalidad<sup>366</sup>.

De manera breve y a modo de precisión para continuar con nuestra argumentación, conviene señalar que aunque la noción de "derecho subjetivo", como concepto base en la concepción de los derechos humanos, no encuentra uniformidad en la doctrina, somos partidarios de una visión que escapa de las concepciones que lo estiman como la consecuencia de un deber correlativo<sup>367</sup>, como manifestaciones de un poder amparado en la voluntad del individuo o del interés particular<sup>368</sup>. En nuestra

---

<sup>362</sup> VÁZQUEZ (2009) "Autonomía...", cit., p. 202.

<sup>363</sup> En torno al concepto normativo de dignidad, GARCÍA (2009) "La dignidad...", cit., p. 52; ATIENZA, Manuel (2009) "Sobre el concepto de dignidad humana", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters, p. 91. CAMPS (2009) "La dignidad...", cit., p. 150, expresa que la dignidad es un concepto normativo, y como tal, su función es valorar la realidad, no describirla. Así las cosas, "al decir que la condición humana tiene dignidad, que la persona es autónoma y libre para decidir qué hacer con su vida, y que las personas, debido a esa capacidad fundamental, merecen respeto, no estamos describiendo lo que ocurre, sino lo que debería ocurrir."

<sup>364</sup> Mientras que los derechos fundamentales, pudiendo ser derechos humanos, se presentan expresamente establecidos en los textos constitucionales y tienen un especial mecanismo de protección, los derechos humanos pueden o no estar establecidos expresamente en los textos constitucionales y no ostentan un especial mecanismo de protección. Así se desprende de GARCÍA GARCÍA (1999) "Derechos humanos...", cit., p. 153; GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús (2004) *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 339, comprende que no se debe "confundir los derechos con las razones que los justifican, ni con las técnicas de protección de los mismos"; APARICIO WILHELMI, Marco y PISARELLO, Gerardo (2008) "Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas", en Bonet Pérez, Jordi y Sánchez, Víctor (directores), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España: Editorial Huygens, pp. 147 a 149.

<sup>365</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. (1996) *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León, p. 50; ATIENZA (2009) "Sobre el concepto...", cit., p. 91.

<sup>366</sup> FERNÁNDEZ SEGEDO, Francisco (1922) *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, p. 163, citando a Bidart Campos.

<sup>367</sup> Explicando brevemente esta teoría y manifestándose crítico con la misma, LAPORTA, Francisco (1987) "El concepto de derechos humanos", en *Doxa*, N° 4, p. 25.

<sup>368</sup> Explicando las diversas teorías y dando cuenta de sus críticas, GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI (2004) *Autonomía...*, cit., pp. 325 y 328.

concepción, y siguiendo a alguna influyente doctrina, comprenderemos que derecho subjetivo es una posición jurídica determinada del individuo<sup>369</sup> que comprende una relación triádica entre el titular, el destinatario y el objeto<sup>370</sup>; una posición, situación o estado de cosas del individuo que es previa al ordenamiento atendido al carácter de persona del sujeto titular y que tiene una fuerza de justificación propia<sup>371</sup>; una concepción en la cual los derechos justifican no sólo la adscripción de deberes a terceros, sino que justifican también el reconocimiento a sus titulares de un poder normativo, una libertad, una inmunidad, o la persecución de determinados objetivos colectivos; una concepción en la que los derechos tienen un papel justificatorio de otros elementos de los sistemas jurídicos<sup>372</sup>.

De acuerdo a lo que llevamos señalado, la razón de ser de los derechos humanos, inherentes a la persona en razón de su dignidad, es posibilitar el desarrollo de su personalidad de manera libre<sup>373</sup>; lo cual, como ya hemos planteado, es lo que da cuenta del especial valor de la persona humana.

Así las cosas, desde la dimensión filosófica de la dignidad, se constituye esta en fundamento de todos los derechos, representando un *prius* lógico y ontológico en relación con los derechos fundamentales y, agregamos nosotros, también de los derechos humanos<sup>374</sup>; un límite a los mismos, un mínimo inalterable<sup>375</sup>. Desde esta dimensión, como fundamento último de los derechos humanos y fundamentales, la dignidad humana es inderrotable —la cual nos obliga a no tratar al resto y nosotros mismos como meros medios—, y por tanto, así entendida, se constituye también en un

---

<sup>369</sup> ALEXY, Robert (1997) *El concepto y validez del derecho*, Barcelona: Editorial Gedisa, pp. 182 y sgtes.

<sup>370</sup> Para una explicación detallada de esta relación triádica a partir de la comprensión de la relación correlativa de los enunciados deónticos, ALEXY (2002) *Teoría...*, cit., pp. 197 a 210.

<sup>371</sup> LAPORTA (1987) "El concepto...", cit., p. 27. En este contexto, para un conocimiento breve del problema que conlleva el reconocimiento de derechos solo como fundamentales, RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (2002) *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Instituto Universitario de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid: Editorial Dykinson, pp. 150 - 151. LAPORTA (1987) "El concepto...", cit., p. 27.

<sup>372</sup> LAPORTA (1987) "El concepto...", cit., p. 27.

<sup>373</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004) *Autonomía...*, cit., p. 375, expresa que "Las teorías de los derechos humanos tendrán por ello como objetivo básico lograr que los seres humanos sean realmente dueños de su destino, puedan autodeterminarse, o lo que es lo mismo, desplegar todas sus potencialidades en tanto que seres morales racionales".

<sup>374</sup> Así también GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004) *Autonomía...*, cit., p. 432.

<sup>375</sup> ATIENZA (2009) "Sobre el concepto...", cit., p. 88, citando a García García, Clemente (2003) *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Colección de estudios de derecho, Murcia: Universidad de Murcia.

límite de contenido de tales derechos y, como consecuencia, un límite a nuestro propio actuar y al del poder público<sup>376</sup>.

Por otro lado, desde una dimensión específica de la dignidad humana entendida como autonomía para el libre desarrollo de la personalidad, surgen ciertos y determinados derechos orientados al logro del objetivo de desarrollo libre de la personalidad del individuo. Son los derechos que llamaremos inherentes al ser humano en razón de su autonomía para la realización de un proyecto o plan de vida que le permita desarrollar libremente su personalidad<sup>377</sup>. Tales derechos inherentes al ser humano en razón de su dignidad<sup>378</sup> serán por tanto aquellos que propicien el libre desarrollo de la personalidad, y cuya falta o vulneración atentará contra el desarrollo libre de la personalidad de un ser humano<sup>379</sup>.

Pues bien, de acuerdo a lo anterior será necesario responder a la siguiente pregunta: entonces, ¿cuál es el contenido de la dignidad humana que, manifestado en derechos humanos inherentes a la misma, propicia el logro de un libre desarrollo de la personalidad del ser humano?. Para responder esta pregunta, previamente haremos unas precisiones a modo de enmarcar la explicación posterior: primero, que comprendiéndose que el contenido de los derechos humanos, fundamentales o humanos propiamente tales, inherentes a la dignidad en cuanto propician el logro del libre desarrollo de la personalidad es de gran magnitud<sup>380</sup>, solo nos referiremos a aquellos que, según argumentaremos, se vinculan directamente con el problema subyacente de la crisis económico-financiera del deudor persona física. Segundo, que cabe recordar que, con lo que llevamos dicho, entendemos que el problema subyacente a la crisis económica del deudor persona física repercute en su dignidad, pues le impide el desarrollo de su personalidad de manera libre. El porqué de lo anterior es la tercera precisión: entendiéndose que existen ciertos y determinados derechos inherentes a la

---

<sup>376</sup> ATIENZA (2009) "Sobre el concepto...", cit., p. 92; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004) *Autonomía...*, cit., pp. 417, 434 y sgtes.

<sup>377</sup> A esto creemos que se estaría refiriendo ATIENZA (2009) "Sobre el concepto...", cit., p. 88, cuando da cuenta de la dimensión, que denomina, específica de la dignidad, que la conecta con determinados derechos fundamentales.. En esta misma línea, DE CASTRO CID, Benito (1989) "La búsqueda de la fundamentación racional de los derechos humanos", en *Persona y derecho*, N° 22, p. 232.

<sup>378</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004) *Autonomía...*, cit., p. 431 y 432, expresa que la dignidad humana fundamenta dos tipos de derechos humanos: los de la personalidad y los de seguridad.

<sup>379</sup> ALEGRE (1996) *La dignidad...*, cit., p. 51.

<sup>380</sup> Se reconocen por la doctrina un cúmulo de derechos que responden a esta misión, como son el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, derechos de la personalidad, libertades ideológicas, libertad de movimiento, derecho al trabajo y a su libre elección, el derecho a la educación, al medio ambiente, entre otros, entendemos de forma no taxativa. Así, refiriéndose al núcleo duro de la dignidad, PASCUAL LAGUNA, Eulalia (2009) *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona: Editorial Bosch, pp. 67 y sgtes.

dignidad humana que propician el libre desarrollo de la personalidad, la vulneración de los derechos a los que haremos referencia en virtud de la primera precisión como consecuencia del problema subyacente a la crisis económica del deudor persona física, significa una vulneración de la dignidad del deudor persona física por cuanto impide el libre desarrollo de su personalidad. Veamos entonces este contenido de derecho inherente a la dignidad humana y que se vincula de manera directa al problema subyacente y base de nuestro estudio.

#### ***4.3.2. Tres derechos inherentes a la persona del deudor que justifican la norma contenida en el fresh start.***

Para referirnos al primero de los derechos inherentes a la dignidad del ser humano es preciso tener en cuenta que en virtud del libre desarrollo de la personalidad el ser humano es libre o autónomo para llevar a cabo el proyecto de vida que estime pertinente para el desarrollo de la personalidad moral, no pudiéndose construir esta sino desde la libre elección. Sin perjuicio de ello, siendo la personalidad un concepto moral, la libertad que es su punto de partida no podrá tener cualquier contenido, sino solo aquel que efectivamente conduzca al desarrollo de la personalidad del ser humano<sup>381</sup>. Así las cosas, comprendiéndose que la capacidad del ser humano para alcanzar y desarrollar una personalidad a través de la realización de un plan de vida existe porque el ser humano posee libertad, sin libertad no existirá esta capacidad y, por tanto, no podría cada ser humano alcanzar y desarrollar su identidad y personalidad. Pero además, consistiendo la dignidad en lo señalado, la libertad necesaria para alcanzar un desarrollo de la personalidad a través de un plan de vida será aquella que efectivamente lo permita o posibilite; esto es, el contenido de esta libertad estará determinado por el desarrollo de la personalidad. La libertad para alcanzar y desarrollar la personalidad es, o será, aquella necesaria o que permita alcanzar y desarrollarla.

Ahora bien, porque la moral es un sistema normativo que se impone a la conciencia libre de un individuo, la tarea del derecho habrá de restringirse a señalar el marco de la acción general dentro del cual el individuo puede desenvolverse; marco de acción que puede designarse como contenido del libre desarrollo de la personalidad<sup>382</sup>.

---

<sup>381</sup> ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1995) "El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)", en García San Miguel, Luis (coord.) *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares, p. 48.

<sup>382</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 48.



De todo lo anterior se desprende que el libre desarrollo de la personalidad contiene y establece un derecho de libertad individual de carácter general<sup>383</sup>, o lo que la doctrina alemana ha definido como libertad general de acción, el cual se puede traducir como un derecho de libertad para el desarrollo de la personalidad<sup>384</sup>. Al entenderse este derecho como el contenido propio del libre desarrollo de la personalidad lo que se quiere dar a conocer es que esta libertad para desarrollar la personalidad contiene un derecho que es individual y general para desarrollar la personalidad de manera libre. Así, el libre desarrollo de la personalidad, como manifestación o forma de canalización la dignidad de la persona, contiene un derecho individual y general para desarrollar libremente la personalidad del ser humano. Y sería este, entendemos, un derecho inherente a la capacidad de un ser humano para desarrollarse, esto es, inherente a su dignidad.

En este punto es importante destacar que los derechos fundamentales poseen un doble carácter: por un lado, son derechos subjetivos, y al mismo tiempo, por otro, son elementos axiológicos de carácter objetivo integrados en el acervo de la Constitución junto a otros valores<sup>385</sup>. Desde este punto de vista, el libre desarrollo de la personalidad participa de ambos caracteres.

Habiéndonos ya referido a su carácter de derecho subjetivo, desde un carácter axiológico, el libre desarrollo de la personalidad se constituye además en un principio a través del cual se concreta jurídicamente el valor superior libertad, y que dota de sentido valorativo y de fundamento al resto de derechos humanos y fundamentales que son la expresión de libertades en ámbitos concretos. Así las cosas, entendiéndose que la dignidad en su concepto normativo como capacidad para desarrollar la personalidad se canaliza o encuentra su manifestación a través del libre desarrollo de la personalidad, y que a su vez, tiene como contenido el derecho individual y general para el libre desarrollo de la personalidad, entonces todos los otros derechos, sea que estén o no reconocidos por la Constitución, que sean expresión concreta o específica de la libertad general de acción o derecho para el libre desarrollo de la personalidad, encuentran su fundamento en el principio de libre desarrollo de la personalidad, esto es, la capacidad de un ser humano para llevar a cabo el plan de vida necesario para el logro del desarrollo de su personalidad, en definitiva, en la dignidad humana.

---

<sup>383</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 49.

<sup>384</sup> Así también lo estima PASCUAL (2009) *Configuración...*, cit., p. 38.

<sup>385</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 50.

De lo anterior destaca que, tanto ciertos derechos que establece la Constitución, como otros derechos humanos, son manifestaciones concretas del contenido del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, derechos que posibilitan el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre; en consecuencia inherentes a la dignidad humana y a la persona. Por otro lado, de lo indicado destaca también que, entendemos nosotros, los derechos que posibilitan el desarrollo de la personalidad de manera libre no serían todos los que establece una Constitución, sino que, como expresión de la libertad general de acción o derecho de libertad para el libre desarrollo de la personalidad en un ámbito concreto, podrían existir otros derechos que, por propiciar el desarrollo de la personalidad de manera libre, también debemos entenderlos con fundamentos en la dignidad del ser humano por ser inherentes a la misma o pertenecer inherentemente a su contenido.

De todo lo señalado previamente, dos derechos vendrían a cumplir tales —si se quiere— requisitos o condiciones, y que, además del derecho de libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad, se vincularían con el problema subyacente a la crisis económico-financiera del deudor persona física. El primero, un derecho fundamental por estar plasmado expresamente y por gozar de una especial protección en la mayoría de los textos constitucionales, que emana directamente de la dignidad humana por propiciar la base para un libre desarrollo de la personalidad y sin el cual la persona como tal no existiría; el segundo, un derecho humano que, según lo que venimos señalando, entendemos es inherente a la dignidad humana por propiciar el libre desarrollo de la personalidad en un ámbito concreto de la existencia o vida humana, y sin el cual, en tal ámbito, no es posible lograr la finalidad del desarrollo de la personalidad de manera libre de todo ser humano. El primero, el derecho fundamental a la vida, que como veremos se vincula en nuestro contexto de estudio al "derecho a hacer la vida"; el segundo, el derecho humano al fresh start.

Se ha indicado que para que llegue a realizarse la potencialidad o capacidad para el desarrollo de la personalidad del ser humano es preciso, en primer lugar, la existencia de tal ser humano, en segundo, que se halle en condiciones normales de salud mental y física, y tercero, que tenga la posibilidad de autodeterminarse y no se vea forzado a ejecutar los dictámenes de otra persona<sup>386</sup>, esto es, que tenga libertad para desarrollar su propio plan de vida o para desarrollar su personalidad. De ello, apreciamos que

---

<sup>386</sup> MARTÍNEZ PUJALDE, Antonio (1992) "Los derechos humanos como derechos inalienables", en Ballesteros, Jesús (editor), *Derechos humanos*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 94.

existirían tres derechos inalienables por ser inherentes a la dignidad humana: el último, el derecho al cual ya hemos hecho referencia, de libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad; el segundo, el derecho a la integridad física y psíquica; el primero, el derecho a la vida, que inadmitiría tanto los atentados directos contra la vida biológica de un ser humano, como el atentado indirecto que viene dado por la situación de absoluta miseria en que se encuentra quien no cuenta siquiera con el mínimo de subsistencia<sup>387</sup>.

Es en este último contexto en que se estima que el derecho a la vida no solamente comprende la existencia biológica, sino también la facultad que todo ser humano ostenta de hacer la vida<sup>388</sup> que estime necesaria para alcanzar sus fines u objetivos y que le permita un desarrollo personal en todo ámbito de cosas, una identidad, y en fin, de su personalidad. En tal sentido, no se trata del derecho a la libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad, sino que del derecho a un plan de vida determinado por el propio ser humano enfocado hacia el desarrollo personal. En esta línea, se ha expresado<sup>389</sup> en torno a la autonomía que, como principio, tiene dos dimensiones: "la de elección (posibilidad de escoger libremente el propio plan de vida, sin que venga impuesto por los poderes públicos o por otra persona), y la de la satisfacción (que el individuo tenga posibilidades de poder llegar a realizar efectivamente el plan de vida escogido, en la mayor medida posible)."

Si bien sin libertad general de acción no se tiene posibilidad o capacidad para el desarrollo de la personalidad, sin un plan de vida determinado poco o nada logrará un individuo para encontrar razón de ser a su existencia a través del desarrollo de una personalidad, por mucha libertad que tal individuo ostente. Ahora bien, requiriendo el ser humano, en todo caso, autonomía para establecer o definir un plan de vida, o tipo de vida, que estime oportuna, la libertad será una pre condición para este derecho. Es por tanto el "derecho a hacer la vida" una manifestación concreta de la libertad general de acción del ser humano para el logro del desarrollo de la personalidad, y cuyo contenido, de igual forma, estará delimitado por el objetivo de desarrollo de una identidad o personalidad que otorgue razón a la existencia del individuo. El derecho a establecer un

---

<sup>387</sup> MARTÍNEZ (1992) "Los derechos...", cit., p. 94.

<sup>388</sup> A este derecho se refiere FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2009) "La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters, p. 139.

<sup>389</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2008) "La fundamentación teórica de los derechos humanos. Aproximación a las teorías de J. Rawls y C. S. Nino", en Bonet Pérez, Jordi y Sánchez, Víctor (directores), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España: Editorial Huygens, p. 96

plan de vida, definir un tipo de vida<sup>390</sup>, y a llevarlo a cabo, para alcanzar un desarrollo de la personalidad, es inherente a la dignidad puesto que a través de él, el ser humano es capaz de desarrollar una personalidad<sup>391</sup>; y para ello, es indispensable que el plan de vida que el ser humano se propone sea aquel que permita el desarrollo de su personalidad, o dicho en otros términos, posea las condiciones necesarias que efectivamente posibiliten o permitan un desarrollo de la personalidad del individuo.

Ello es lo que podemos definir como una vida digna, esto es, un plan de vida que ostente las condiciones necesarias y adecuadas para el desarrollo de la personalidad, dentro de las cuales, la libertad o autonomía, es una de ellas. El derecho a hacer una vida digna es, por tanto, el derecho a establecer y desarrollar un plan de vida determinado que posibilite, o tenga las condiciones para, el desarrollo de la personalidad del ser humano<sup>392</sup>.

En cuanto al tercer derecho inherente a la dignidad, ya hemos planteado su ámbito de justificación al resaltar que, atendido al carácter de principio axiológico y fundamentador del libre desarrollo de la personalidad, el derecho humano al fresh start es la concreción de la libertad general de acción en un ámbito específico de la vida del ser humano que posibilita el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre. En este sentido, decíamos también que los derechos inherentes a la dignidad de la persona, en cuanto su contenido, son aquellos que propician el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre; y cuya transgresión imposibilita que el ser humano ostente una libertad o autonomía suficiente que posibilite desarrollar su personalidad. Así las cosas, entendiendo además que el límite de contenido de esta libertad general de acción, o libertad para el desarrollo de la personalidad, estará en el desarrollo de la personalidad, decimos que el derecho humano al fresh start o, bien en otros términos, el derecho humano al alivio, es inherente a la dignidad humana puesto que, de manera

---

<sup>390</sup> A esto es a lo que entendemos se estaría refiriendo PASCUAL (2009) *Configuración...*, cit., p. 84, al dar cuenta de la "libertad de la persona para elegir aquello que va a ser las circunstancias de su vida."

<sup>391</sup> En este sentido, FIGUEROA (2009) "La dignidad...", cit., pp. 140 y 141, expresa que "el derecho humano a elegir la vida que cada cual desea llevar, a "hacer su vida", lleva envuelto, como ya dijimos, el derecho a buscar y escoger los valores que cada uno desea imprimirle." En tal sentido, "el derecho humano a "hacer la vida", esto es, la posibilidad que tenemos los humanos a la libertad de buscar sentido a nuestra vida, dentro de los límites éticos que nos impone la ley, [...] se inserta, en consecuencia, ente los derechos de libertad".

<sup>392</sup> En tal sentido, FIGUEROA (2009) "La dignidad...", cit., p. 142. LOLAS STEPKE, Fernando (2006) *Escritos sobre vejez, envejecimiento y muerte*, Iquique: Ediciones Universidad Arturo Prat, p. 36, expresa que la calidad de vida no solo engloba aspectos materiales y salud, sino que siendo multidimensional, comprende también aspectos espirituales, capacidad de desplazarse, independencia o autonomía, satisfacción de necesidades, un pasado sin remordimientos, un presente activo y un futuro de proyecciones y esperanzas.

concreta en el ámbito económico de la vida del ser humano, propicia o posibilita que la persona ostente un grado de libertad o autonomía a través del mantenimiento o retorno efectivo a un estado de condiciones de vida que posibilitan efectivamente el desarrollo de su personalidad.

Siguiendo lo señalado por cierta doctrina<sup>393</sup>, en torno al contenido de un derecho, el "[...] «núcleo esencial del derecho» o «contenido mínimo» del mismo, [se refiere] a aquellas potestades sin las cuales no es posible la existencia del derecho porque sin ellas este pierde su sentido, queda desvirtuado y no alcanza ya el fin que persigue su protección". Siendo esto así, al preguntarnos, ¿en el específico ámbito económico de la vida de un individuo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad como contenido de la dignidad del ser humano, podría perder su sentido, quedar desvirtuado o no sería posible alcanzar el fin perseguido a través de su protección, si no existiera el derecho al alivio?, pensamos que la respuesta es sí; esto es, de no existir el derecho al alivio en el ámbito económico de una persona, el libre desarrollo de la personalidad, y por extensión la dignidad del ser humano, pierde sentido, se desvirtúa o no se hace posible alcanzar su finalidad. Y es que tal respuesta es corroborada si tenemos en consideración la constatación de las circunstancias de vida que padecían los prisioneros por deudas en las cárceles de deudores con anterioridad a la introducción de la liberación de los prisioneros por deudas en los procedimientos de bancarrota, y las circunstancias de vida que padecen los deudores respecto de quienes no operaba la descarga de la deuda antes de los orígenes de la institución, y de los deudores respecto de quienes en la actualidad no se contempla u opera tal institución.

En efecto, la posibilidad de que el deudor persona física, no solo retorne al mercado económico tras el agobio de las deudas, sino que recupere una serie de condiciones de vida que le permitan desarrollar su personalidad, otorga, o si se quiere, devuelve al ser humano, autonomía para establecer o definir un plan de vida que posibilite el logro de sus objetivos personales, la persecución y alcance de determinados fines, la experiencia, la búsqueda y reconocimiento de valores, en definitiva, una identidad o personalidad que la defina como ser independiente y otorgue razón de ser a su existencia. Así las cosas, es gracias a esta posibilidad, y solo a través de esta, que en el específico ámbito económico de la vida del deudor persona física en un contexto de crisis económico-financiera, la libertad para el desarrollo de la personalidad se concreta.

---

<sup>393</sup> PASCUAL (2009) *Configuración...*, cit., pp. 63 y 64.

Como concreción de la libertad general de acción en el ámbito económico de la vida de un ser humano, por favorecer o posibilitar que el desarrollo de su personalidad se logre de manera libre o autónoma, esto es, contribuya a que ostente capacidad para tal fin, es que creemos que el derecho humano al fresh start o alivio es parte del contenido del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, lo entendemos como un derecho humano inherente a la dignidad humana o inherente al contenido de la misma.

#### ***4.3.3. La existencia de la norma jurídica contenida en el fresh start.***

Sentado todo lo anterior, nos encontramos en condiciones de responder a las preguntas previamente planteadas, las cuales nos las hemos hecho de manera supeditada la segunda respecto de la primera, esto es, en el sentido de que la respuesta a la primera depende de la respuesta que demos a la segunda, a saber: si la norma contenida en el principio del fresh start existe; y si existe en el ordenamiento jurídico una norma o conjunto de normas respecto de las cuales sea posible derivar la norma contenida en el principio y, por tanto, su pertenencia al ordenamiento jurídico. La respuesta a la segunda influye en la respuesta de la primera, toda vez que como venimos argumentando, la veracidad del enunciado que da cuenta de la existencia de la norma contenida en el principio del fresh start depende de que tal norma efectivamente exista, y a su vez, la existencia de tal norma depende de su existencia en el ordenamiento jurídico, esto es, de su pertenencia al mismo.

Con todo lo que llevamos señalado, la primera conclusión que obtenemos es que el principio del fresh start entendido como una norma jurídica que obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física cuando la misma es afectada por las consecuencias negativas de la crisis económico-financiera —a saber, la imposibilidad de ostentar unas condiciones de vida suficientes o necesarias para un libre desarrollo de su personalidad y de su familia— emana directamente de un derecho fundamental y derechos humanos inherentes al contenido de la dignidad humana y, por tanto, inherentes a la dignidad humana como valor o principio reconocido expresamente tanto a nivel de Declaraciones y Tratados internacionales, como de la mayoría de las Constituciones occidentales, estos son: el derecho fundamental a la vida en su contenido de derecho a hacer la vida, el derecho humano a la libertad general de acción o libertad para el desarrollo de la personalidad, y el derecho humano al alivio.

De acuerdo a lo anterior, es preciso tener en cuenta en este punto que, de acuerdo a la doctrina a la que nos acogemos, un principio en el sentido que lo tratamos

en nuestro trabajo puede existir en el ordenamiento a pesar de que el mismo no se encuentre expresamente establecido. Tal principio, denominado principio implícito, es uno que no encontrándose expresamente formulado en el ordenamiento jurídico, es extraído a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico mismo<sup>394</sup>. En este entendido, se ha expresado<sup>395</sup> que "Si un principio no-jurídico es parte de un sustrato coherente de justificación que incluye por lo menos una fuente jurídica autoritativa, por ejemplo una disposición legal válida, *este principio recibe relevancia jurídica ATC* [considerando todas las cosas]. Un principio no-jurídico "entra" en el Derecho como consecuencia de un discurso jurídico apropiado. El Derecho positivo, pues, incluye no sólo reglas jurídicas dadas y Derecho consuetudinario, sino también principios jurídicos que son *reconocidos como fundamentos para la praxis de toma de decisiones.*" (la cursiva es del autor citado).

Pues bien, en adhesión a lo anterior, considerando todo lo que venimos señalando, y teniendo además en cuenta que el principio en comento encuentra manifestación o expresión concreta en el ordenamiento jurídico a través de la regulación de la descarga, exoneración, extinción, *effacement* o *discharge* de la deuda residual del deudor persona física; institución reconocida ampliamente en los sistemas concursales tanto de tradición continental como anglosajones; podemos responder a nuestra segunda pregunta de manera afirmativa, en el sentido de que sí existe en el ordenamiento jurídico un conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales es posible derivar la norma contenida en el principio del fresh start y, por tanto, predicar la pertenencia de tal norma al ordenamiento jurídico.

Habiendo respondido afirmativamente a nuestra segunda pregunta, esto es, teniendo por establecido que la norma contenida en el principio del fresh start pertenece al ordenamiento jurídico, establecemos que tal norma, y por tanto el principio del fresh start que la contiene, existe.

En este punto hemos de ser cuidadosos de aclarar que nuestra comprensión del principio no pasa por la sola existencia de la regulación de la descarga de la deuda residual, ni mucho menos, que comprendemos que el principio al cual nos referimos se manifieste solo por el hecho de la existencia de la descarga de la deuda residual. Como venimos argumentando, el principio encuentra justificación en una serie de derechos

---

<sup>394</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., p. 6.

<sup>395</sup> AARNIO, Aulis (2000) "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", en *Anuario de la Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 4, p. 601.

fundamentales y derechos humanos a los que, sumada la regulación jurídica de la descarga de la deuda como forma de revelación, manifestación o expresión de su contenido, permiten en conjunto dar cuenta de un anclaje jurídico que da cuenta de su efectiva existencia.

Así las cosas, dada la existencia de la norma contenida en el principio del fresh start, establecemos la veracidad del enunciado que afirma la existencia de una norma que, contenida en el principio del fresh start, obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física en las circunstancias en que ella es afectada por las consecuencias negativas del problema de la crisis económico-financiera, a saber, la imposibilidad de desarrollo personal y de su familia. La veracidad de la afirmación de la existencia de la norma contenida en el principio del fresh start en el ordenamiento jurídico está comprobada, y por tanto, concluimos que tal norma existe.

## **5. El "fresh start" como un principio.**

### **5.1. El principio desde un enfoque estructural y funcional. Posición del autor.**

Habiendo dejado clara la pertenencia al ordenamiento jurídico de la norma contenida en el que denominamos principio del fresh start, no queda más que dar por sentada la existencia de la norma como tal en el ordenamiento jurídico. Es posible ahora determinar, de acuerdo a nuestro orden de estudio, si tal norma corresponde a la definición de principio sea desde un enfoque estructural como funcional.

En este punto, seguiremos las consideraciones de Robert Alexy<sup>396</sup> en la matización formulada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero<sup>397</sup>. Desde el punto de vista estructural, si bien Alexy defendiendo una tesis de separación entre principio y regla, entiende que la diferencia entre una regla y un principio se encuentra en que el principio es un mandato de optimización que ordena que algo se cumpla en la mayor medida de lo posible, por lo que su cumplimiento puede ser gradual dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras las reglas son normas que ordenan un cumplimiento pleno, las que pueden ser por tanto cumplidas o incumplidas<sup>398</sup>; para Atienza y Ruiz Manero la diferencia estructural entre un principio y una regla estriba en que los principios configuran el caso de manera abierta, mientras que las reglas lo hacen

---

<sup>396</sup> ALEXY, Robert (1988) "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Traducción de Manuel Atienza, en *Doxa*, N° 5

<sup>397</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991) "Sobre principios y reglas", en *Doxa*, N° 10.

<sup>398</sup> ALEXY (1988) "Sistema...", cit., p. 143.



de forma cerrada<sup>399</sup>. En efecto, mientras que en relación a las reglas, las propiedades que configuran un caso, condiciones de aplicación fáctica<sup>400</sup> y modelo de conducta prescrito<sup>401</sup>, constituye un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas<sup>402</sup>.

Desde estas consideraciones se entiende que en el caso de los principios, es posible encontrar en la norma que lo constituye una falta de determinación, sea en las condiciones fácticas de aplicación de la norma, como sucede en el caso de los principios en sentido estricto, sea en torno al modelo de conducta prescrito, o ambos, como sería el caso de los principios entendidos como directrices o normas programáticas. De acuerdo al autor<sup>403</sup>, en una clasificación interna de los principios, se puede distinguir, por un lado, los principios en sentido estricto, esto es, una norma jurídica que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma o estilo de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.; y por el otro, directrices o normas programáticas, esto es, normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines.

Desde tal diferenciación, mientras respecto de los principios en sentido estricto, si bien puede existir indeterminación en las condiciones fácticas de aplicación, en torno al modelo de prescripción de conducta establecido en la norma, no cabe modalidad de aplicación gradual o no cabe duda de la conducta esperada o prescrita; en torno a las directrices o normas programáticas puede encontrarse indeterminación tanto en torno a la conducta prescrita por la norma como también en esta y en las condiciones fácticas de aplicación<sup>404</sup>. En relación a las directrices o normas programáticas, la diferencia con respecto a las reglas que él denomina "de fin" se encontraría en que las segundas configuran de manera cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las primeras

---

<sup>399</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1991) "Sobre...", cit., p. 108; PRIETO (2005) *Apuntes...*, p. 55.

<sup>400</sup> PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 56, señala que las condiciones de aplicación son todas aquellas circunstancias que han de concurrir para que pueda realizarse el contenido de la norma, esto es, las acciones o situaciones fácticas que describe la propia norma como condiciones para que resulte operativo su contenido prescriptivo.

<sup>401</sup> Se refiere al elemento de contenido de la norma jurídica, el cual, según PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 54, es el objeto de la prescripción, es decir, aquello que se declara prohibido, ordenado o permitido, el cual puede ser una acción, una actividad humana, o una omisión, que produce algún resultado en el mundo consistente en la aparición o desaparición de algún estado de cosas, o en su conservación o falta de aparición.

<sup>402</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., p. 9. PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 55, en relación al contenido de la norma, establece la distinción entre normas en que puede aparecer plenamente determinado de forma concluyente y normas cuyo contenido puede aparecer algo más indeterminado porque impone simplemente que se actúe en favor de la consecución de cierto estado de cosas, pero sin establecer el tipo de acción que ha de realizarse.

<sup>403</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., p. 4.

<sup>404</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., p. 10.

lo hacen de forma abierta, y, sobre todo, en que las reglas de fin establecen una finalidad que debe cumplirse en forma plena y no, como en el caso de las directrices, en la mayor medida de los posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios o recursos disponibles<sup>405</sup>.

Considerando lo anterior, aunque en torno a la noción de principios en sentido estricto se considere que el modelo de conducta cerrado que comprende impone su cumplimiento pleno, no gradual, una vez estimada la prevalencia de un principio sobre otro, es claro que tanto para la noción de principio como directriz o norma programática y principio en sentido estricto, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre normas que, sea configurando de manera abierta o cerrada el modelo de conducta prescrito, se encuentran en colisión o conflicto<sup>406</sup>. Solo de esta forma es posible determinar la prevalencia de una sobre otra de manera tal de aplicar las consecuencias normativas que del prevalente se derivan.

De acuerdo a ello, la doctrina de la ponderación de Alexy<sup>407</sup> tiene plena aplicación, en este punto, tanto para las directrices como para los principios en sentido estricto.

Sentadas las premisas anteriores, ahora, desde un enfoque funcional, se entiende por la doctrina que toda norma, sea regla o principio, se constituye en una razón para la acción<sup>408</sup>. Como razón para la acción, una norma puede ser clasificada como perentoria o no perentoria, en función de si admite o no una deliberación en cuanto a su contenido; y en independiente o dependientes del contenido, en función de si su aplicación obedece a su pertenencia al ordenamiento en virtud de una determinada fuente normativa, o bien a una cierta cualidad de su contenido<sup>409</sup>.

Desde esta clasificación inicial, las reglas son normas perentorias, toda vez que no admiten deliberación en cuanto a su contenido, debiendo ser aplicadas cuando se producen las condiciones fácticas de aplicación; y además son dependientes de su contenido, toda vez que su aplicación obedece a su pertenencia al ordenamiento jurídico en razón de su fuente. Su origen en dicha fuente es la razón por la que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas como razones perentorias.

---

<sup>405</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., p. 11.

<sup>406</sup> A esto es a lo que se refiere PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 55.

<sup>407</sup> ALEXY (1988) "Sistema...", cit., pp. 147 y sgtes; ALEXY (2002) *Teoría...*, cit., pp. 89 y sgtes.

<sup>408</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1991) "Sobre...", cit., pp. 107 y 110.

<sup>409</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1991) "Sobre...", cit., pp. 107 y 111 y 112.

Por su parte, en torno a los principios, siguiendo una subclasificación, los principios explícitos son razones para la acción no perentorias e independientes de su contenido, mientras que los principios implícitos son no perentorios y dependientes de su contenido<sup>410</sup>. Ello importa entender que tanto los principios explícitos como implícitos serían razones para la acción que requieren una previa deliberación en torno a su contenido, constituyéndose por tanto meramente en razones de primer orden para resolver en un sentido y cuya fuerza respecto de otras normas —principios— ha de ser ponderada por el juez<sup>411</sup>. Por otro lado, si bien los principios explícitos son razones para la acción porque la razón por la que deben formar parte del razonamiento del juez es su origen en una determinada fuente, en el caso de los principios implícitos la razón se debe a una determinada cualidad de su contenido, y que para nosotros es su adecuación o coherencia en relación con reglas y principios basados en fuentes del propio ordenamiento jurídico.

Finalmente, en torno a la distinción entre principio en sentido estricto y directrices o normas programáticas, el autor estima que mientras las primeras son razones de corrección, las segundas serían de tipo utilitario<sup>412</sup>. En efecto, aunque ninguna de las dos se pueden catalogar de excluyentes, en la deliberación en torno a los elementos de la norma, los principios en sentido estricto operarían como razones últimas, razones finales, a diferencia de las directrices que contendrían razones finalistas, donde el que la consecución de un fin determinado sea deseable hace que exista, en principio, una razón a favor de todo aquello que conduzca a tal fin. De acuerdo a lo anterior, las razones utilitarias derivadas de directrices pueden y deben ser evaluadas por razones de corrección, basadas en principios, mientras que lo contrario no puede ocurrir. Así, si existe una razón de corrección para hacer "x", entonces el no hacerlo solo puede justificarse apelando a otras razones del mismo tipo —basadas en principios— que tengan un mayor peso, pero no a razones utilitarias —basadas en directrices— que muestren que la consecución de un cierto fin es incompatible con "x".

---

<sup>410</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1991) "Sobre...", cit., p. 112.

<sup>411</sup> ALEXY (1988) "Sistema...", cit., pp. 147 y 148, al referirse a los principios como prioridades *prima facie*.

<sup>412</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1991) "Sobre...", cit., p. 113.

## **5.2. El enfoque estructural. El fresh start como un principio directriz del ordenamiento.**

Sentado todo lo anterior, debemos preguntarnos, pues, si la norma contenida en nuestro principio del fresh start responde a tales premisas. Para ello, debemos determinar si nuestra norma se circunscribe a las características de un principio definidas desde el enfoque estructural, y si desde un enfoque funcional, podemos identificar que la norma en comento cumple con los caracteres que la diferencian de una regla.

Desde el punto de vista estructural, y según las premisas definidas previamente, podemos decir que para que una norma determinada se constituya en principio debe obedecer a una norma jurídica que, sea que exprese los valores superiores del ordenamiento jurídico o que establezca la obligación de perseguir ciertos fines, formula de manera abierta, sea las condiciones de aplicación fáctica, sea estas y el modelo de conducta prescrito en la norma. En la medida que la configuración abierta de la norma recaiga en las condiciones fácticas de su aplicación pero no en cuanto al modelo de conducta prescrito, nos encontraremos ante un principio en sentido estricto; mientras que si tanto las condiciones fácticas de su aplicación como el modelo de conducta prescrito se encuentran formulados de manera abierta, estaremos en presencia de una directriz o norma programática. Para lo anterior, es de gran importancia tener presente que para la determinación del carácter abierto o cerrado de las propiedades que configuran la norma no se trata de apreciar que tales propiedades que constituyen sus condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, y agregamos nosotros, se encuentren delineadas de manera ambigua: sino de que tales condiciones no se encuentren siquiera genéricamente determinadas<sup>413</sup>.

Así las cosas, desde el punto de vista estructural, la norma que establece que "es deber del Estado otorgar un alivio al deudor persona física en caso que se vea afectado por las consecuencias desfavorables de la crisis económico-financiera" la podemos catalogar como una en la que si bien las condiciones fácticas de aplicación se definen en términos cerrados (circunstancias en que la crisis produce al deudor consecuencias de vida desafortunadas que impiden un desarrollo personal y de su familia)<sup>414</sup>, el modelo

---

<sup>413</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., p. 9.

<sup>414</sup> De acuerdo a lo que indica PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 57, no hay que pensar que la condición de aplicación se agota o aparece exhaustivamente expresada en el enunciado de la norma, sino que en realidad se deduce del conjunto del sistema, y agregamos nosotros, del conjunto de sus antecedentes histórico o fuentes materiales.

de conducta prescrito (otorgar un alivio al deudor persona física) se encuentra configurado de manera abierta. Desde esta perspectiva, es que estimamos que aunque a través de la descarga de la deuda la norma contenida en el principio del fresh start se hace operativa, es esta solo una forma de manifestación o materialización del cumplimiento de la finalidad de la norma en comento, la cual no establece en sí misma la forma en la que el modelo de conducta prescrito, esto es, otorgar un alivio al deudor, ha de alcanzarse.

Lo anterior nos permite efectuar dos primeras precisiones: la primera, que entendemos que la norma contenida en nuestro principio del fresh start, desde el punto de vista estructural es coincidente con una directriz; un tipo de principio cuya configuración abierta del modelo de conducta prescrito, esto es, de las formas de alcanzar la finalidad en ella establecida, exige la delimitación de su contenido en función de los objetivos y fines pretendidos por la norma; y la segunda, que entendiéndose que la descarga de la deuda es solo una forma de materialización de la norma en comento, el mandato en ella contenida puede ser logrado a través de otros medios o fórmulas coincidentes con tales objetivos y fines pretendidos por la misma.

### ***5.2.1. Consecuencias de la consideración del fresh start como principio desde un enfoque estructural.***

En este punto, es imperioso poner de manifiesto dos precisiones adicionales que complementan lo antes señalado: la primera, como directriz o norma programática, el principio del fresh start, si bien deriva del principio o valor de la dignidad humana a través del cúmulo de derechos a ella inherentes a los que ya hemos hecho referencia, apreciamos que no es, propiamente tal, una norma que expresa de manera directa un valor superior del ordenamiento jurídico, sino que establece una obligación al estado de lograr un determinado objetivo o finalidad, el cual, desde un punto de vista axiológico, es acorde con, o plasma, un valor superior del ordenamiento jurídico como es el de la dignidad humana en un determinado ámbito de la vida del ser humano.

A esto es a lo que se refiere alguna doctrina<sup>415</sup> cuando en la caracterización de principios en sentido estricto y directrices delimita estas últimas como normas que concretan valores utilitarios, esto es, acciones o estados de cosas considerados valiosos extrínsecamente, a saber, cuya consideración como valiosos obedece a su conexión con

---

<sup>415</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., p. 138.

alguna otra acción o estado de cosas que es intrínsecamente valioso. En tal sentido, los valores denominados "utilitarios" se caracterizan porque las acciones o estados de cosas que se consideran valiosos lo son porque admiten un criterio superior de valoración. En este contexto, y según se ha expresado<sup>416</sup>, "lo decisivo desde un punto de vista jurídico es si esos fines u objetivos resultan ser externos o internos al propio sistema jurídico. Cabe decir que son fines externos aquellos que el legislador pueda proponerse como óptimos de acuerdo con su proyecto político; internos sería, en cambio, aquellos que en principio no resultan disponibles para el legislador porque aparecen expresamente consagrados en normas constitucionales, siquiera sea de modo genérico o poco concluyente", como sería, entendemos nosotros, el caso de la norma constitucional que consagra el valor de la dignidad humana, y que fundamenta a su vez el derecho fundamental a la vida, el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y el derecho humano al fresh start o alivio.

En nuestro caso, el otorgamiento de un alivio al deudor persona física, como finalidad de la norma o estado de cosas a alcanzar, es valorado positivamente porque tal estado de cosas se encuentra en conexión con un valor intrínsecamente superior, el de la dignidad humana; o en otros términos, valoramos positivamente el otorgar un alivio al deudor persona física por las consecuencias que ello produce en un determinado ámbito de la vida de un individuo, a saber, la posibilidad y concretización del valor de la dignidad humana, esto es, la adquisición y mantenimiento de la autonomía o capacidad de desarrollo de la personalidad de manera libre por un ser humano.

Desde esta consideración, cabe agregar que aunque entendido como directriz o norma programática, nuestro principio del fresh start no se debe confundir con una política, toda vez que, tal como lo hemos señalado previamente, el carácter de disposición prescriptiva deóntica, esto es, un enunciado que prescribe un deber de conducta determinado, le otorga el carácter de norma jurídica a la norma contenida en el principio del fresh start. Aunque desde el plano axiológico es claro que la norma en comento se constituye en una manifestación de un valor determinado, ello no le quita el carácter de mandato o prescripción de conducta y, por tanto, de norma jurídica como tal.

En tal sentido, bajo el entendido de que al aceptarse la convención de que en un juicio de valor se destaca sobre todo el elemento valorativo y en una norma o principio el directivo, entonces podrá decirse que los juicios de valor tienen una prioridad

---

<sup>416</sup> PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., p. 87.

justificativa sobre los principios<sup>417</sup>, concluimos que el valor de la dignidad humana tiene una prioridad justificativa respecto del principio del fresh start que la plasma, toda vez que la diferencia entre uno y otro estaría, además de en la perspectiva de globalidad o totalidad de los valores, en que los valores, teniendo carácter normativo, son también en cierto sentido "anteriores", esto es, sirven de fundamento al resto de las normas, incluidas los principios y, agregamos nosotros, se constituye en límite de su contenido.

La segunda precisión adicional como complemento de las anteriormente señaladas, se refiere a la importancia de considerar el contexto histórico en el que se gesta y define la norma contenida en el principio del fresh start para efectos de delimitar los mecanismos a través de los cuales el mandado en ella contenido debe cumplirse. En efecto, solo al comprenderse que la norma contenida en el principio del fresh start surge y se define como una solución a los graves problemas de falta de desarrollo de la personalidad del deudor y de su familia, y por tanto, a la vulneración de su dignidad inherente a la de ser humano que la crisis económico-financiera le genera, es posible comprender el supuesto de hecho de la norma en comento. En tal sentido, pudiendo constituirse este supuesto de hecho, hipótesis o condición cuya actualización desencadena las consecuencias jurídicas previstas en la norma en una situación jurídica que comporta un haz de derechos y obligaciones estables surgidos del status o posición jurídica de las personas<sup>418</sup>, los problemas directa e indirectamente originados en la situación de crisis económico-financiera del deudor persona física, responden a esta cualidad. Así las cosas, los mecanismos que en virtud del mandato contenido en la norma se configuren para otorgar solución al problema subyacente de la crisis del deudor persona física, esto es, la falta de desarrollo de su persona y la de su familia, el problema del respeto a su dignidad inherente al ser humano, deben considerar este objetivo y finalidad y, por tanto, deben buscar que tal objetivo y fin se concrete. Desde la concepción de la eficacia como resultado<sup>419</sup>, solo de esta forma el cumplimiento de la norma constitutiva del principio del fresh start será coherente con su fundamento o razón de ser subyacente y con sus límites de contenido.

---

<sup>417</sup> Seguimos a PECES-BARBA, Gregorio (1984) *Los valores superiores*, Madrid: Editorial Tecnos, pp. 39 y sgtes, y la consideración de ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., p. 135.

<sup>418</sup> SORIANO (1993) *Compendio...*, cit., p. 88.

<sup>419</sup> PRIETO (2005) *Apuntes...*, cit., pp. 86 y 87, expresa que "si compartimos que un cierto objetivo constituye un objetivo propio del sistema o de algún sector del mismo, la mayor o menor eficacia de una norma se medirá por su grado de contribución al mismo [...]"

### **5.3. El enfoque funcional. El fresh start como principio implícito dependiente de su contenido.**

Dicho lo anterior, veamos ahora si desde el enfoque funcional nuestra norma obedece a los caracteres de principio. Para ello debemos recordar que, para que una norma sea considerada principio desde el punto de vista funcional, podrá ser estimada como una razón para la acción dependiente o independiente de su contenido, esto es, una norma cuya razón para ser parte del ordenamiento jurídico obedece a una determinada fuente o a su especial contenido, pero siempre, al menos deberá ser no perentoria, esto es, una norma en cuya aplicación no se excluye la deliberación del órgano público en torno al contenido de la misma.

Así las cosas, nuestra norma, que obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor en situación que sea afectado por las graves consecuencias de la crisis económico-financiera, si bien ya hemos dicho se corresponde con una norma implícita que deriva o se extrae a partir de enunciados pertenecientes al ordenamiento jurídico, como son el cúmulo de derechos inherentes a la dignidad humana previamente descritos, y por tanto, puede ser definida como una razón para la acción dependiente de su contenido, esto es, una norma cuya razón para ser parte del ordenamiento jurídico es su especial contenido que se adecúa o es coherente con reglas y principios basados en fuentes ya presentes en el propio ordenamiento jurídico; por otro lado, apreciamos que responde al carácter de no perentoria, toda vez que exige en torno a la delimitación de su contenido, una evaluación o deliberación por parte del órgano público al tiempo de aplicarla como forma de cumplimiento de la obligación en ella existente.

#### ***5.3.1. Consecuencias de la consideración del fresh start como un principio desde un enfoque funcional.***

Es destacable señalar que aunque la tesis de la separación débil<sup>420</sup> considera que no existe una diferenciación estructural entre reglas y principios, sino que, siendo los principios cualquier norma, la supuesta distinción entre este y una regla aludirían más bien a una determinada técnica de interpretación y aplicación del enunciado normativo jurídico; la técnica de interpretación y aplicación, que diferenciaría a los principios de las reglas solo en el momento hermenéutico o de aplicación, pero no en cuanto a su estructura, sería coincidente con una específica forma de razonamiento que supera los

---

<sup>420</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis (1992) *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 55.



esquemas tradicionales de la subsunción o silogismo, directamente vinculada con la idea de ponderación<sup>421</sup>.

Así las cosas, si la aplicación de un enunciado normativo requiere, bajo ciertas circunstancias, de un ejercicio de ponderación, estaremos hablando de que tal norma se corresponde con un principio, sea que adscribamos a la tesis de la separación fuerte o débil entre reglas y principios. Ahora bien, no siendo relevante para efectos de nuestro trabajo la disputa y una argumentación entre la tesis de la separación fuerte o débil de reglas y principios, sí resulta importante para nosotros el hecho de que es característico de los principios la necesidad de una ponderación al tiempo de la aplicación o del desarrollo de contenido de la norma.

Entendiendo nosotros que la obligación contenida en la norma que configura el principio del fresh start se dirige a todos los poderes públicos pertenecientes al Estado, la cuestión de la ponderación en la aplicación o desarrollo de la norma dirá relación con el órgano al cual entendamos se dirige en la práctica el mandado contenido en la misma norma. Así, si desde el punto de vista del poder legislativo entendemos que la norma contenida en el principio del fresh start obliga al legislador a que, en el ejercicio de sus atribuciones, bajo las circunstancias planteadas en la norma otorgue un alivio al deudor, en cumplimiento de tal norma deberá desarrollar su contenido en torno a los medios adecuados para lograr tal finalidad, deliberando o ponderando las soluciones que, en la mayor medida de los posible logren el objetivo subyacente y finalidad explícita de la norma.

Por su parte, si desde el punto de vista del poder judicial entendemos que la norma contenida en el principio del fresh start obliga al juez a que, en el ejercicio de sus atribuciones, bajo las circunstancias planteadas en la norma, otorgue un alivio al deudor persona física, en cumplimiento de tal obligación deberá aplicar su contenido, desarrollado o no por el legislador, y en caso de conflicto con otros principios, resguardar su aplicación en la mayor medida de lo posible y determinar en qué circunstancias el principio debe prevalecer a través de una ponderación.

Así las cosas, y ahora desde el punto de vista de los intereses en juego y de las relaciones de poder entre las partes que pudieren verse afectadas —tanto en un sentido positivo como negativo— por la norma constitutiva de un principio, en todas ellas será necesario la ponderación de intereses en conflicto, tanto a la hora de desarrollar el

---

<sup>421</sup> PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael (2000) *Curso de teoría del derecho*, Barcelona: Marcial Pons, p. 171.

contenido de la norma en el principio contenida por el poder legislativo, tanto a la hora de su aplicación directa a las partes por el juez. En efecto, si los principios entendidos como directrices no delimitan ex ante la articulación de los intereses en conflicto, requiriendo por tanto en cada caso una ponderación de tales intereses que desemboque en una determinación del peso relativo de cada uno de ellos, en el caso de los principios en sentido estricto, la posibilidad de que se produzcan conflictos entre los valores protegidos por los mismos, obliga a una ponderación de la que resultará cuál es el valor que tiene un mayor peso, dadas las circunstancias del caso<sup>422</sup>.

Así pues, en relación a nuestro principio del fresh start, bajo la premisa de corresponder este a una directriz, la justificación que proporciona a la hora de ser aplicado en un caso concreto por el juez o a la hora de ser desarrollado su contenido por el legislador no es concluyente. Ello porque una acción, conducta o determinado contenido, causalmente idóneo para conseguir el estado de cosas o finalidad establecida por la norma considerados como valiosos por la directriz en función de su conexión con otros estado de cosas intrínsecamente valioso, puede incidir negativamente en la consecución de otros estados de cosas también considerados extrínsecamente valiosos por otras directrices. En este contexto, a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en las directrices las relaciones entre los estados de cosas y las acciones, conductas o contenido es de tipo extrínseco o causal. En este proceso causal inciden siempre, inevitablemente, otros procesos causales que engarzan otros fines o estados de cosas declarados como objetivos a perseguir por el ordenamiento jurídico y las acciones, conductas o determinado contenido que las promoverían. Así las cosas, desde el punto de vista de las directrices, una acción, conducta o determinado contenido justificados, serían aquellos que, respetando el resto de las normas del ordenamiento, en particular los límites, entendemos de contenido trazados por los principios en sentido estricto, resultará más eficiente, esto es, supusiera en un contexto de ponderación, el menor sacrificio de los otros fines.

---

<sup>422</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) *Las piezas...*, cit., pp. 19 y 18.

#### **5.4. La importancia del principio del fresh start desde el punto de vista de sus objetivos.**

Delimitado el fresh start como un principio, nos preguntamos ¿cuál es la importancia de entenderlo como tal?.

Considerando los problemas que la multiplicidad de regulaciones concursales de la persona física y de la amplitud de los intentos por otorgar justificación y un objetivo específico a la regulación sustantiva ha traído para el deudor persona natural, el principio del fresh start se constituye en una construcción jurídica que pretende establecer la verdadera naturaleza del procedimiento concursal de la persona física.

Es esta una construcción que, pretendiendo hacer emerger a la luz las inapreciadas particularidades y vinculaciones jurídico sociales que siempre han estado presentes en la regulación, propone el reconocimiento, entendimiento y aceptación de una institución cuya significativa funcionalidad se traduce en la de ser efectivamente elemento que rige todo el sistema concursal de persona física. Una institución que, siendo predicable respecto de todo ordenamiento jurídico, sea de corte anglosajón o continental, responde a la necesidad de adecuado entendimiento de la regulación concursal de la persona física y posibilita unificar la disparidad de criterios regulativos. El develado principio del fresh start, pues, opera como tal, como principio; y como tal, unifica, rige e irradia la moderna regulación concursal de la persona física.

Así las cosas, el principio del fresh start, como norma prescriptiva de conducta de comprobada existencia en el ordenamiento jurídico, ha de comprenderse rector de toda la actividad de los poderes públicos en búsqueda y promoción de la finalidad que la moderna regulación concursal de la persona física ostenta. Como principio rector, en cuyo contenido se encuentran latentes los objetivos que la regulación, en términos generales, contempla, ha de irradiar toda la regulación sustantiva.

Ahora bien, considerando que un *fresh start* en sentido amplio, como finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, se manifiesta a través de los objetivos de tratamiento y prevención de la insolvencia, bajo el entendimiento de que el principio del fresh start responde a la noción de principio que otorga sustento y justificación a la regulación concursal, el mismo ha de estimarse comprensivo de los objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física. Desde este punto de vista, los objetivos de tratamiento y prevención de la insolvencia forman parte del contenido del principio del fresh start, a través de los cuales ha de entenderse guiada la acción de los poderes públicos para el logro de la finalidad última de la moderna

regulación concursal de la persona física, otorgar alivio al deudor. El primer objetivo se traduce en la necesidad de otorgar una solución al problema de la abrumadora carga de deudas, esto es, otorgar un alivio al deudor abrumado por una sobrecarga de deudas a través del establecimiento de un justo y eficiente mecanismo de liberación o descarga (*discharge*)<sup>423</sup>; la cual, aludiendo al segundo, debe ser acompañada necesariamente por mecanismos o herramientas que posibiliten tratar las causas de la crisis económica del deudor con el fin de evitar una insolvencia futura<sup>424</sup> y las consecuentes manifestaciones del problema subyacente a la crisis económica y financiera del deudor.

Tomando en cuenta el objetivo del principio del fresh start de tratar la insolvencia del deudor persona natural, y que el mecanismo de la descarga de la deuda, como una de las manifestaciones del principio, es en esencia una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>425</sup>, cuyos fundamentos principales se encuentran en la dignidad de la persona humana, la liberación de la responsabilidad personal del deudor por las deudas anteriores a la solicitud del concurso no es un derecho absoluto<sup>426</sup>. Los límites al principio del fresh start se gestan en función de la necesidad de que la regulación concursal de la persona física, aunque protectora del deudor, debe no obstante reconocer y respetar los intereses de satisfacción de los acreedores en la medida que el principio lo permita.

De esta forma, existen limitaciones tanto desde el punto de vista del sujeto deudor, como desde el punto de vista de la obligación susceptible de ser descargada o extinguida, a las cuales nos referiremos oportunamente.

---

<sup>423</sup> JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1393.

<sup>424</sup> LICHTASH (2011) "Realigning...", cit., p. 171

<sup>425</sup> PULGAR (2016) *Preconcursalidad...*, cit., p. 895; CUENA, Matilde (2015) "Régimen jurídico e impacto económico del aparente régimen de "segunda oportunidad" introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio", en Sánchez R. Inmaculada y Olmedo C., Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, p. 744.

<sup>426</sup> JACKSON (1986) *The logic...*, cit., p. 225. CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 744, expresa que "No hay que olvidar que [el mecanismo de segunda oportunidad] supone una excepción a un principio medular de nuestro Derecho patrimonial como es el consagrado en el art. 1911 CC y debe evitarse a toda costa que puedan beneficiarse conductas de deudores oportunistas y alterarse la cultura de pago."



## PARTE SEGUNDA

### UNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA EN LA LC

#### SECCIÓN 1ª. FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA EN LA LC.

##### 1. Breve descripción del procedimiento concursal de la persona física en España.

Bajo la comprensión de que todo procedimiento concursal, incluido el de la persona física, se configura a través de elementos estructurales, considerando el principio de unidad de la legislación contemplado por la LC<sup>427</sup>, el actual ordenamiento concursal español contempla una normativa para la persona física configurada a través de fases: la fase común; la de convenio y la de liquidación, que se presentan, en general, como alternativas; la fase de calificación del concurso y finalmente la fase de exoneración del pasivo insatisfecho.

La fase común del concurso se orienta como una fase previa a las fases de convenio y liquidación en la cual, dividiéndose en cuatro secciones<sup>428</sup>, se llevan a cabo actuaciones vinculadas a la declaración del concurso, a la administración concursal, a la determinación de la masa activa y determinación de la masa pasiva del concurso.

Respecto las fases de convenio y liquidación, desde los orígenes de la LC el legislador las ha considerado como las soluciones del concurso<sup>429</sup>. Desde este punto de vista, el legislador español comprende que la fase de convenio es el modo normal de solución del concurso<sup>430</sup>, donde a través de un acuerdo entre deudor y acreedores, en el que prima la autonomía de la voluntad de las partes, se pretende alcanzar la satisfacción de los acreedores. A través de la propuesta anticipada de convenio, una solución amigable en base a un acuerdo entre deudor y acreedores es posible durante la fase común.

En la medida que el deudor lo estime conveniente, o en caso que la fase de convenio haya fracasado<sup>431</sup>, la legislación concursal contempla una fase de liquidación

---

<sup>427</sup> Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, II, p. 6.

<sup>428</sup> Artículo 183.1º a 4º LC.

<sup>429</sup> Exposición de Motivos de la LC, VI, p. 11.

<sup>430</sup> Exposición de Motivos de la LC, VI, p. 12.

<sup>431</sup> Exposición de Motivos de la LC, VII, pp. 12 y 13.

del deudor a través de la cual el juez procederá a la liquidación de su patrimonio y al pago de los créditos de sus acreedores.

En caso de aprobación de un convenio cuya cuantía de quita o duración de la espera resulte especialmente gravosa para los acreedores, o en caso de apertura de la fase de liquidación, el ordenamiento concursal contempla una fase de calificación del concurso que derivará en una calificación del concurso como fortuito o como culpable<sup>432</sup>. En el primer caso, y en la medida que el deudor lo estime pertinente, podrá solicitar la procedencia de la fase de exoneración del pasivo insatisfecho, mientras que en el segundo, el deudor persona física no podrá instar la fase de exoneración.

A través de la fase de exoneración del pasivo insatisfecho, que fue introducida en la LC por la LSO, y configurada con carácter de condicional a que el concurso no haya sido calificado de culpable<sup>433</sup>, el deudor persona física, tras cumplir con una serie de requisitos, a su vez constitutivos a su buena fe<sup>434</sup>, podrá lograr una descarga de la deuda residual. De manera particular, la fase de exoneración se estructura en torno a dos posibilidades para la obtención de la descarga de la deuda, la primera de carácter directa cuando el deudor haya cumplido una serie de requisitos vinculados a su buena fe y, especialmente, a la satisfacción de los acreedores, y la segunda, de carácter no directa, cuando el deudor no cumple con un requisito de satisfacción mínima de sus acreedores, a través del sometimiento del deudor a un plan de pagos por el transcurso de seis años.

Finalmente, es preciso señalar que aunque la configuración previamente descrita es la estructura general que el ordenamiento español contempla para el concurso del deudor persona física, y que puede extraerse de la letra de la ley, de una interpretación sistemática y sus enmiendas posteriores, la normativa contempla la posibilidad de que el deudor logre un acuerdo con sus acreedores extrajudicialmente. Introducido en la LC por la LAE, aunque no configurada como una fase dentro de la estructura general descrita, el acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) puede ser considerado como un elemento de la regulación concursal de la persona física que procederá con antelación al procedimiento propiamente tal<sup>435</sup>. A través del acuerdo extrajudicial de pagos el deudor buscará lograr un acuerdo con sus acreedores fuera del concurso que le permita solucionar su estado de insolvencia.

---

<sup>432</sup> Exposición de Motivos de la LC, VIII, pp. 13.

<sup>433</sup> Artículo 178 bis.3.1º LC.

<sup>434</sup> Artículo 178 bis.3 LC.

<sup>435</sup> Artículo 231.4 LC.

## **2. Fundamentos y objetivos de la regulación concursal de persona física en la LC.**

### **2.1. La LC eminentemente originada desde la visión de la persona jurídica deudora y destinada a la protección de los acreedores.**

Desde el presupuesto subjetivo del concurso, la regulación concursal española contempla una normativa procedimental cuyo ámbito de aplicación se extiende a todo deudor, independientemente de que se trate de una persona jurídica o física<sup>436</sup>. En este contexto, se ha indicado<sup>437</sup> que al regular un único procedimiento concursal, tanto para comerciantes como no comerciantes, tanto para personas físicas como jurídicas, es posible prescindir totalmente de cualquier referencia a la naturaleza de las obligaciones relevantes o de los acreedores para poner en marcha el procedimiento o para cualquier otra incidencia a lo largo del mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, desde los orígenes de la LC, la regulación de la insolvencia ha sido orientada esencialmente desde la visión, y para las circunstancias que la insolvencia tiene respecto, de las personas jurídicas<sup>438</sup>. Esto es posible de apreciar con una mirada sistemática general de la normativa, desde la cual emerge el gran contenido de disposiciones que regulan las circunstancias de la insolvencia, instituciones y elementos, que en propiedad pueden ser encasillados en un concepto de concurso de persona jurídica<sup>439</sup>. A medida que avanzamos en esta mirada sistemática de la ley nos percatamos que son solo algunas las normas que se refieren expresamente a la

---

<sup>436</sup> Artículo 1.1 LC.

<sup>437</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2004) "Comentario al artículo 1º", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, p. 27.

<sup>438</sup> GONZÁLEZ LECUONA, María Marcos (2004) "De los presupuestos del concurso", en CORDÓN MORENO, Faustino (director), *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra: Thomson Aanzadi, p. 79, expresa que en consonancia con la realidad del tráfico económico, la reforma concursal parte del hecho de que la mayoría de los sujetos que operan en este ámbito son personas jurídicas; VILA FLORENSA, Pablo (2004) "Art. 1. Presupuesto subjetivo", en Sala, A., Mercadal, F. y Alonso-Cuevillas, J. (coordinadores), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona: Editorial Bosch, p. 68; ALONSO LEDESMA, Carmen (2009) "Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: propuestas de regulación en el procedimiento concursal", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 461; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo (2009) *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, cit., p. 44; CUENA (2009) "Algunas...", cit., p. 3; PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 10.

<sup>439</sup> En esta línea, ROJO, Angel (2004) "Artículo 1. Presupuesto subjetivo", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (editores), *Comentarios de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Thomson Civitas, nota al pie introductoria, pp. 141 y 142; SÁNCHEZ-CALERO, Juan (2004) "De los presupuestos del concurso", en Sánchez-Calero, Juan y Guilarte Gutiérrez, Vicente (directores), *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I, Valladolid: Editorial Lex Nova, pp. 43 y 48.



situación del deudor persona natural, y solo respecto de ciertos elementos de la regulación concursal. Es el caso, a modo de ejemplo, de la norma que refiere al derecho de alimentos en el concurso para el deudor persona natural (artículo 47), personas especialmente relacionadas con el deudor (artículo 93.1), los efectos de la conclusión del concurso (artículo 178.2), a la apertura del concurso (artículo 179.1), a la regla que plantea especialidades de los acuerdos extrajudiciales de pago para la persona física (artículos 231 y sgtes.), la norma relativa a la exoneración del pasivo insatisfecho (artículo 178 bis)<sup>440</sup>.

La razón de esta mercantilización de la legislación concursal puede ser apreciada si tomamos en consideración la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, el cual incorporó por primera vez la filosofía unificadora de la regulación concursal. Según alguna doctrina<sup>441</sup>, el anteproyecto configuró unitariamente el presupuesto subjetivo de la regulación concursal afirmando que no había ninguna razón de peso que justificaba el diverso tratamiento de la insolvencia según que el deudor sea o no comerciante, expresando además que serían las normas de derecho mercantil las predominantes en la institución; siendo de esta forma los preceptos del Código de Comercio los que habían servido de orientación y base para la redacción del anteproyecto. Atendido a ello, la Exposición de Motivos de la LC habría dado cuenta de que la tendencia simplificadora de la regulación no supone ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios, con lo cual el establecimiento de un único procedimiento como solución a la insolvencia no habría excluido la necesidad de previsiones específicas para todos los supuestos en que el deudor tenga la condición de empresario, generándose gran número de específicas disposiciones en relación con los supuestos de concurso de personas legalmente obligadas a llevar contabilidad, personas que ejercen una actividad empresarial o profesional o bien relativas al deudor persona jurídica<sup>442</sup>.

La misma LC pretende justificar tal tratamiento de la insolvencia a través de lo que en su Exposición de Motivos denomina como principio de unidad legal<sup>443</sup> y la flexibilidad del procedimiento<sup>444</sup>. Gracias al principio de unidad legal, y con justificación en la superación de la diversidad de instituciones concursales para

---

<sup>440</sup> Haciendo una enumeración, y dando cuenta de los desincentivos de la originaria regulación de la LC, PULGAR (2008) "Concurso...", cit., pp. 11 y 12.

<sup>441</sup> ROJO (2004) "De los presupuestos...", cit., p.141, nota al pie introductoria

<sup>442</sup> VILA FLORENSA (2004) "Art. 1", cit., p. 68.

<sup>443</sup> GONZÁLEZ LECUONA (2004) "De los presupuestos...", cit., pp. 77 y 78

<sup>444</sup> Exposición de Motivos de la LC, II, párrafo tres, p. 6.

comerciantes y no comerciantes determinada por la necesidad de simplificar la normativa procedimental<sup>445</sup> concursal<sup>446</sup>, la LC aglutina toda la legislación concursal en un solo cuerpo normativo que comprende los aspectos materiales y procesales de un único procedimiento, el cual es posible de aplicar tanto a personas jurídicas como físicas, comerciantes y no comerciantes<sup>447</sup>. Por su parte, gracias a la flexibilidad que la regulación otorga al procedimiento concursal, sería posible su adecuación a diversas situaciones y soluciones que, para algunos autores, solventaría de manera adecuada las particularidades requeridas por el estatuto empresarial<sup>448</sup>, y para nosotros y en lo que nos interesa, sería también teóricamente<sup>449</sup> replicable para plantear soluciones a las situaciones de insolvencia de un deudor persona física<sup>450</sup>.

A partir de la justificación de la configuración de un único y flexible procedimiento concursal, el legislador concursal comprende que la finalidad esencial de esta única regulación del concurso es la satisfacción de los acreedores. En efecto, en la Exposición de Motivos de la LC se manifiesta expresamente que a partir de la flexibilidad de este único procedimiento, es posible la adecuación de la regulación a diversas situaciones y soluciones a través de las cuales puede alcanzarse la finalidad esencial del concurso, esto es, la satisfacción de los acreedores<sup>451</sup>. De acuerdo a alguna doctrina<sup>452</sup>, el legislador consideró que el concurso de acreedores era un instrumento apto para superar la crisis de insolvencia colmando las que estimaba eran las finalidades fundamentales: la satisfacción de los acreedores, lo que coherencia con la consideración del convenio como la solución normal del concurso.

Desde estas consideraciones, la legislación concursal española, además de presentar una regulación eminentemente destinada a la regulación de la insolvencia de

---

<sup>445</sup> ROJO (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 143.

<sup>446</sup> La Exposición de Motivos de la LC, I, p. 4, plantea el problema de la dispersión de la normativa vigente vinculada a la insolvencia.

<sup>447</sup> SÁNCHEZ-CALERO (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 42; PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 10.

<sup>448</sup> En este contexto, llama la atención que la justificación de simplificación del procedimiento concursal, SÁNCHEZ-CALERO (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 42, lo vincule estrechamente con las particularidades de los actores personas jurídicas en el concurso.

<sup>449</sup> ROJO (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 143, expresa que para el legislador de la época "[...] no existe fundamento alguno —o, al menos fundamento suficiente— para mantener procedimientos autónomos por razón de la condición subjetiva del deudor".

<sup>450</sup> GONZÁLEZ LECUONA (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 78, justificaba que la superación de la diversidad de procesos concursales también se hacía factible ya que los problemas que, en aquel entonces, planteaban los deudores civiles y mercantiles eran similares; lo cual permitía establecer un sistema procesal común para ambos casos, en el que se insertan normas específicas cuando sean precisas.

<sup>451</sup> Exposición de Motivos de la LC, II, párrafo tres, p. 6.

<sup>452</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar (2015) *La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia*, 2ª edición, Madrid: Lefebvre El Derecho, p. 24.

la persona jurídica, desde sus orígenes da cuenta de manera clara de su finalidad esencial, la cual, traducida en términos de objetivos, se refiere a la protección de los intereses de los acreedores a través de su satisfacción<sup>453</sup>; manteniendo como principio imperante el de responsabilidad patrimonial universal del deudor<sup>454</sup>. Tal conclusión puede ser reafirmada al estimar lo señalado por cierta doctrina<sup>455</sup>, la que, refiriéndose al principio de unidad legal como justificativo de la unidad de disciplina regulatoria del concurso en la LC, expresaba que la realidad del tráfico jurídico actual pone de manifiesto que lo decisivo no es la condición de titular del patrimonio o la mercantilidad o no de unos negocios jurídicos, sino que el patrimonio opere en el mercado, donde no es posible ignorar que, como ha resaltado la doctrina, en ocasiones las insolvencias civiles pueden ser tanto o más perjudiciales para el crédito que las mercantiles.

## **2.2. Fundamentos de la regulación concursal de la persona física en la LC.**

Aunque el objetivo declarado de la legislación concursal es la protección de los acreedores a través de su satisfacción en el procedimiento concursal, nos preguntamos si tal objetivo es replicable a la normativa que con posterioridad a la promulgación de la originaria LC, vino a responder, en palabras del propio legislador, a ciertas necesidades de protección de los deudores personas físicas: el acuerdo extrajudicial y especialmente la exoneración del pasivo insatisfecho.

### **2.2.1. Fundamentos vinculados al fomento de los acuerdos extrajudiciales de pago.**

El proyecto de la LAE fue el cuerpo normativo que incorporó el acuerdo extrajudicial de pagos en la legislación concursal. El AEP, aunque objeto de modificaciones<sup>456</sup>, ha sido considerado por los redactores de la normativa concursal

---

<sup>453</sup> BELTRÁN, Emilio (2009) "El concurso de acreedores del consumidor", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 123; ALCOVER GRAU, Guillermo (2004) "La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 51.

<sup>454</sup> Respecto de la primacía del principio antes de la ley 14/2013, CUENA, Matilde (2016) "La exoneración del pasivo insatisfecho", en Prats Albentosa, Lorenzo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, p. 66.

<sup>455</sup> Así, GONZÁLEZ LECUONA (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 78.

<sup>456</sup> Para un tratamiento acabado del acuerdo extrajudicial de pagos, FERNÁNDEZ SEIJO, José María (2015) *La reestructuración de la deudas en la ley de segunda oportunidad*, 2ª edición, Barcelona: Editorial Bosch, pp. 29 a 151. De manera sucinta en cuanto al procedimiento, PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (2016) "El acuerdo extrajudicial de pagos", en Prats Albentosa, Lorenzo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, pp. 30 a 58.

vinculada a particulares como un instrumento eficaz que posibilita el tratamiento preconcursal rápido de la insolvencia<sup>457</sup>.

El mecanismo, incorporado en el Capítulo V, Título I, del Proyecto, relativo a la iniciativa emprendedora, se gesta como una herramienta para incentivar la cultura emprendedora y facilitar el inicio de actividades empresariales<sup>458</sup>. En efecto, en caso de insolvencia, se contempla el mecanismo como una herramienta para que deudores emprendedores logren sobrellevar y superar la situación de crisis económico-financiera<sup>459</sup>, de manera tal que la misma no produzca un empobrecimiento y frustración tales que inhiban al empresario a comenzar de nuevo un proyecto o un emprendimiento; sino que pase a ser un medio para el aprendizaje y progreso<sup>460</sup>.

De igual manera, y con miras a la protección del emprendimiento, la regulación del AEP se gesta como una institución cuya finalidad es evitar la liquidación de empresas viables afectadas por un nivel excesivo de deudas y, en caso que fuera inevitable, facilitar la venta de las unidades productivas<sup>461</sup>.

Así las cosas, en la visión original del legislador, aunque en la práctica el acuerdo extrajudicial propicia una protección al deudor insolvente de manera que pueda sobreponerse rápidamente al problema de la insolvencia, en el fondo la regulación propende y fomenta una finalidad económica como es el emprendimiento futuro de los deudores empresarios y la protección de la empresa viable.

---

<sup>457</sup> Ministro de Economía y Competitividad, Sesión de Convalidación o Denegación del RDL 1/2015, Sesión Parlamentaria 250, Nº 267, año 2015, p. 18.

<sup>458</sup> El Ministro de Hacienda y Administración Pública, PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES ANTE EL PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE, Sesión Nº 123, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Nº 130, de 17 de julio de 2013, p. 6, expresa que es imprescindible adoptar las medidas adecuadas para potenciar y facilitar la iniciativa empresarial, especialmente en la coyuntura económica actual, añadiendo que es básico arbitrar mecanismos flexibles para dar solución extrajudicial a las situaciones de insolvencia. De igual forma, PRATS ALBENTOSA (2016) "El acuerdo...", cit., pp. 23 y 24; PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 3.

<sup>459</sup> Intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, Sesión Plenaria Nº 250, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Nº 267, año 2015, p. 17, en torno al acuerdo extrajudicial de pagos como mecanismo para facilitar el despalancamiento y mitigar su efecto depresivo.

<sup>460</sup> Preámbulo del Proyecto de la LAE, II, p. 4; Ministro de Hacienda y Administración Pública, PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES ANTE EL PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE, cit., p. 6.

<sup>461</sup> Intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 17.

### **2.2.2. Fundamentos vinculados a la exoneración de la deuda residual.**

La LAE introdujo por primera vez<sup>462</sup> en el ordenamiento español, lo que la doctrina denominó como un mecanismo de segunda oportunidad. Aunque no se le otorga este calificativo en la propia ley, en el artículo 178.2 el legislador consagró el efecto de remisión de los pasivos insatisfechos en caso de liquidación del concurso, si se cumplían ciertos requisitos. En términos precisos, la norma del artículo 178.2 fue la primera disposición normativa que en el ordenamiento español reguló la descarga de la deuda residual<sup>463</sup>.

De acuerdo al análisis de la exposición de motivos de la LAE, el mecanismo de segunda oportunidad se constituiría en una herramienta que posibilitaría el incentivo para los emprendedores, especialmente los jóvenes; de tal manera de contar con una herramienta que fomentara la inversión en la creación de empresas, con la finalidad de aportar al crecimiento económico y al mayor empleo<sup>464</sup>. Tal regulación, que la Exposición de Motivos califica como suficiente de la exoneración de la deuda residual, es incorporada dentro del Título I de la ley, el cual tiene como objetivo la introducción de ciertas normas y mecanismos para incentivar el emprendimiento y facilitar el inicio de actividades económica entre la población.

Desde este punto de vista, la consideración subyacente tras el fundamento de establecimiento del mecanismo de exoneración de la deuda residual, es que la herramienta posibilita que el deudor tenga una visión de protección en caso de verse afectado por los riesgos empresariales y económicos propios del emprendimiento<sup>465</sup>. Así las cosas, la concepción originaria que habría tenido el legislador en torno a la descarga de la deuda es de un mecanismo de limitación de responsabilidad para los potenciales emprendedores, de manera tal de fomentar el crecimiento del emprendimiento sin temor al fantasma de la insolvencia.

A través de la LSO, por medio de la cual se convalida el RDL 1/2015, sobre mecanismo de segunda oportunidad, se incorpora definitivamente en el ordenamiento concursal español una regulación que pretende otorgar una exoneración de la deuda residual a todo tipo de deudor persona física, sea empresaria o no.

---

<sup>462</sup> CUENA (2014) "Préstamo...", cit., p. 2.

<sup>463</sup> Así, LATORRE, Nuria (2016) "El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 37, enero-abril, Editorial Thomson Reuters, p. 171.

<sup>464</sup> El Ministro de Hacienda y Administración Pública, PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES ANTE EL PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE, cit., p. 6, señalaba que los objetivos del proyecto son fomento de la iniciativa emprendedora, facilidades para acceder a la financiación, apoyo al crecimiento y desarrollo de los proyectos empresariales.

<sup>465</sup> En la misma comprensión, PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 3.

Del análisis de la Historia de la Ley se desprenden las circunstancias que habrían motivado el cambio legislativo a través del RDL 1/2015. La crisis económica, la consecuente explosión de la burbuja inmobiliaria y sus repercusiones habrían exigido un cambio legislativo que propiciara una mejora, tanto a nivel de régimen financiero, así como —para lo que nos interesa— en el régimen concursal. Así las cosas, respecto del denominado mecanismo de segunda oportunidad, se manifiesta que forma parte de las medidas adoptadas para facilitar el desendeudamiento ordenado de la economía española, como proceso necesario que debe continuar para asegurar una recuperación sostenible de la misma, y para mitigar el endeudamiento excesivo que habría sido causado por una serie de circunstancias vinculadas a malas prácticas financieras, crisis económica y la repercusiones del estallido de la burbuja inmobiliaria<sup>466</sup>.

Bajo tales motivaciones, la enmienda y extensión de la aplicación del mecanismo de exoneración de deuda en la LC se constituiría en un mecanismo que vendría a responder a la finalidad de fomento al emprendimiento y, de esta forma, a la economía del país<sup>467</sup>. En efecto, se planteó en la discusión de convalidación o enmienda del RDL 1/2015 que la exoneración de la deuda da la posibilidad a los deudores de encasillar nuevamente su vida a pesar de un fracaso económico empresarial o personal para que no tengan que arrastrar indefinidamente con deudas que nunca podrían satisfacer; donde no temer al fracaso económico es clave para la cultura empresarial, lo que al mismo tiempo favorece la prosperidad y evita caer en la economía sumergida.

Desde tales consideraciones, se aprecia que al igual que en su antecesora versión de la Ley 14/2013, en la visión de los redactores de la nueva y actual versión de la exoneración de deudas, el mecanismo responde a un interés y necesidad por fomentar y proteger la economía a través de herramientas que promuevan el emprendimiento sin temor al fracaso financiero económico.

---

<sup>466</sup> Intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 17, justificando las medidas dispuestas por el RDL.

<sup>467</sup> Así lo entiende también, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 71.

### 2.3. Objetivos de la regulación concursal orientada a la persona física en la LC.

Coincidente con lo expuesto, se ha expresado<sup>468</sup> que con anterioridad a la LAE, la imposibilidad de reducir, mitigar, modular, limitar o exonerar la responsabilidad del deudor frente a sus acreedores obedecía, en gran medida, a que por encima de otras finalidades perseguidas en el concurso, la principal era la satisfacción de los derechos de créditos de los acreedores. En los orígenes de la actual LC, se expresó<sup>469</sup> que parece evidente que, mientras no se adopte una decisión legislativa en contrario, el concurso de acreedores había de ser el instrumento para la solución de la insolvencia del consumidor y no solo del empresario; regulación que, no obstante, ya describía como inadecuada para tal objetivo.

La justificación de la introducción de la norma del artículo 178.2 en la LC por la LAE, expresa que el Proyecto recoge una modificación de la LC que, formalmente no solo afecta a emprendedores, sino a cualquier persona física insolvente, también un consumidor. La justificación continúa indicando que la propuesta consagra un *fresh start* más generoso para los empresarios, ya que se dispone que si el deudor intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, cabe la exoneración de todo el pasivo ordinario, sin necesidad de abonar siquiera el 25%, siempre que haya abonado los créditos de derecho público, créditos contra la masa y privilegiados.

Desde tal justificación, entendemos que la supuesta segunda oportunidad incorporada por la modificación legislativa contiene un trasfondo protector de los intereses de los acreedores, toda vez que desde sus orígenes exigía un pago mínimo, o porcentaje mínimo de satisfacción, para otorgar una exoneración de la deuda. Lo anterior es reafirmado si tenemos en cuenta que en discusión de convalidación o denegación del RDL 1/2015, se justifica la herramienta de exoneración de deuda como un elemento que, ofreciendo una segunda oportunidad a los deudores de buena fe, concilia los intereses de acreedores y deudor, salvaguardando la cultura del pago<sup>470</sup>. Por otro lado, lo anterior es refrendado por el hecho de que el RDL 1/2015 modifica el artículo 178.2 que había sido previamente enmendado por la LAE, para volver a resaltar que el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada del deudor por las deudas anteriores del concurso sigue siendo el primordial<sup>471</sup>. En línea con lo anterior, se ha

---

<sup>468</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 40.

<sup>469</sup> BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 124.

<sup>470</sup> Intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 17.

<sup>471</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 173.

señalado<sup>472</sup> que tras la reforma de la LAE, el legislador español seguía optando por la actuación prácticamente indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal con el objetivo de no alterar la cultura de pago y favorecer la concesión de créditos.

A mayor abundamiento, llama la atención que el mismo grupo parlamentario que había rechazado sistemáticamente los intentos de regulación de un mecanismo de segunda oportunidad con anterioridad al año 2013, y con justificación en el peligro que tal regulación significaba para la solvencia del sistema bancario y las consecuencias que traería para el mercado del crédito<sup>473</sup>, posteriormente haya establecido una regulación de la herramienta a través de RDL. En efecto, si la razón del rechazo de una previa regulación del mecanismo de segunda oportunidad se encontraba en la protección de los acreedores, toda vez que la regulación implicaba efectos contraproducentes para el mercado del crédito, la introducción de la regulación de segunda oportunidad por el mismo grupo parlamentario, entendemos habría mantenido el objetivo de protección de los intereses de los acreedores como guía para la regulación finalmente concretada. A ello ha de vincularse lo que se ha descrito<sup>474</sup> como un objetivo o actuación puramente electoralista que habría motivado la consagración de la regulación de mecanismo de segunda oportunidad a través del RDL 1/2015.

De lo anterior concluimos que, tanto la originaria versión del mecanismo de exoneración de deudas de la LAE, como su posterior modificación y extensión a todos los deudores personas físicas por la LSO, contiene un objetivo primordial que guía la regulación: la satisfacción de los acreedores. De acuerdo a lo anterior, y aunque un sector de la doctrina<sup>475</sup> ha entendido que en la LC la satisfacción de los acreedores no sería el único interés digno de tutela, siendo modulada y matizada esta finalidad por otros intereses; todo lo que venimos planteando nos permite comprender que la regulación de la denominada segunda oportunidad introducida por el legislador pretende

---

<sup>472</sup> CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 66.

<sup>473</sup> Intervención del Sr. Martínez Gorriaran, DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 31.

<sup>474</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 14; LLEDÓ YAGÜE, Francisco (2015) "La ley de segunda oportunidad en Europa y algunas consideraciones notables en la legislación norteamericana", en Sánchez R. Inmaculada y Olmedo C., Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, p. 630.

<sup>475</sup> GONZÁLEZ BILBAO, Emilio (2004) "Identificación de los "intereses concurrentes" y del "interés del concurso" en la nueva ley concursal", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons, pp. 304 y 306; BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 123.



o propende, de manera primordial, a la protección de los intereses de los acreedores en torno a la satisfacción de sus créditos<sup>476</sup>. Así las cosas, y a modo de ejemplo, encuentra explicación que el mecanismo de exoneración se habría encontrado supeditado, desde sus orígenes, al pago de un porcentaje mínimo de créditos a los acreedores como requisito para la concesión de la exoneración de la deuda.

Considerando lo anterior, llama la atención que en las discusiones legislativas del proyecto en las Cortes Generales se aluda constantemente a la legislación belga, la cual, entendemos de lo señalado por los legisladores intervinientes, habría sido el modelo para la introducción de la normativa y la propuesta de enmiendas. En efecto, la enmienda de la LC en comento se habría justificado indicándose que la propuesta se inspiró en el proceso introducido, con éxito, en la legislación belga, concretamente en su Ley de Continuidad de las Empresas, de 31 de enero de 2009. Aunque si bien la justificación da cuenta de la referencia al ordenamiento belga para referirse, en principio, a la normativa propuesta para el acuerdo extrajudicial, no es menos cierto que la misma justificación es utilizada en referencia a toda la regulación propuesta por el proyecto de ley en comento, dentro de la cual se encontraba, en efecto, la introducción de la norma que instituyó la descarga de la deuda residual en el ordenamiento español.

Ahora bien, la referencia al ordenamiento belga como antecedentes para la introducción de las enmiendas propuestas por el proyecto de la LAE no es algo baladí, toda vez que si consideramos que la legislación belga se origina o tiene su antecedente directo en la legislación alemana de insolvencia, la vinculación entre la normativa reguladora del concurso de persona física española y alemana, es manifiesta. De allí que podamos determinar el antecedente de la legislación concursal española en la legislación alemana de insolvencia y, en tal sentido, a la usanza de tal modelo, comprendemos el marcado afán proteccionista de los intereses de los acreedores que, como objetivo y carácter principal, guía la regulación de insolvencia de la persona física en la LC.

Finalmente, considerando que el artículo 178.2 dado por la LAE, aunque siempre dentro del objetivo de otorgar protección a los acreedores, requería el intento de un acuerdo extrajudicial de pagos para efectos de otorgar un trato más favorable a los deudores, es necesario destacar que la normativa propuesta del acuerdo extrajudicial de pagos en el proyecto de ley encontraba, además, justificaciones en la celeridad y menor

---

<sup>476</sup> Entendemos que en esta misma línea, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., pp. 12 y 13.

costo de los procedimientos concursales. En efecto, en el preámbulo del proyecto se expresa que el procedimiento, tal como lo consagran todos los estudios de derecho comparado, es muy flexible con el acuerdo extrajudicial de pagos, el cual se sustanciaría extrajudicialmente y en brevísimos plazos<sup>477</sup>. Así las cosas, dentro de los objetivos comprendidos en la normativa concursal de persona física originalmente considera encontramos que el incentivo y fomento del acuerdo extrajudicial de pagos respondería al objetivo de abaratamiento de costos para la administración pública y las partes en el procedimiento.

## **2.4. La falta de una regulación concursal de persona física propiamente tal en la LC.**

### **2.4.1. Inexistencia de un procedimiento concursal de persona física en la LC.**

Aunque para justificar la unidad del procedimiento la LC alude a la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio<sup>478</sup>, considerando las justificaciones de la moderna regulación concursal de la persona física planteadas en la Parte Primera, la LC no solo olvida al deudor persona física en los orígenes de la regulación<sup>479</sup>, sino que además, y luego, ignora que existen diferencias entre los actores del procedimiento<sup>480</sup>, deudores personas físicas y personas jurídicas que, atendido a su naturaleza, requieren un reconocimiento de sus particulares especialidades y necesidades que debe verse reflejado en la normativa.

Aunque el principio de unidad justifica la materialización de la normativa concursal en un único cuerpo normativo, ello no es óbice para desconocer las particulares necesidades de los deudores en el procedimiento. Tales particularidades parten de la naturaleza de persona natural del sujeto deudor en un procedimiento concursal, respecto de quien los problemas subyacentes a la insolvencia repercuten

---

<sup>477</sup> Intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 17.

<sup>478</sup> ROJO (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 143.

<sup>479</sup> Así lo manifiesta BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 125, en torno a la regulación originaria de la LC y en una crítica a la unificación subjetiva de la legislación; y se puede colegir de COLINO MEDIAVILLA, José (2009) "Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: ¿procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo, o procedimiento concursal especial?", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 439; ALONSO LEDESMA (2009) "Endeudamiento...", cit., pp. 460 a 462; PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 3.

<sup>480</sup> En esta línea entendemos se manifestaba, en los orígenes de la actual LC, DÍAZ ALABART, Silvia (2009) "Los alimentos del deudor en el concurso", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 262.

consecuencias diversas que las causadas en una persona jurídica. Desde esta perspectiva, aunque de acuerdo a alguna doctrina<sup>481</sup> la exigencia de personalidad en el sujeto del concurso en la redacción del artículo 1.1 LC fue una consciente decisión del legislador orientada a negar el acceso al procedimiento concursal de deudores con un estatuto difícilmente compatible con algunos de los aspectos fundamentales del sistema; es necesario comprender que la formulación del presupuesto subjetivo no busca solo resolver una cuestión procesal, sino además pretende que sea tomado en cuenta un particular régimen aplicable al sujeto del concurso<sup>482</sup>, lo cual según nuestro parecer, no solo debe entenderse desde la perspectiva de la utilidad de admitir un procedimiento basado en su insolvencia, o para aceptar que sobre el mismo recaigan todos los efectos de la declaración de concurso, sino que, de mayor importancia, debe además partir de la base de consideración de las particulares características del sujeto del concurso y sus necesidades.

En este sentido, podemos considerar con especial cuidado el entendimiento de que "[...] habría sido un importante paso adelante al superarse de una vez por todas la diferenciación procesal en función de la condición subjetiva del deudor, resultando ya irrelevante para la declaración de concurso si este ostenta [...]"<sup>483</sup> una determinada naturaleza; o que permitiría prescindir totalmente de cualquier referencia a la naturaleza de las obligaciones relevantes o de los acreedores para poner en marcha el procedimiento o para cualquier otra incidencia a lo largo del mismo<sup>484</sup>. En efecto, y de acuerdo a lo que venimos planteando, aunque entendemos acertado que para la declaración de concurso es irrelevante la naturaleza del deudor, ello no puede ser extensible a toda la regulación del procedimiento concursal propiamente tal, toda vez que la especial naturaleza y necesidades del deudor persona física en situación de crisis económico-financiera a la cual responde la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, impone la necesidad de un tratamiento especializado de una diversidad de elementos del procedimiento<sup>485</sup>.

---

<sup>481</sup> SÁNCHEZ-CALERO (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 47. También se infiere de GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009) *El sobreendeudamiento...*, cit., p. 168.

<sup>482</sup> En este contexto, SÁNCHEZ-CALERO (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 46.

<sup>483</sup> Así, CONDE DIEZ, Ricardo (2004) " Artículo 1. Presupuesto subjetivo", en Palomar Olmeda, Alberto (coordinador), *Comentario a la legislación concursal*, Madrid: Dickinson, p. 237.

<sup>484</sup> Así, BERCOVITZ (2004) "Comentario al artículo 1º", cit., p. 27.

<sup>485</sup> Aunque no pensando en una regulación especializada para el deudor persona física, VILA FLORENSA (2004) "Art. 1", cit., pp. 68 y 69, expresaba que el modelo de la LC basado en el deudor mercantil, aunque acertado en tanto instrumento de adecuación del derecho a la realidad social y económica, no obstante operaría en detrimento de aquellas situaciones que bien sea por la condición subjetiva del deudor, bien sea por la propia dimensión del concurso, deberían ser objetivo de una regulación específica.

Por otro lado, aunque de acuerdo a la LC se pretenda justificar la falta de una regulación especializada relativa a la persona física en el mismo cuerpo normativo en atención a la supuesta flexibilidad de la regulación concursal que, en teoría, sería adecuada a cualquier circunstancia y solución requeridas; en la práctica ha quedado plasmada la falta de esta supuesta adecuabilidad de la regulación para solucionar problemas particulares de los deudores personas físicas. Basta mencionar solo un ejemplo, y el más importante, que describe lo antes indicado: la introducción posterior en la LC del mecanismo de exoneración de deudas, de manera clara y patente, da cuenta de la falta de una supuesta flexibilidad y adecuabilidad de la LC a particulares y especiales necesidades de un especial grupo de deudores partícipes en el procedimiento concursal<sup>486</sup>. Así las cosas, y luego de las sucesivas enmiendas que ha recibido la LC, es posible mantener las críticas que se efectuaba<sup>487</sup> ya a la redacción original de la ley, en el entendido que tomando el legislador como modelo —no obstante la referida unificación legislativa— al deudor empresario y en particular con forma societaria, no se han contemplado las particularidades que conlleva el concurso del consumidor.

A mayor abundamiento, aunque la denominación de segunda oportunidad ha sido considerada tanto por la legislación como por la doctrina que se refieren a la regulación concursal de persona física en España, lo cierto es que del análisis de la Historia de la Ley se desprende que tal denominación es utilizada en referencia al mecanismo de exoneración de deuda residual que fue incorporado en el ordenamiento concursal español originariamente por la LAE y reformulado por la LSO. En efecto, en la visión original del legislador español se comprende una sinonimia entre la herramienta de exoneración de deuda residual, la expresión segunda oportunidad y la idea de regulación concursal de persona física, como si se tratase de términos independientes intercambiables<sup>488</sup>; sin reparar en que la expresión segunda oportunidad, en la concepción moderna del procedimiento concursal de persona física, obedece a la idea alivio del deudor o nuevo comienzo como finalidad última de la moderna

---

<sup>486</sup> En los orígenes de la LC ya alguna doctrina destacaba la insolvencia del consumidor como un caso que a pesar de la unidad legislativa de la LC, reclamaba un tratamiento legislativo específico que participara de la intención protectora típica de la legislación en materia de consumo. Así, SÁNCHEZ-CALERO (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 73.

<sup>487</sup> PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 3.

<sup>488</sup> Esto es posible de apreciar en la intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 17, quien expresa "Quiero resaltar asimismo la novedad que supone este mecanismo de segunda oportunidad porque establece un marco permanente de insolvencia personal".

regulación concursal de persona física, y no solo a la comprensión de una exoneración de la deuda residual.

En este sentido, si la comprensión del legislador fuera que la segunda oportunidad obedece a la idea de alivio del deudor, sucede que existe un error al identificar la segunda oportunidad como alivio del deudor solo con la incorporación del mecanismo de exoneración de la deuda, con lo cual la errónea sinonimia se torna patente.

A partir de estas consideraciones, un procedimiento concursal de la persona física a través de las modificaciones contempladas por las leyes en comento no es tal, toda vez que los mecanismos contemplados por tales leyes solo habrían incorporado normas que, constituyéndose en un mecanismo a través del cual se fomenta la descarga de la deuda del deudor persona física, es esta una de las tantas formas que la regulación concursal moderna de la insolvencia de la persona física contempla para el logro de su finalidad reflejada a través del sentido amplio de la expresión *fresh start*. De acuerdo a ello, y recordando las palabras de algún autor<sup>489</sup>, para quien el hecho de tener que satisfacer el interés de los acreedores no puede llevar a olvidar el interés del deudor en el concurso; estimamos lamentable que la normativa concursal relativa a la persona física en el ordenamiento español no se constituye ni en una regulación que sea reflejo por sí misma de la idea de segunda oportunidad o alivio del deudor, ni mucho menos en una regulación que instituya, propiamente tal, una regulación concursal de la persona física en situación de insolvencia.

Así las cosas, y de acuerdo a lo que venimos señalando, aunque se argumentara que la regulación concursal comprende un tratamiento especializado para la persona física en función de su naturaleza y especiales características<sup>490</sup>, no es dable desconocer la clara precariedad normativa que comprende la LC para la regulación de las instituciones y elementos estructurales que comprenden lo que podemos denominar, hoy en día, como un moderno procedimiento concursal de persona física. Desde estas consideraciones, la falta de una regulación del concurso de la persona física en el ordenamiento español es evidente, exigiendo esta circunstancia un pleno

---

<sup>489</sup> DE LA CUESTA RUTE, José María (2009) "Persona física y consumidor", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 113.

<sup>490</sup> Así, BERCOVITZ (2004) "Comentario al artículo 1º", cit., p. 28, para quien la LC efectivamente contenía un tratamiento especializado para la persona física en función de su naturaleza y característica particulares.

reconocimiento de las particularidades del sujeto deudor y la influencia que ello tiene para la regulación procedimental propiamente tal.

#### ***2.4.2. La falta de reconocimiento de la finalidad y objetivos del moderno derecho concursal de la persona física en la LC.***

Aunque de acuerdo a lo que hemos planteado en el apartado anterior, las modificaciones legislativas en comento no habrían introducido un procedimiento concursal de persona física propiamente tal, no es posible desconocer que, tal como dejamos sentado en la Parte Primera de este trabajo, el mecanismo de exoneración de deuda residual se constituye en una de las formas de materialización de la idea alivio del deudor subyacente a la regulación concursal de la persona física y al principio del fresh start. Desde este punto de vista, si de manera hipotética aceptásemos la idea de que el ordenamiento español, con ocasión de las enmiendas legislativas del año 2013 y 2015, contempla una regulación concursal de la persona física propiamente tal, la cuestión transcendental entonces se traslada a determinar si la misma respondería o no a la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de persona física.

Si tomamos en consideración las justificaciones de la regulación e incorporación legislativa del mecanismo de exoneración de la deuda residual en el ordenamiento español, a las que ya hemos hecho referencia previamente<sup>491</sup>, podemos apreciar que su fundamento se encuentra en una cuestión económica, más que social.

Aunque la incorporación definitiva de la herramienta de exoneración obedece a la necesidad de dar respuesta a las consecuencias de la crisis económica y al estallido de la burbuja inmobiliaria, se aprecia que tanto los redactores de la originaria versión del mecanismo en la LAE, así como los redactores de la actual versión de la LSO, justificaron las enmiendas en la necesidad de mejora de la situación económica a través del fomento al emprendimiento; lo cual a su turno vendría dado por la disminución del temor de las personas físicas a asumir riesgos al tiempo de emprender.

Las justificaciones planteadas por los redactores de las enmiendas legislativas que incorporan el mecanismo de exoneración de deudas en la LC son concordantes con una justificación económica de la descarga de la deuda que, aunque tiene su origen en la circunstancia de crisis económica que afectaba al país, no toma en consideración los particulares problemas que de manera directa e indirecta conlleva esta en las

---

<sup>491</sup> Apartado 2.2., Sección 1ª, Parte Segunda.

circunstancias de vida de una persona física deudora y su familia<sup>492</sup>. Si por una parte, y desde el punto de vista de los deudores, tal justificación económica para la hipotética regulación concursal de la persona física significa la configuración de un mecanismo que limita la responsabilidad con el objetivo de lograr el fomento al emprendimiento, desde el punto de vista de los acreedores la justificación económica de la regulación significa considerar el objetivo de protección de los intereses de los agentes del mercado y de la economía como preponderante<sup>493</sup>. De allí que la protección de los intereses de los principales actores económicos en el mercado y la economía sea el objetivo principal de la hipotética regulación concursal de la persona física en la LC, en concordancia con la finalidad de la regulación que es planteada de manera manifiesta por la Exposición de Motivos de la LC<sup>494</sup>.

Comprendiéndose que la moderna regulación concursal de la persona física responde a la problemática subyacente en la situación de crisis económico-financiera del deudor persona física, estableciendo una regulación cuya finalidad es el logro del alivio del deudor, y que se ve reflejado en los objetivos del procedimiento concursal de la persona física contenidos en el principio del fresh start, entendemos que la pretendida pero hipotética regulación concursal de la persona física en el ordenamiento español no es concordante con la finalidad y objetivos propuestos por el moderno derecho concursal de la persona física.

Así las cosas, la comprensión de alguna doctrina<sup>495</sup> que justificaba la unidad de disciplina regulatoria de la insolvencia en la convicción de la LC de que la naturaleza o la entidad económica del deudor no modifican esencialmente ni los presupuestos del proceso ni sus fines; o que la preocupación fundamental de la LC no constituía obstáculo alguno para que el mismo procedimiento valiera igualmente en los casos, menos relevantes en términos económicos y sociales, de insolvencia de un sujeto que no proporcione bienes o servicios dentro del mercado<sup>496</sup>; atendido a todo lo que venimos

---

<sup>492</sup> Para una explicación y comprensión de los problemas directa e indirectamente derivados de la crisis económico-financiera del deudor persona física, apartado II.5., Sección 1ª, Parte Primera.

<sup>493</sup> En este contexto, BERCOVITZ (2004) "Comentario al artículo 1º", cit., p. 28, expresa "Ciertamente que la preocupación económica del legislador se centra como es lógico en compatibilizar la mejor satisfacción posible de los acreedores con la subsistencia, en su caso, de la actividad empresarial o profesional del deudor".

<sup>494</sup> En este contexto, GONZÁLEZ LECUONA (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 78, se refería a la importancia de que el patrimonio de cualquier deudor concursado, en atención al principio de unidad legal del procedimiento concursal, opere en el mercado del crédito, teniendo en cuenta la realidad del tráfico jurídico actual.

<sup>495</sup> GONZÁLEZ LECUONA (2004) "De los presupuestos...", cit., p. 79.

<sup>496</sup> Así, BERCOVITZ (2004) "Comentario al artículo 1º", cit., p. 28.

argumentando, nos parece del todo falso e ilusorio. Si en los orígenes de la actual LC, se abogaba<sup>497</sup> por una regulación que considerara una modulación del objetivo principal de satisfacción del interés de los acreedores en función de un reconocimiento de intereses dignos de tutela, apreciamos que ello de ninguna forma ha sido considerado a través del establecimiento de una regulación para el tratamiento de la insolvencia del deudor persona física, dejándose de lado los intereses de este tipo de deudores subyacentes a la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física.

De todo lo anterior es que consideramos que una regulación concursal que se jacte de ser comprensiva de un auténtico procedimiento concursal de persona física debe necesariamente obedecer a los fundamentos, objetivo y finalidades de la moderna regulación concursal de la persona natural, fomentando, respetando y promoviendo su finalidad última, otorgar alivio al deudor, en pleno respeto del principio del fresh start y los objetivos en él contenidos; sin que se justifiquen estimaciones que pretendan constreñir o excluir de la regulación concursal instituciones que propugnen tales objetivos a pretexto de respetar un objetivo como es la satisfacción de los acreedores a toda costa<sup>498</sup>, el cual, como hemos descrito previamente, desde el punto de vista del principio del fresh start se encuentra supeditado al objetivo de otorgar alivio al deudor persona natural.

De acuerdo a lo anterior, considerando lo señalado por alguna doctrina<sup>499</sup>, podría argumentarse que tales exigencias posibilitarían la comprensión de que la protección del deudor ha de prevalecer sobre cualquier otro interés concurrente en el concurso, lo cual sería excesivamente protector concursado, desatendiendo a los demás intereses, donde la protección del deudor debiera de realizarse en el marco de los demás intereses implicados en el concurso y a la luz de los fines propios del derecho concursal. Sin perjuicio de ello, aunque no se señale expresamente, es preciso decir que a tales planteamientos subyace la comprensión de una subordinación de los intereses de los deudores personas físicas a los demás intereses implicados en el concurso, y que a la luz de los propios fines consagrados en la actual LC, serían coincidentes con la sola

---

<sup>497</sup> Aunque siempre en torno al concurso de la persona jurídica, puede ser extensible lo manifestado por GONZÁLEZ BILBAO (2004) "Identificación...", cit., p. 305.

<sup>498</sup> Así, DE LA CUESTA (2009) "Persona física...", cit., p. 111, para quien "si las particularidades que pueden apreciarse por el hecho de la naturaleza o de la condición del deudor no se encuentran en el marco de la finalidad del concurso, obligado es concluir que la secuencia de normas que venga provocada por consideraciones de aquel carácter a las que se anuden consecuencias distintas a la satisfacción de los acreedores no debe insertarse en el conjunto normativo propiamente concursal."

<sup>499</sup> COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 432.



satisfacción de los acreedores<sup>500</sup>. Por otro lado, no entendemos que tal argumentación sea efectiva si, desde nuestros planteamientos, la moderna regulación concursal de la persona física, obedeciendo a sus propias y especiales finalidades, objetivos y principios rectores, impone que si bien los intereses de los deudores personas físicas pasan a ser preponderantes, ello de ninguna forma desconoce los intereses de satisfacción de los acreedores; los cuales, no obstante, por aplicación de estas especialidades, han de cumplirse en la medida en que el principio del fresh start lo permita<sup>501</sup>.

## **SECCIÓN 2ª. FASES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA A LA LUZ DE LA LC.**

### **I. PRECISIONES PREVIAS.**

#### **1. Inicio del procedimiento concursal.**

De acuerdo a la LC, el procedimiento concursal destinado a la persona física podrá iniciarse por el deudor o por un legitimado distinto del deudor que podrá ser un acreedor y, en su caso, el mediador concursal o notario<sup>502</sup>. En el primer caso el concurso tendrá el carácter de voluntario y en el segundo de necesario.

En torno al concurso voluntario, la forma típica de inicio del procedimiento concursal será a través de la solicitud de declaración de concurso por parte del deudor. Ahora bien, existen otras formas por las cuales podrá iniciarse la tramitación de un procedimiento destinado a solucionar el problema de la insolvencia del deudor. Así, si tenemos en consideración la dispersión de normas que contempla la LC y que pueden ser aplicadas a la persona física, entendemos que el deudor podrá iniciar gestiones para el tratamiento de la situación de insolvencia: a través de un acuerdo extrajudicial de pagos regulado en el Título X de la LC y a través de la comunicación de negociaciones para alcanzar una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo extrajudicial de pagos a las que se refiere el artículo 5 bis.

---

<sup>500</sup> Aunque reconoce que el procedimiento concursal debe tener por finalidad salvaguardar las economías domésticas, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009) *El sobreendeudamiento...*, cit., p. 169, señala que el concurso doméstico ha de tener una doble finalidad, también comprendiendo la tutela del crédito.

<sup>501</sup> Apartado 5.4., Sección 3ª, Parte Primera.

<sup>502</sup> Artículo 3.1 LC.

En este punto es preciso señalar que, aunque si bien un concurso propiamente tal se inicia con la solicitud de declaración de concurso por parte del deudor, no es menos cierto que el deudor podrá iniciar la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos o podrá iniciar negociaciones con sus acreedores para alcanzar una propuesta anticipada de convenio, de acuerdo a las normas de los artículos 5 bis en relación al artículo 104 y 231 LC. En tal contexto, si bien el acuerdo extrajudicial de pagos y la comunicación de negociaciones con los acreedores del artículo 5 bis son de carácter extrajudicial y, por tanto, externas al concurso como tal, atendido a su carácter pre concursal conllevarán de todas formas la declaración de concurso<sup>503</sup> en ciertas circunstancias.

En efecto, si bien la norma del artículo 5 bis.5 establece que transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia; respecto del acuerdo extrajudicial de pagos para el deudor persona física, y según el artículo 238.2, si el mismo es logrado, no procederá apertura de concurso; en cambio, si el acuerdo no es logrado o, habiéndose alcanzado, este es incumplido, ello derivará en el concurso consecutivo del deudor en aplicación del artículo 242.

De otro lado, respecto de la comunicación de negociaciones para una propuesta anticipada de convenio del artículo 5 bis, al cabo de tres meses de efectuada la comunicación, el deudor está obligado a solicitar la declaración del concurso en el plazo de un mes; el cual derivará en la fase común en la que se tramitará o no la propuesta anticipada de convenio en función de que el deudor hubiere logrado las adhesiones necesarias de sus acreedores a la propuesta de convenio y hubiese dado cumplimiento a los demás requisitos que el artículo señala<sup>504</sup>. Si la propuesta anticipada de convenio no culminara en un convenio eficaz en la fase común, el deudor podrá mantener la

---

<sup>503</sup> Respecto de la propuesta anticipada de convenio, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María (2007) *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, Monografía N° 6, Madrid: Editorial La Ley, p. 204, destaca su carácter negocial/judicial del instituto, el cual se presenta como un convenio judicial con finalidad solutoria del concurso de acreedores, y no preventiva.

<sup>504</sup> JACQUET YESTE, Teodora (2012) *La propuesta anticipada de convenio*, Monografía N° 16, Madrid: Editorial La Ley, pp. 283 y 297; ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., pp. 233 y 238; GUTIÉRREZ GUILSANZ, Andrés (2012) "El convenio como solución del concurso", en Pulgar Ezquerro, Juana, *El concurso de acreedores*, Madrid: Editorial La Ley, pp. 414 y 415.

propuesta anticipada de convenio como propuesta para una tramitación ordinaria de la fase de convenio<sup>505</sup>.

Finalmente, el deudor podrá iniciar un procedimiento concursal a través de la solicitud de declaración de concurso. De acuerdo al artículo 21, en la solicitud de concurso el deudor podrá solicitar la liquidación. Si el deudor no hubiere presentado propuesta anticipada de convenio y no hubiere solicitado la liquidación, se abrirá la fase de convenio que, de cumplirse el acuerdo alcanzado, pondrá fin al procedimiento, y en caso de incumplimiento del acuerdo, dará lugar a la fase de liquidación. De solicitarse la liquidación por el deudor, transcurrida la fase común, se procederá a la liquidación de sus bienes<sup>506</sup>.

## **2. Declaración de concurso.**

### **2.1. Solicitud de concurso.**

De acuerdo al artículo 1.1. LC, que establece el presupuesto subjetivo o ámbito de aplicación subjetivo del procedimiento, la solicitud puede ser efectuada por la persona física o jurídica. De acuerdo al artículo 2, las causales para la declaración del concurso, o el presupuesto objetivo, es la insolvencia, que puede ser actual o inminente. De la norma de los artículos 2, 3 y 4, se entiende que la declaración del concurso por insolvencia inminente solo puede ser solicitada por el deudor<sup>507</sup>, y que el acreedor podrá solicitar el concurso solo en caso de insolvencia actual cualificada.

Considerando que el artículo 2.2. expresa que la insolvencia actual del deudor es el estado en el que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, de la lectura y comprensión de las causales de insolvencia señaladas en el número 4 del artículo 2 podemos comprender se refieren a hechos que dan a conocer una insolvencia actual y cualificada, esto es, una insolvencia particularmente grave<sup>508</sup>. Así, los casos del artículo 2.4 son situaciones que dan cuenta de la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones exigibles<sup>509</sup>. El punto 4.4º es en esencia una manifestación práctica de la

---

<sup>505</sup> ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 201.

<sup>506</sup> PULGAR, Juana (2009) *El concurso de acreedores. La declaración*, Madrid: Editorial La Ley, p. 824.

<sup>507</sup> De esta forma, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2004) "Artículo 2º", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, p. 41.

<sup>508</sup> ROJO (2004) "Artículo 2", cit., p. 168.

<sup>509</sup> BERCOVITZ (2004) "Artículo 2º", cit., p. 43.

conceptualización de la insolvencia actual, al hacer alusión al incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases que menciona.

Para la LC, mientras la insolvencia voluntaria, actual o inminente, solicitada por el deudor, puede verse exteriorizada en una multiplicidad de hechos externos que considera no taxativos y deja a evaluación por parte del deudor<sup>510</sup>, la insolvencia actual, en caso de ser solicitada la declaración de concurso por los acreedores, se ve exteriorizada por ciertas y determinadas causales taxativas<sup>511</sup> y que dan a conocer un estado de insolvencia particularmente grave.

El legislador optó por esta redacción atendido a una pretensión de incentivar la solicitud oportuna del concurso por parte del deudor a través de la posibilidad de iniciar el concurso de manera voluntaria, al tiempo que pretendió limitar al máximo las consecuencias de un concurso por la solicitud a iniciativa de uno o varios acreedores, esto es, personas diversas del deudor<sup>512</sup>.

De acuerdo al artículo 5, la solicitud de concurso debe realizarse, de forma obligatoria, en el plazo de dos meses desde que el deudor hubiere conocido o podido conocer su estado de insolvencia. La norma plantea un deber de solicitar el concurso en caso de insolvencia actual<sup>513</sup>. Es entendible puesto que la insolvencia inminente es previa a la insolvencia actual y, en este caso, se establece la obligación para no alargar el estado de insolvencia<sup>514</sup> e incentivar al deudor a solicitar el concurso oportunamente<sup>515</sup> y como contrapartida a la facultad de solicitud de insolvencia inminente de manera voluntaria por parte del deudor concedida en el artículo 2 LC<sup>516</sup>.

Se ha señalado por la doctrina que, aunque la norma contiene un elemento subjetivo al señalar que el deudor "conozca" su estado de insolvencia, también incorpora objetivismos al expresar que surgirá el deber de solicitar la declaración de concurso cuando "hubiera debido conocer" la insolvencia actual, exigiendo la necesidad

---

<sup>510</sup> BERCOVITZ (2004) "Artículo 2º", cit., p. 41.

<sup>511</sup> ROJO (2004) "Artículo 2", cit., p. 170; BERCOVITZ (2004) "Artículo 2º", cit., p. 43.

<sup>512</sup> Exposición de Motivos de la LC, II, párrafo noveno, p. 6, expresa que "El sistema legal combina así las garantías del deudor con la convivencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.". BERCOVITZ (2004) "Artículo 2º", cit., p. 43, señala que la opción legislativa tiene la ventaja de la seguridad.

<sup>513</sup> BERCOVITZ (2004) "Artículo 2º", cit., p. 41.

<sup>514</sup> GONZÁLEZ C., María Del Carmen (2004) "Artículo 5º", en Bercovitz, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Tecnos, p. 83.

<sup>515</sup> Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 09 de julio, Concursal, II, párrafo noveno, p. 7. En el mismo sentido, ROJO (2004) "Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (editores), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Editorial Thomson Civitas p. 231.

<sup>516</sup> ROJO (2004) "Artículo 2", cit., p. 169.

de valorar si, atendidas las circunstancias, era o no razonablemente exigible el conocimiento de la insolvencia<sup>517</sup>. La norma del artículo 5.2 presume, salvo prueba en contrario (presunción de hecho), que el deudor se encuentra en conocimiento de su situación de insolvencia cuando acaece alguna situación artículo 2.4 LC y, en caso de concurrir las circunstancias del artículo 2.4.4º, cuando haya transcurrido el plazo correspondiente. En este sentido, el art. 2.4.4º da cuenta de determinados incumplimientos de obligaciones determinadas dentro de un periodo específico que indica. En tales supuestos, será el deudor quien deberá acreditar que desconocía su estado actual de insolvencia pese a la concurrencia de alguno de estos hechos externos<sup>518</sup>.

En la solicitud del deudor se indicará si la causa es la insolvencia actual o inminente, debiendo acompañar una serie de documentos (art. 6). Entre tales documentos, a grosso modo, destaca el inventario de bienes (art. 6.2.3º), relación de acreedores (art. 6.2.4º), plantilla de trabajadores (art. 6.2.5º), resaltando, para lo que nos interesa, una memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, actividad o actividades a las que se haya dedicado en los últimos tres años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones o propuestas de viabilidad patrimonial (art. 6.2.2º). Volveremos sobre este punto más adelante.

## **2.2. Declaración del concurso.**

De acuerdo al artículo 13.1, en el mismo día o al siguiente hábil, el juez examinará la solicitud, y, si la estima completa, proveerá conforme al artículo 14 o 15. Si el juez estima que la solicitud o documentos adolecen de defecto procesal o material o que es insuficiente, otorgará plazo de hasta cinco días para que el deudor lo justifique o subsane (art. 13.2). Justificado o subsanado, en el mismo o siguiente día hábil proveerá según el artículo 14 o 15. Según el artículo 14, si la solicitud es presentada por el deudor, el juez declarará el concurso si de la solicitud y documentos, apreciados en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos del artículo 2.4 u otros que acrediten la insolvencia alegada. Por su parte, el artículo 15 expresa que si la solicitud es presentada por acreedores y se funda en embargo o investigación de patrimonio

---

<sup>517</sup> ROJO (2004) "Artículo 5", cit., pp. 238 y 239.

<sup>518</sup> Para una consideración de los casos en que el deudor podría liberarse de la sanción impuesta por la norma, GONZÁLEZ C. (2004) "Artículo 5º", cit., pp. 84 a 86. ROJO (2004) "Artículo 5", cit., p. 239.

infructuoso o que hubiere dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de insolvencia el primer día hábil siguiente (Art. 15.1)

De acuerdo a tales normas, es posible estimar que en caso de solicitud de concurso por el deudor, el juez tendrá el mismo o el siguiente día hábil para declarar el concurso; y si es del acreedor, el mismo o siguiente día hábil en circunstancia de embargo o investigación de patrimonio infructuoso, y para el resto de situaciones, tras haber transcurrido los plazos en caso de oposición o allanamiento luego del emplazamiento del deudor para oponerse a la solicitud<sup>519</sup>.

El examen del juez no solo se limitará a evaluar la formalidad de la solicitud de concurso, sino que en virtud de su especial experiencia y conocimientos analizará los documentos aportados en cuanto a su contenido y lo que los mismos expresan para determinar la efectividad de la insolvencia actual, inminente o inexistencia de la misma<sup>520</sup>.

Considerando la norma del artículo 15, no se aprecia que en caso de solicitud de acreedores, se requiera al deudor poner en conocimiento del tribunal las causas de la insolvencia y demás circunstancias que menciona el artículo 6.2.2º, a pesar de que se le debe dar traslado respecto de la solicitud de concurso de los acreedores facultándolo para que se oponga a la misma. De acuerdo a alguna doctrina, la intención del legislador al optar porque el deudor pueda oponerse a la solicitud de concurso de sus acreedores es permitir el debate sobre la declaración de concurso antes de que se decida sobre ella<sup>521</sup>.

El artículo 18.2 posibilita que el deudor se oponga a la solicitud de concurso basándose en la inexistencia del hecho revelador en que se fundamenta la solicitud de concurso de los acreedores, o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia; debiendo en este último caso probar su solvencia. Por su parte la norma del artículo 21.3º expresa que en caso de concurso necesario, la resolución que declara el concurso contendrá requerimiento al deudor para que presente en plazo de diez días, a contar desde notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6. Se aprecia que aunque existe una norma que obliga al deudor a presentar los documentos, y entendemos nosotros, la información a la que se refiere el artículo 6, entre la cual se

---

<sup>519</sup> En tal sentido, BONET N., Ángel (2004) "Artículo 14º", en Bercovitz R., Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, p. 160.

<sup>520</sup> BONET (2004) "Artículo 14º", cit., p. 168.

<sup>521</sup> BONET N., Ángel (2004) "Artículo 15º", en Bercovitz R., Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, p. 174.

contempla la de del apartado 2.2º, el requerimiento se efectuará con posterioridad a la declaración de concurso efectuada por el juez.

De acuerdo a lo anterior, podemos ver que en caso de solicitud de concurso necesario, el examen que efectuará el juez previo a emitir pronunciamiento en torno a la declaración de concurso, se limitará a la constatación de la procedencia de la insolvencia actual del deudor en virtud de la circunstancia que como hecho revelador hubiere sido invocada por los acreedores en su solicitud.

### **2.3. Efectos de la declaración de concurso.**

#### ***2.3.1. Intervención y suspensión de la facultad de administración y disposición sobre los bienes del deudor persona física.***

En virtud del artículo 40, el ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor se verán limitadas respecto de los bienes sometidos al procedimiento concursal<sup>522</sup> con la declaración de concurso<sup>523</sup>. Las normas de los artículos 40.1 y 40.2 en principio distinguen el nivel de limitación de las facultades de administración y disposición del deudor sobre sus bienes en función de si la solicitud de concurso fue hecha por el deudor de manera voluntaria o por sus acreedores como concurso necesario<sup>524</sup>. Así, mientras que en caso de concurso voluntario el deudor conservará la administración y disposición de sus bienes quedando sometido a intervención de la administración concursal a través de autorización o conformidad, en caso de concurso necesario se suspenderán las facultades de administración y disposición de sus bienes, asumiéndolas enteramente la administración concursal<sup>525</sup>.

El objetivo de las disposiciones es resguardar el patrimonio del deudor, el cual configurará el activo del concurso a través del cual se efectuará el pago a los acreedores<sup>526</sup>. Ello se desprende de la norma del artículo 40.6, que establece que la

---

<sup>522</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, Autora (2004) "Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (editores), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Editorial Thomson Civitas, p. 783; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2004) "Artículo 40º", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, p. 359, expresa que quedan excluidos los bienes inembargables.

<sup>523</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ (2004) "Artículo 40...", cit., p. 776.

<sup>524</sup> ROJO, Angel y TIRADO, Ignacio (2004) "Artículo 21. Auto de declaración del concurso", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Thomson Civitas, p. 476; MARTÍNEZ FLÓREZ (2004) "Artículo 40...", cit., p. 777.

<sup>525</sup> BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., pp. 132 y 133.

<sup>526</sup> BERCOVITZ (2004) "Artículo 40", cit., p. 358. MARTÍNEZ FLÓREZ (2004) "Artículo 40...", cit., p. 777. En cuanto al grado de injerencia de la limitación, en p. 776, considerando lo indicado por el artículo 43, expresa que el modo en que se ejerce la limitación debe orientarse a la conservación del patrimonio concursal del modo más conveniente para los intereses del concurso.

intervención y suspensión se refiere a la facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones "que hayan de integrarse en el concurso"; así como del hecho de que las limitaciones no se configuran como de carácter personal contra el deudor, sino como limitaciones que recaen en sus bienes y que le afectan únicamente como titular de los mismos<sup>527</sup>.

Aunque la LC haya pretendido incentivar las solicitudes de concurso voluntario a través de la posibilidad de intervención, siendo ello una circunstancia más aparente que real, atendido a otros efectos del concurso sobre la persona del deudor<sup>528</sup>, y considerando que de acuerdo al artículo 40.3 el juez tiene discrecionalidad para fijar un nivel de afectación de las facultades distinta o para modificar el establecido, debiendo fundamentar los riesgos que se pretende evitar y las ventajas que se quieran obtener; comprendemos que no se justifica que en caso de que el concurso haya sido instado a solicitud de los acreedores, necesariamente deba imponerse la limitación de suspensión de la administración al deudor persona física, puesto que una mera sujeción a autorización o conformidad por parte de la administración concursal bastaría para cumplir el objetivo pretendido por la norma.

En relación a que el juez deba fundamentar los riesgos que pretende evitar y ventajas que pretende obtener, la norma no señala respecto de qué o quiénes deberá efectuar esta evaluación. Bajo el entendido de que la justificación de la limitación del ejercicio de las facultades de administración y disposición de los bienes del concurso se encuentra en la protección del interés de satisfacción de los acreedores, se estima que la evaluación del juez se efectuará en atención a los riesgos y ventajas para la protección, mantención y aumento del patrimonio del deudor con el cual hacer pago a los acreedores<sup>529</sup>. Aunque alguna doctrina ha planteado que la decisión del juez puede requerir una compleja labor de valoración de las distintas alternativas que pueden presentarse para la satisfacción de los acreedores<sup>530</sup>, lo cierto es que una evaluación caso por caso considerando una actividad particular del deudor puede resultar desfavorable para el logro del objetivo de otorgar un alivio al deudor. En efecto, una evaluación de cada una de las actividades realizadas por el deudor en relación a su patrimonio significa un costo de tiempo en el transcurso del procedimiento cuya finalidad es el logro de un alivio del deudor. Por otro lado, aunque la ventaja o desventaja de la

---

<sup>527</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ (2004) "Artículo 40...", cit., p. 777.

<sup>528</sup> Así, MARTÍNEZ FLÓREZ (2004) "Artículo 40...", cit., p. 787.

<sup>529</sup> ROJO y TIRADO (2004) "Artículo 21...", cit., p. 477.

<sup>530</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ (2004) "Artículo 40...", cit., p. 790.



particular actividad llevada a cabo por el deudor sea analizado desde el punto de vista de la mantención y aumento del patrimonio del concurso, el deber de cooperación del deudor consagrado en el artículo 42 LC, que le impone la obligación de llevar a cabo todas aquellas actividades adecuadas o necesarias para el interés del concurso, y la posibilidad de que el juez pueda modificar el régimen de limitación de las facultades del deudor durante el transcurso del procedimiento en virtud del artículo 40.4, resguardan aquel objetivo.

Entendiéndose que en el transcurso del procedimiento concursal el deudor debe mantener todas aquellas facultades que posibiliten un desarrollo personal y familiar en armonía con el objetivo de tratamiento de la insolvencia contenido en el principio del fresh start; y teniendo en cuenta que las limitaciones a las facultades de administración y disposición sobre los bienes del deudor se efectúan de manera excepcional como consecuencia de la declaración del concurso respecto de determinados bienes, y entendemos, en la medida que ello sea adecuado para el logro de la finalidad pretendida con la limitación; en aquellos casos en que la conducta del deudor no sea coincidente con una actividad contraria a la verdad o a la rectitud para con sus acreedores que posibilite hacer presumir al juez que tal actividad se mantendrá durante el transcurso del procedimiento concursal, no se justifica un grado de injerencia de mayor gravedad en la facultad de administración y disposición.

A mayor abundamiento, el hecho de que la norma establezca que para determinar un grado particular de injerencia en el ejercicio de las facultades del deudor el juez deba fundamentar tanto las "ventajas que se quieren obtener" como "los riesgos que se pretenden evitar", deberemos entender que tratándose de un procedimiento concursal de persona física, tales circunstancias no solo deben ir vinculadas con el interés del concurso en el entendido de la LC como cumplimiento del objetivo de satisfacción de los acreedores, sino bajo el entendido del logro de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física. De esta forma, habrá de considerarse las ventajas que se pretenden obtener y los riesgos que se pretenden evitar en función del cumplimiento del objetivo de otorgar alivio al deudor y en cumplimiento de los objetivos contenidos en el principio del fresh start<sup>531</sup>.

---

<sup>531</sup> A contrario, ROJO y TIRADO (2004) "Artículo 21...", cit., p. 477, comprenden que el interés de los acreedores es preeminente en la evaluación del juez, expresando que "Por virtud de esta restricción a la discrecionalidad judicial, el juez solo puede alterar la regla cuando esa alteración beneficie a los acreedores concursales o, no perjudicando a estos, favorezca los intereses del deudor, de los trabajadores o de otros terceros con intereses tutelados en el concurso".

Así las cosas, nos parece que la cuestión de la determinación del nivel de limitación en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes del concurso del deudor persona física se encuentra necesariamente vinculado más bien a la conducta del deudor con anterioridad al inicio del procedimiento concursal que al hecho de que el deudor haya solicitado el concurso de manera voluntaria<sup>532</sup>. En este sentido, aunque podría ser posible encontrar deudores que a pesar de solicitar voluntariamente la apertura del concurso, durante el transcurso del mismo lleven a cabo actividades desventajosas para el mantenimiento o aumento del patrimonio concursal con el cual hacer pago a los acreedores, el hecho de que un deudor no efectúe solicitud voluntaria del concurso no necesariamente determina que el deudor haya contribuido en el agravamiento del estado de insolvencia y en la disminución del patrimonio con el cual satisfacer a sus acreedores. De allí que la cuestión trascendental deba girar en torno a la conducta del deudor con anterioridad al concurso<sup>533</sup>.

De ello se desprende que una consideración de la evaluación de la conducta del deudor al inicio del procedimiento concursal<sup>534</sup> se hace necesaria para determinar las circunstancias sobre las cuales se justificaría un nivel de injerencia determinado en el ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor persona física sobre los bienes del concurso.

### ***2.3.2. Paralización de ejecuciones y apremios singulares contra el patrimonio del deudor. Las excepciones.***

De acuerdo al artículo 55, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares ni seguirse apremios contra el patrimonio del deudor y quedarán en suspenso las que se hallaren en tramitación. Sin perjuicio de lo anterior, podrán continuar los procedimientos administrativos de ejecución iniciados antes de la declaración de concurso, siempre que recayesen sobre bienes que no resultasen necesarios para la continuación de la actividad; y los acreedores con garantía real podrán iniciar o continuar la ejecución o realización forzosa de la garantía cuando esta recaiga sobre bienes no afectos al ejercicio de la actividad profesional o empresarial.

---

<sup>532</sup> En esta misma línea, BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 133.

<sup>533</sup> En contra, MARTÍNEZ FLÓREZ (2004) "Artículo 40...", cit., p. 790, para quien, entendemos, es relevante la conducta particular llevada a cabo por el deudor con anterioridad a la declaración del concurso.

<sup>534</sup> Aunque consideran preeminente el interés de los acreedores en la evaluación efectuada por el juez, ROJO y TIRADO (2004) "Artículo 21...", cit., p. 477, entienden que el juez podrá tomar en consideración aspectos como la situación patrimonial del deudor, existencia de previos comportamientos fraudulentos o abusivos del concursado, previsibles causas del estado de crisis económica, etc.

Así las cosas, y siguiendo a la doctrina<sup>535</sup>, como gran parte de los sujetos deudores personas físicas no ejercitan una actividad empresarial, podrán continuarse todas las ejecuciones administrativas que se hubieran iniciado contra sus bienes, y los acreedores con garantía real podrán continuar con la ejecución iniciada del bien, e incluso iniciarla tras la declaración de concurso, aun cuando la ejecución recaiga sobre la vivienda habitual del deudor.

### **2.3.3. *El deber de información y colaboración del deudor.***

De acuerdo a la norma del artículo 42 LC, el deudor debe comparecer personalmente ante el juez y administrador concursal cuantas veces sea requerido y de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso.

La norma en comento consagra lo que se denomina como el deber de cooperación del deudor, el cual, desde la perspectiva de la LC se compone por tres deberes, el de comparecencia, el de información y colaboración. El deber de cooperación del deudor persona física se justifica desde el punto de vista de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, toda vez que configurándose el procedimiento concursal de la persona natural con finalidad de otorgar un alivio al deudor, la necesidad de que el deudor coopere en el curso progresivo del procedimiento significa que asuma una actitud acorde con la lealtad y rectitud<sup>536</sup> que favorezca el logro de los objetivos del procedimiento en su conjunto y de cada uno de sus elementos estructurales<sup>537</sup>.

Atendido el lugar de la norma, dentro de disposiciones relativas al Título III y los efectos de la declaración del concurso, la disposición rige a partir de que el juez ha declarado el concurso del deudor, sin que tenga aplicación con anterioridad, esto es, en etapas de solicitud y declaración del concurso; a partir de lo cual, si bien el deber de cooperación del deudor extiende sus efectos durante todo el transcurso del procedimiento, no obstante surge solo a partir de la declaración de concurso. Así las

---

<sup>535</sup>BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 135; COLINO MEDIIVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 441; JIMÉNEZ P., Teresa A. (2010) "Vivienda familiar y concurso de acreedores", en Cuenca Casas, Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Navarra: Thomson Reuters, pp. 279 y 281; BLANQUER UBEROS, Roberto (2009) "Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: propuestas de regulación en el procedimiento concursal", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 312.

<sup>536</sup>ZURILLA C., Ángeles (2004) "Artículo 42", en Bercovitz R., Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, p. 372, expresa que se trata de una obligación muy abstracta relacionada con un comportamiento leal y de buena fe.

<sup>537</sup>MARTÍNEZ, Aurora (2004) "Artículo 42. Colaboración e información", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Thomson Civitas, p. 869.

cosas, no es posible considerar un incumplimiento por parte del deudor de un deber de cooperación propiamente tal que con anterioridad a la declaración de concurso aún no ha surgido<sup>538</sup>.

En torno a la redacción de la norma, nos parece del todo ambigua la expresión que, entendemos, se constituye en el elemento central de la disposición, esto es, aquello respecto de lo cual el deudor tendrá el deber de informar y cooperar. De ello es que nos preguntamos, ¿qué entenderemos como "todo lo necesario y conveniente para el interés del concurso"? Aunque a nivel comparado se ha expresado<sup>539</sup> que la obligación exige que el deudor proporcione información incluso no solicitada respecto a todo asunto legal, económico y fáctico vinculado al procedimiento en la medida que sea relevante, apreciándose la severidad del instrumento, puesto que el deudor requiere un conocimiento alto de los estándares de la legislación sobre insolvencia; recordemos que tratándose de deudores personas naturales, son estos principalmente personas que no tienen conocimiento de materias técnicas como las presentes en las normas que gobiernan el procedimiento concursal en la LC, y que difícilmente podrían estimar lo que podría ser o no conveniente o relevante en el procedimiento concursal como información o cooperación. En tal sentido, aunque el criterio de la "necesidad o conveniencia" si bien deja espacio a la corrección jurisprudencial, es difícil juzgarlo de antemano por el deudor<sup>540</sup>.

Considerando lo anterior, se ha planteado por la doctrina la posibilidad de que el proceso concursal tome en cuenta las diferentes capacidades técnicas y cognitivas de los deudores personas naturales, considerándose que los requisitos sustantivos y lingüísticamente formalizados de los procedimientos de insolvencia y alivio de la deuda estarían más relacionados con la clase media que con las habilidades de algunos tipos de deudores. Entre la doctrina española, se ha expresado<sup>541</sup> que aunque la existencia y extensión del deber esté determinado por la necesidad o conveniencia para el interés del concurso, ello no querrá decir que se imponga el deber de hacer todo aquello que sea necesario o conveniente para el interés del concurso, puesto que tal exigencia obligaría a

---

<sup>538</sup> De manera contraria, estimando que la LC contempla la vigencia de los deberes de colaboración con anterioridad a la declaración de concurso pero articulándose a través de otras vías, MARTÍNEZ (2004) "Artículo 42...", cit., p. 883.

<sup>539</sup> Así, Sentencia del BGH de 11 de febrero de 2010 - IX ZB 126/08, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 7, p. 281.

<sup>540</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p.279.

<sup>541</sup> MARTÍNEZ (2004) "Artículo 42...", cit., p. 871.

efectuar valoraciones de lo que sea o no conveniente y necesario para el interés del concurso que en muchas ocasiones los obligados no estarían en condiciones de hacer.

Adscribiendo a esta preocupación, entendemos que este diverso nivel de capacidad puede ser tenido en cuenta a través del marco de la característica subjetiva de la negligencia grave<sup>542</sup>. Desde estas consideraciones, un nivel de diligencia acorde con las capacidades o habilidades técnicas del deudor debe ser contemplado por la normativa concursal de persona física, y en tal sentido, considerar el cumplimiento del deber de información y cooperación de "lo necesario y conveniente" para el interés del concurso teniendo en cuenta las particulares circunstancias de conocimiento y técnicas del deudor.

Ahora bien, comprendemos que respecto de las expresiones "conveniente y necesario", la norma las emplea vinculadas al interés del concurso, esto es, la finalidad esencial del procedimiento concursal declarada en la Exposición de Motivo de la LC: el interés de los acreedores en relación a la masa concursal y su satisfacción<sup>543</sup>. Desde esta perspectiva, el deber de información y cooperación del deudor ha de entenderse extensible a todo aquello que diga relación con el mantenimiento, protección y aumento de la masa activa del concurso para satisfacer a los acreedores, y que sea idóneo y proporcional para el logro de tales fines<sup>544</sup>.

#### ***2.3.4. El derecho de alimentos del deudor y ciertos dependientes.***

De acuerdo a la norma del artículo 47.1, con la declaración de concurso el deudor tiene derecho a percibir alimentos tanto para su persona, cónyuge o pareja de hecho y descendientes. La disposición expresa que el deudor tendrá derecho a alimentos durante la tramitación del concurso cuando se encuentre en estado de necesidad y existan bienes bastantes para atender a sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita si concurren circunstancias del artículo 25.3, y descendientes bajo su potestad. De acuerdo a cierta doctrina<sup>545</sup>, la prestación alimenticia se justifica en el hecho de garantizar al concursado su propio sustento ordinario durante la tramitación del concurso, aún cuando no se halle en una auténtica situación de necesidad.

---

<sup>542</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 279.

<sup>543</sup> MARTÍNEZ (2004) "Artículo 42...", cit., p. 873.

<sup>544</sup> MARTÍNEZ (2004) "Artículo 42...", cit., p. 873.

<sup>545</sup> ORDUÑA, Francisco y PLAZA, Javier (2004) "Artículo 47. Derecho de alimentos", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Thomson Civitas, p. 954.

En consonancia con los fundamentos de la institución supletoria del derecho de alimentos<sup>546</sup>, entendemos que aunque la referencia al estado de necesidad la norma la establece solo en relación al deudor concursado, debe estimarse aplicable como requisito de procedencia de los alimentos en beneficio de todos los miembros de la familia del deudor que señala la disposición. A pesar de que según algunos<sup>547</sup> el derecho de alimentos durante el concurso participa de una situación especial, puesto que no teniendo fundamento en la relación parental, no se dirige contra ninguno de los parientes obligados sino contra el propio patrimonio del concursado, no es dable desconocer que es el estado de necesidad el elemento que determina la procedencia de la prestación en beneficio de ciertas personas que debido a circunstancias de vida determinadas, vinculadas o como consecuencia de la insolvencia del deudor, se ven limitadas en su capacidad de desarrollo personal<sup>548</sup>. Ello a su turno permite comprender que solo en caso de que exista esta necesidad deberá el juez acordar alimentos para las personas en las circunstancias que señala la norma en comento<sup>549</sup>.

Considerando lo anterior, llama la atención que la norma concursal solo se refiere al cónyuge, pareja de hecho y descendientes sujetos a potestad del deudor como beneficiarios de alimentos, expresando en el apartado 2 que el resto de personas respecto de las cuales el deudor tuviere deber legal de prestarlos, solo podrán percibirlos con cargo a la masa cuando no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas y siempre que hubieren ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse. Ello deja fuera del beneficio de alimentos a cualquier otro miembro de la familia del deudor que, dependiendo del mismo, requiera el beneficio a pesar de cumplirse los requisitos del apartado 2 de la norma en comento. Podemos referirnos a los ascendientes del deudor o un hijastro, que debido a su edad y circunstancias particulares de vida se encuentran en estado de necesidad y dependen del deudor concursado.

Teniendo en cuenta las justificaciones de la prestación alimenticia en el concurso y de manera supletoria en el régimen general de alimentos, teniendo además en

---

<sup>546</sup> ORDUÑA y PLAZA (2004) "Artículo 47...", cit., p. 953, expresan que si bien en la materia rige la LC, con carácter supletorio resulta de aplicación el régimen general de alimentos del Código Civil. En la misma línea, DÍAZ (2009) "Los alimentos...", cit., pp. 262 y 264.

<sup>547</sup> ORDUÑA y PLAZA (2004) "Artículo 47...", cit., p. 953.

<sup>548</sup> Coincide con nosotros, efectuando un breve estudio histórico, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen (2010) "Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos", en Cuenca Casas, Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Navarra: Thomson Reuters, pp. 475 a 477.

<sup>549</sup> Así lo entiende también DÍAZ (2009) "Los alimentos...", cit., p. 263; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2010) "Repercusiones...", cit., p. 474, refiriéndose a la situación de necesidad.

consideración que el problema de la insolvencia tiene como consecuencia la generación de externalidades negativas en los miembros de la familia del deudor, o como la doctrina comparada ha denominado, miembros de una comunidad de vida<sup>550</sup>; expresión que abarca un concepto amplio de familia y que puede involucrar a toda aquella persona que teniendo o no una vinculación sanguínea participa en un núcleo de convivencia y bajo situación de dependencia respecto del deudor; y sabiendo que el objetivo de tratamiento de la insolvencia de la moderna regulación concursal de la persona física tiene como finalidad el otorgamiento de un alivio al deudor, que abarca no solo a su persona sino a los miembros de su familia; entendemos que aunque la norma no lo establezca de manera expresa, debe ser comprendida una interpretación extensiva de manera de contemplar a aquellos miembros de la familia del deudor que, a pesar de no ser descendientes bajo dependencia, cónyuge o pareja de hecho, son familiares por afinidad o consanguinidad, o miembros de un núcleo de vida, bajo dependencia del deudor y en estado de necesidad.

Esta interpretación vendría a ser reafirmada desde que el artículo 84.2.4º contempla a los alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlo, como un crédito con cargo a la masa, lo que para algunos<sup>551</sup> posibilitaría incluir en el artículo 47 a los parientes que económicamente dependan del deudor y que tengan derecho de alimentos cuando durante la tramitación del concurso no puedan procurarse sustento de otro modo.

De la redacción de la norma entendemos que el derecho de alimentos para el deudor, cónyuge y descendientes bajo su potestad se limita a la existencia de bienes bastantes para atender a sus necesidades. De ello se deduce que si no existen tales bienes, o si existen, pero los mismos no son bastantes, no procederá el derecho de alimentos en favor del deudor persona natural.

Ahora bien, la expresión "que sean bastantes" utilizada por la norma, entendemos, lo hace en el sentido de existencia de bienes en cantidad mayor a la necesaria para cubrir los gastos del concurso<sup>552</sup>. De allí que la norma dispone la necesidad de que "en ella", esto es, en la masa activa, existan bienes bastantes para

---

<sup>550</sup> ZIMMERMANN, Dieter y ZIPF, Thomas (2008) "Schuldnerschutz bei eheähnlicher Gemeinschaft und „Stiefkind“ – das Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 4.7.2008", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 378; ZIMMERMANN, Dieter y FREEMAN, Stefan (2008) "Die Gewährleistung des Existenzminimums bei der Forderungspfändung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, pp. 375 y 376.

<sup>551</sup> ORDUÑA y PLAZA (2004) "Artículo 47...", cit., p. 958.

<sup>552</sup> En contra, atendiendo a la expresión "suficientes", DÍAZ (2009) "Los alimentos...", cit., p. 263.

satisfacer las necesidades del deudor y los demás miembros de la familia que indica. De esta forma, solo si existen bienes en cantidad mayor a la necesarias para cubrir los gastos propios del procedimiento concursal, procedería otorgar alimentos al deudor y a las personas mencionadas en la norma.

No nos parece adecuada la exigencia de que los bienes han de ser mayores a la composición de la masa activa del concurso, toda vez que supeditar el derecho de alimentos del deudor y de los miembros de su familia en estado de necesidad al hecho de que existan bienes en cantidad mayor a los necesarios para cubrir los costos del procedimiento significa supeditar los intereses del deudor resguardados por el principio del fresh start a intereses diversos a los contemplados por la finalidad y objetivo de la regulación concursal de la persona física, sin considerar su cumplimiento. En efecto, se comprende que el objetivo de tratamiento de la insolvencia contenido en el principio del fresh start no solo exige el establecimiento de mecanismos destinados al alivio del deudor al término del procedimiento, sino que además exigen que durante el transcurso del procedimiento el deudor no sea desamparado y mantenga recursos mínimos en su patrimonio que repercuta en una mantención de su situación de vida personal y de sus dependientes<sup>553</sup>.

Aunque si bien los bienes inembargables a los que hace referencia el artículo 76.2 responden a esta necesidad de mantenimiento de ciertos niveles mínimos de dignidad<sup>554</sup> en la situación de vida del deudor y sus dependientes, en aquellos casos en que no sean suficientes y el estado de necesidad del deudor y los miembros de su familia permanezca<sup>555</sup>, se vuelve necesario el otorgamiento de alimentos en su beneficio, sin que ello esté supeditado a la existencia de una cantidad de bienes determinados. Ello, sin embargo, no quiere decir que deba otorgarse al deudor alimentos en cantidad que exceda a las posibilidades que la masa activa tiene; puesto que de la misma manera que la institución de los alimentos contempla las posibilidades del

---

<sup>553</sup> DÍAZ (2009) "Los alimentos...", cit., p. 265, entiende que la posibilidad de recibir alimentos a cargo de la masa activa busca lograr para el deudor el mantenimiento de una vida digna durante la fase previa a la liquidación.

<sup>554</sup> Así, YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2015) "El derecho de alimentos y el concurso. De la solidaridad familiar a la colectiva", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 1640, quien entiende que no tiene sentido duplicar figuras o normas que tienden a la consecución de una misma finalidad.

<sup>555</sup> Coincide con nuestra interpretación, HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (2016) "Los créditos contra la masa", en García-Cruces, José Antonio (director), *Jurisprudencia y concurso*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 349, para quien el deudor se encuentra en estado de necesidad si no puede cubrir sus necesidades básicas con ingresos o bienes no incluidos en la masa activa conforme al art. 76.2 LC, como por ejemplo, la parte inembargable del salario y otros bienes inembargables.



alimentante para concederlos, deberá contemplarse las posibilidades que la masa activa tenga para otorgarlos<sup>556</sup>.

Ahora bien, es interesante el tratamiento que el ordenamiento alemán efectúa de los bienes inembargables a efectos concursales. Aunque en la legislación alemana se contempla una reglamentación similar a la contenida en las normas del artículo 607 LEC relativa al embargo de sueldos y pensiones, especialmente en lo relacionado a la disminución de los porcentajes de embargo sobre las remuneraciones del deudor cuando presenta cargas familiares de acuerdo al numeral 4 de la disposición, la § 850f (1) InsO permite además aumentar los recursos del deudor exentos de embargo en virtud de sus circunstancias particulares, cuando acredita que el sustento necesario al que se refiere la legislación social no está cubierto al aplicarse el límite de exención de la § 850c<sup>557</sup>.

De esta forma, la legislación alemana otorga protección especial al deudor que acredita que el mantenimiento de necesidades de bienestar social o especiales requieren asignación adicional y las exenciones de embargo no excluyen sus preocupaciones primordiales<sup>558</sup>. Lo interesante de tal beneficio es que, determinándose caso a caso, considera las condiciones particulares de vida del deudor, tales como requisitos de vivienda, edad, enfermedad, diferencias de condición de vida regionales, entre otras<sup>559</sup>. El objetivo de la regulación es que a pesar del embargo de bienes, se garantice que el deudor mantenga un mínimo de subsistencia de la ley social individual y que no deba hacer uso de beneficios sociales suplementarios<sup>560</sup>.

---

<sup>556</sup> En esta misma línea, DÍAZ (2009) "Los alimentos...", cit., p. 268; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2010) "Repercusiones...", cit., p. 484.

<sup>557</sup> HERGENRÖEDER, Curt W. (2011) "Der zahlungsunfähige Arbeitnehmer", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, p. 5.

<sup>558</sup> ZIMMERMANN y FREEMAN (2008) "Die Gewährleistung...", cit., p. 374; ZIMMERMANN, Dieter y FREEMAN, Stefan (2004) "Die Anhebung der Pfändungsgrenze nach § 850f Abs. 1 ZPO ab 1. 1. 2005 (HARTZ IV)", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 11, p. 655, señalan que el deudor deberá demostrar que al aplicar las exenciones de embargo en el procedimiento, los gastos de mantenimiento necesarios para los fines de los Capítulos 3 y 11, del Libro XI del Código de Seguridad Social o según el Capítulo 3, sección 2, del Libro II del Código Social, no es suficiente para sí mismo y para quienes debe brindar sustento.

<sup>559</sup> WINTER, Ulrich (2004) "Sicherung des Existenzminimums im Insolvenzverfahren nach der Neuregelung der Sozialhilfe", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 328.

<sup>560</sup> ZIMMERMANN y FREEMAN (2008) "Die Gewährleistung...", cit., p. 374; ZIMMERMANN y FREEMAN (2004) "Die Anhebung...", cit., p. 655. En el ordenamiento estadounidense, LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97, nota 43. BROWN (1997) "Political and ethical...", cit., p. 169, expresa que el propósito detrás de las excepciones es inseparable de las políticas sociales avaladas por los cuerpos legislativos y los tribunales, esto es, proporcionar al deudor que lo merece los bienes necesarios para su subsistencia, protección de la dignidad e identidad cultural y religiosa, la rehabilitación financiera y capacidad de obtener ingresos futuros, la protección de su familia de las adversas consecuencias del empobrecimiento, y proporcionar al deudor y su familia un mínimo soporte financiero.

Ahora bien, desde la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Frankfurt de 04 de julio de 2008<sup>561</sup>, se incluye en el ámbito de aplicación de la norma de la § 850f (1) a las personas que no siendo hijos o cónyuge del deudor, tienen una relación en base a una comunidad de necesidades con respecto a aquel, concepto en el que cabría la pareja de hecho, un hijastro, ascendientes en estado de necesidad, entre otros. De acuerdo al tribunal, lo contrario significa una "no regulación ilegal", que obliga a una aplicación analógica de la norma en comento debido a que solo de esta forma se tendría en cuenta el objetivo legislativo de la misma e impediría que tales acreedores satisfagan sus reclamos a expensas de fondos públicos<sup>562</sup>.

## **II. LA EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL DEUDOR COMO ELEMENTO Y CRITERIO PARA DETERMINAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.**

### **1. El acceso al procedimiento concursal en la LC.**

#### **1.1. Breve consideración del presupuesto objetivo del concurso de la persona física en la LC.**

De acuerdo al artículo 2, el presupuesto objetivo para la declaración de concurso de la persona física en el ordenamiento español es la insolvencia, la cual puede ser actual o inminente.

Si bien la insolvencia es definida en la LC como el estado en que se encuentra el deudor consistente en la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, la misma se entiende como un concepto unitario y flexible, que alude a un estado en que, al margen de la voluntad del deudor, existe una impotencia de su patrimonio para atender al cumplimiento regular de las obligaciones que gravitan sobre el mismo<sup>563</sup>; un concepto a través del cual se excluye que una pasajera interrupción en los pagos pueda fundamentar la declaración del concurso; por otro lado, que no exige que el incumplimiento sea prolongado, y que el cumplimiento de las obligaciones que

---

<sup>561</sup> Sentencia de OLG Frankfurt de 04 de julio de 2008 - 24U 147/07, *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 384.

<sup>562</sup> ZIMMERMANN y ZIPF (2008) "Schuldnerschutz...", cit., p. 378; ZIMMERMANN y FREEMAN (2008) "Die Gewährleistung...", cit., pp. 375 y 376.

<sup>563</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. (2004) "Sobre el concepto básico de insolvencia", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 1006.

se contrapone al estado de insolvencia ha de ser regular<sup>564</sup>. Se ha señalado<sup>565</sup> que si se entiende por cumplimiento regular el realizado de acuerdo con los medios ordinarios — <<regulares>>— con que cuente el deudor, será cumplimiento regular el realizado conforme a las reglas observadas por los operadores económicos en el específico sector de actividad de que se trate y, además, con medios normales derivados del ejercicio de la actividad, de modo que se encontrará en estado de insolvencia el deudor que no pueda afrontar las deudas con los medios ordinarios, normales, corrientes, regulares y, en el mismo sentido, cuando se trate de un consumidor, la regularidad —y por tanto la solvencia o la insolvencia— habrá de ser apreciada en relación con sus ingresos ordinarios.

De ello se deduce que es posible de entender que no solo existe insolvencia cuando el activo del deudor sea inferior al pasivo, esto es, cuando exista insuficiencia patrimonial; sino que también en casos en que exista superávit patrimonial porque no sea posible liquidar el patrimonio o porque no sea posible hacerlo ordenadamente y ni siquiera sea posible la obtención de crédito; o incluso, también, en aquellos casos en que el deudor, a pesar de tener bienes suficientes, y a pesar incluso de que podría obtener liquidez a corto plazo, no pudiese cumplir regularmente sus obligaciones<sup>566</sup>.

De esta forma, y como se ha expresado<sup>567</sup>, la no solvencia es, de una parte, una situación real de la vida social que se traduce en el impago, en la insatisfacción de la deuda, independientemente del grado o nivel de la solvencia real del patrimonio del deudor, esto es, del estado de sus activos patrimoniales en relación con sus pasivos. De ello, continúa, resulta que la insolvencia viene a ser una situación real o fáctica (impago), que puede o no responder a la situación, también real, de insolvencia (económica), y cuya consecuencia es la insolvencia concebida como presupuesto objetivo (insolvencia procesal), o prerrequisito de apertura del procedimiento.

---

<sup>564</sup> CERDÁ ALBERO, Fernando (2004) "La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons, pp. 963, 964 y 965.

<sup>565</sup> BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 131.

<sup>566</sup> BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., pp. 130 y 131; CERDÁ (2004) "La insolvencia...", cit., p. 966.

<sup>567</sup> IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. (2004) "Objetivación y subjetividad en la delimitación del denominado presupuesto objetivo del concurso", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 1060.

## **1.2. La facultad de elección del deudor del mecanismo de alivio convenido o liquidatorio. Libre elección del deudor de la solución del convenio o de la liquidación.**

Si bien señalamos previamente que los deudores podrán iniciar la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos o las negociaciones para alcanzar una propuesta anticipada de convenio, ni el acuerdo extrajudicial de pagos, ni el inicio de las negociaciones y comunicación a las que se refiere el artículo 5 bis y la tramitación de una propuesta anticipada de convenio, la LC las establece obligatorias para el deudor<sup>568</sup>. En función de la dicción literal de los artículos 231, 5 bis y 104 LC, todos los cuales se refieren a que el deudor "podrá", le facultan, pero no le obligan, a iniciar alguna de estas gestiones al tiempo de pretender solucionar su problema de insolvencia.

Respecto del acuerdo extrajudicial de pagos, es necesario precisar que, aunque si bien para efectos de la concesión de la exoneración de deudas se estima que por aplicación del artículo 178 bis apartados 3 y 4, los deudores que cumplen los requisitos exigidos para la tramitación del acuerdo extrajudicial deben al menos intentarlo, no es menos cierto que tal deber sólo está establecido por la LC para efectos de la concurrencia de la exoneración de deudas en favor de tales deudores, pero no en términos generales. Así, si bien los deudores que cumplan los requisitos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, si quieren lograr una exoneración, deberán en todo caso intentarlo, ello no es óbice para comprender que, en términos generales, rige la norma del artículo 231 que establece que la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos será facultativa para los deudores.

Considerando que la propuesta anticipada de convenio es facultativa para el deudor, teniendo en cuenta que podrá instar la liquidación en su solicitud de concurso y que solo en caso contrario el concurso procederá en fase de convenio, y teniendo en cuenta que el artículo 21 LC establece que el auto de declaración de concurso contendrá el carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor a solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio, podemos apreciar que aunque no de manera expresa, la normativa concursal otorga una facultad al deudor para elegir entre una solución al problema de la insolvencia en base a

---

<sup>568</sup> Como facultad discrecional del deudor, respecto a la propuesta anticipada de convenio, ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 207. De igual forma, GUTIÉRREZ GUILSANZ (2012) "El convenio...", cit., p. 415.

un convenio o acuerdo o en base a una liquidación<sup>569</sup>. En efecto, la misma Exposición de Motivos de la LC<sup>570</sup> expresa que la ley concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del concurso, como alternativa a la del convenio. Por su parte, se ha manifestado<sup>571</sup> que "La ley, por tanto, concede libertad al deudor para decidir si desea alcanzar una solución negociada con los acreedores y, en tal caso, si adelanta el momento de tramitación del convenio a la fase común [a través de la propuesta anticipada de convenio] u opta por su planteamiento en la fase estricta de convenio o, si desea la liquidación (art. 142 LC). La decisión sobre la solución al concurso se deja por tanto en gran medida en manos del deudor, [...]". De igual forma, se ha entendido<sup>572</sup> que "la articulación de la apertura de las fases de convenio y de liquidación reconoce inicialmente al deudor una amplia facultad para optar tanto por el convenio como por la liquidación".

Esta facultad del deudor de optar entre una solución convenida o una de liquidación es reafirmada por las normas del artículo 110.1<sup>573</sup> y 111.1, que en lo pertinente establecen, respectivamente, que en caso de que no procediera la aprobación anticipada del convenio, el juez requerirá de inmediato al deudor para que, en plazo de tres días, manifieste si solicita la apertura de la fase de convenio o desea solicitar la liquidación, y que procederá la apertura de la fase de convenio cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación o no haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio. Por su parte, la norma del artículo 142.1 posibilita que la fase de liquidación sea solicitada por el deudor en cualquier momento del procedimiento<sup>574</sup>. A su turno, el artículo 104 establece que desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario, y en ambos casos hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no haya solicitado la liquidación,

---

<sup>569</sup> Ello es posible de colegir de lo expresado por ROJO, Angel (2004) "Artículo 2", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (coordinadores), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Editorial Thomson Civitas, p. 180; RUBIO VICENTE, Pedro (2012) "La liquidación concursal", en Pulgar Ezquerra, Juana, *El concurso de acreedores*, Madrid: Editorial La Ley, p. 440. De igual forma, dando cuenta de las opciones que la LC ofrece al deudor al momento de solicitar el concurso, entre propuesta anticipada de convenio o liquidación, PULGAR (2009) *El concurso...*, cit., p. 824 y 825.

<sup>570</sup> Exposición de Motivos de la LC, VII.

<sup>571</sup> ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., pp. 207 y 208.

<sup>572</sup> JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 39.

<sup>573</sup> En torno a la opción del deudor de mantener la propuesta u optar por la liquidación, ROJO, Ángel (2004) "Artículo 110. Mantenimiento de la propuesta", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio, *Comentario de la ley Concursal*, tomo II, Madrid: Editorial Thomson Civitas, p. 1989.

<sup>574</sup> De igual forma lo entiende, JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 39.

podrá presentar ante el juez una propuesta anticipada de convenio<sup>575</sup>; por su parte, en caso de que la propuesta anticipada de convenio hubiere fracasado al no obtener aprobación judicial y el deudor no hubiere decidido mantenerla como propuesta para una tramitación en fase de convenio, podrá solicitar la liquidación<sup>576</sup>. En tal sentido, aunque la LC no admite la liquidación anticipada durante la fase común, siendo necesario que la misma concluya<sup>577</sup>, no es menos cierto que a su conclusión el patrimonio del deudor, atendido a su solicitud, será liquidado.

Una excepción a esta facultad que el ordenamiento concursal presenta se refiere a los casos de concurso consecutivo en los que la ley concursal obliga al deudor a solicitar una fase de liquidación bajo ciertas circunstancias. En este sentido, aunque la norma del artículo 242 faculta al deudor a solicitar una fase de convenio o una de liquidación en caso de que no se haya alcanzado un acuerdo extrajudicial o debido a su incumplimiento, del artículo 242.1.10º se desprende que para el caso de falta o incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos instado por el deudor persona natural, le será obligatoria la fase de liquidación. Ahora, y en todo caso, de la normativa concursal se desprende que el deudor bien podría optar por no iniciar la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos, situación en la cual podría solicitar la declaración de concurso y, en ella, la liquidación.

Por otro lado, también se presenta como excepcional a esta facultad la norma del artículo 142.2, en el caso de que exista un reconocimiento por parte del deudor de que no podrá cumplir con los pagos comprometidos y obligaciones contraídas a través del convenio. En estas circunstancias, la norma establece que será deber del deudor solicitar la liquidación. Podemos hablar de un caso excepcional en el que la ley restringe la facultad del deudor a través de un deber de solicitud de una de las fases del procedimiento; sin embargo, ello tiene lugar por el hecho de haberse incumplido el convenio, de manera tal que la liquidación se presenta como una fase a consecuencia de tal circunstancia.

Teniendo en cuenta que al fresh start, entendido en su sentido amplio como finalidad de la moderna regulación concursal de persona física de otorgar alivio, subyace un interés del deudor que se encuentra en una circunstancia de crisis

---

<sup>575</sup> ROJO, Ángel (2004) "Artículo 104. Plazo de presentación", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio, *Comentario de la ley Concursal*, Tomo II, Madrid: Editorial Thomson Civitas, p. 1932; ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 192.

<sup>576</sup> ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 240.

<sup>577</sup> ROJO, Ángel (2004) *El convenio anticipado*, Madrid: Editorial Civitas, p. 13; ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 192

económico-financiera y que tiene como consecuencia problemas de orden directo e indirecto; para lo que nos interesa, la opción que consagra la LC en favor del deudor, en concreto, se refiere a una facultad consagrada por la regulación concursal para que el deudor pueda elegir libremente el tipo de mecanismo contemplado por la normativa concursal que de mejor manera posibilite el logro o realización de sus intereses. De ello se colige que el deudor es libre de elegir si lograr un alivio a través de una solución convenida, sea en forma de acuerdo extrajudicial de pagos, propuesta anticipada de convenio o fase ordinaria de convenio, o bien, a través de una liquidación. Para ello, las particularidades de cada una de las fases contribuirán en la determinación de los objetivos que a través de ellas hayan sido pretendidos por el legislador y, en función de tales objetivos, el deudor podrá determinar qué fase responderá a los intereses que tiene en el procedimiento concursal.

### **1.3. El problema en torno a la elección libre del tipo de mecanismo de alivio en la LC.**

Partiremos este apartado señalando que al referirnos a la facultad del elección del deudor no nos estamos refiriendo a, ni menos lo planteamos como sinónimo de, un acceso libre al procedimiento concursal, lo cual tiene relación con las limitaciones al principio del fresh start a las cuales más adelante nos referiremos. Así pues, con esta expresión nos referimos a la posibilidad de que el deudor persona física pueda elegir la herramienta o mecanismo concursal que mejor responda a sus necesidades.

Ahora bien, para determinar las implicancias de esta posibilidad es preciso recordar y tener presente que las justificaciones del alivio del deudor apuntan al carácter especial de la moderna regulación concursal de la persona natural, la cual respondiendo a principios particulares como el del fresh start, significa una justificada excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal. En este sentido, aunque en virtud de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física los deudores tienen una reconocida necesidad de lograr alivio, es de igual forma obligado el reconocimiento del respeto de los intereses de los acreedores en el procedimiento concursal cuando ello sea posible y acorde con el cumplimiento del principio del fresh start.

Cuando una persona física pretende entrar en un procedimiento concursal es porque, en esencia y en definitiva, busca obtener el logro de la finalidad para y por la cual se instituyen los modernos procedimientos concursales de la persona física, esto es, un alivio del deudor. Aunque esta pretensión es reconocida y protegida a través del

principio del fresh start, el carácter excepcional de la normativa concursal de persona natural, comprendida como una regulación que establece elementos de *ultima ratio* para el logro de los objetivos de tratar y prevenir la insolvencia del deudor, determina que tal pretensión pueda ser lograda de diversas maneras, o si se quiere, a través de diversas herramientas, mientras las exigencias del principio sean cumplidas.

En este contexto aunque pudiese parecer a simple vista que la elección libre del deudor del tipo de herramienta que le permitirá el logro de su pretensión de obtener un alivio le beneficiaría, toda vez que ante tal posibilidad no es difícil pensar que optaría por aquel tipo de mecanismo que de forma más expedita y fácil le permita alcanzar su objetivo, si miramos la esencia de esta facultad del deudor desde otra perspectiva podremos darnos cuentas de importantes problemas que afectarán tanto a acreedores, como al mismo deudor.

En efecto, la posibilidad del deudor de elegir libremente el tipo de mecanismo o herramienta al cual acogerse en un procedimiento concursal puede ser mirada, desde otra perspectiva, como la falta de un criterio que posibilite determinar el ámbito de aplicación específica de cada una de las herramientas contempladas por la legislación, que posibilitarán el logro de la finalidad última del moderno derecho concursal de la persona natural con resguardo de los intereses de los acreedores en la medida que el principio rector del fresh start lo permita. La ausencia de un criterio delimitador del ámbito de aplicación de las herramientas contempladas por la legislación significa para los acreedores que en muchos casos en que los deudores tengan la posibilidad de efectuar pagos parciales de sus deudas, o en aquellos en que pudiese existir posibilidad de acuerdo entre deudor y sus acreedores para una solución amigable del problema de la insolvencia, la elección del deudor de una herramienta alternativa que, por ejemplo, pudiese propiciar en mayor medida la descarga de la deuda, impondrá la disminución de las posibilidades de cobro de sus acreencias<sup>578</sup>. En este contexto, se ha manifestado<sup>579</sup> que "Dada la amplia facultad que la LC concede al deudor de optar por una u otra solución al concurso [convenio o liquidación], el deudor podrá decidirse por una solución que no fuese la que maximizara el valor de su patrimonio y por tanto tampoco la satisfacción de sus acreedores."

Ante tal escenario, parece ser que la LC acierta al establecer un procedimiento concursal que, a pesar de contener la posibilidad de elección del deudor en torno al tipo

---

<sup>578</sup> Lo mismo es avisado por RUBIO VICENTE (2012) "La liquidación...", cit., p. 440.

<sup>579</sup> JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 39.



de mecanismo a través de la cual buscará un alivio, o desde otra perspectiva, a pesar de no contener un criterio delimitador del ámbito de aplicación de las herramientas contempladas en la ley, se configura a través de un determinado número de fases consecutivas. En efecto, tal configuración responde a la necesidad de mantener incólumes las posibilidades de pago de los acreedores a pesar de que los deudores pudieran elegir el tipo de herramienta a la cual acogerse para obtener un alivio. En este sentido, tal visión sería coincidente con la intención del legislador español de satisfacer a los acreedores<sup>580</sup> al tiempo de establecer las modificaciones pertinentes en la LC para el establecimiento de una regulación que responda al problema de la insolvencia del deudor persona física.

Sin perjuicio de lo anterior, la descrita visión subyacente a la consecuente configuración de la regulación concursal para personas físicas en la LC adolece de un problema de importante incidencia en lo que a la estructura de los procedimientos concursales en función y armonía con la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física se refiere, que en la mayoría de los ordenamientos se pasa por alto, y que puede ser delimitado tras dos precisiones. La primera, que tal como hemos descrito en la Sección 1ª de esta parte, la LC considera los intereses de satisfacción de los acreedores para justificar una configuración de la regulación concursal destinada a la persona física; y segunda, que la regulación de la LC no toma en consideración una cuestión sutil pero de extrema importancia en torno a la persona del deudor como sujeto principal de la moderna regulación concursal de la persona física, esto es, que no todos los deudores tendrán las mismas posibilidades o capacidades de pago que otros.

En efecto, y respecto a esta segunda precisión, al configurar un procedimiento en la forma descrita el legislador español no repara en que, en esencia, está estableciendo un tipo de procedimiento sobre la base de la presunción de que todos los deudores personas físicas podrán, tarde o temprano, efectuar un pago a sus acreedores. Solo desde esta consideración se explica que el legislador haya configurado una regulación concursal para personas físicas en la que todos los deudores, independientemente de que hayan elegido una herramienta determinada de las ofrecidas por la ley para obtener un alivio, deberán pasar por un determinado número de fases consecutivas que tienen como objetivo esencial la satisfacción de los intereses de los acreedores. A modo de ejemplo y teniendo en cuenta una visión sistemática de la regulación destinada a la persona física:

---

<sup>580</sup> Exposición de Motivos de la LC, II, pag. 6.

aunque el deudor opte por la liquidación, en fase de exoneración de deudas se le impondrá un periodo de plan de pagos de hasta seis años; aunque el deudor opte por una solución negociada o amigable (AEP, propuesta anticipada de convenio o fase de convenio), ello no le garantiza que en caso de incumplimiento pueda obtener un expedito alivio, puesto que de igual forma deberá pasar por una liquidación y posterior fase de exoneración donde probablemente deberá someterse nuevamente a un plan de pagos por el término de seis años. Teniendo en cuenta lo señalado hasta ahora, alguna doctrina comparada<sup>581</sup>, si bien respecto de ciertos casos de deudores sin recursos, ha entendido que no tiene sentido llevar a cabo un procedimiento de insolvencia como camino al alivio de la deuda si se sabe que no hay nada que reunir para pagar a los acreedores.

El problema que tal regulación y razón justificativa presenta es que todos los deudores, independientemente de que tengan o no posibilidades de asumir el pago de la deuda a través de una herramienta particular consagrada por la regulación, deben pasar de todas formas por un determinado número de fases consecutivas del procedimiento; todo lo cual, con fundamento en la necesidad de mantener incólumes las expectativas de pago de los acreedores, significa en la práctica la extensión del tiempo de espera e incertidumbre hasta un efectivo alivio.

De esta forma, la problemática descrita puede ser resumida en la siguiente cuestión: ¿todo deudor tendrá que pasar necesariamente por un procedimiento concursal en su totalidad a pesar de no tener recursos suficientes para efectuar el pago a sus acreedores?. Tal pregunta, que de manera concreta da cuenta del problema subyacente a la falta de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las herramientas contempladas por la LC para otorgar un alivio al deudor, deriva en la siguiente interrogante: ¿se precisa un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las herramientas concursales contempladas para un alivio del deudor en la LC?. Entendiendo nosotros que la magnitud del problema, que repercute tanto en los intereses de acreedores como especialmente de los deudores, responde afirmativamente a esta última interrogante, nos preguntamos entonces ¿cuál es el criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las herramientas jurídicas contempladas en un procedimiento concursal que posibilita el logro de la finalidad de otorgar un alivio al deudor, en

---

<sup>581</sup> PAPE, Gerhard (2007) "Neue Wege zur Entschuldung völlig mittelloser Personen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 5, p. 240

respeto de los intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start sea cumplido?.

## **2. El moderno procedimiento concursal como un todo configurado por etapas independientes.**

### **2.1. Delimitación de la idea en función de modelos comparados.**

La configuración de un procedimiento concursal se relaciona con los elementos estructurales que la regulación concursal en un respectivo ordenamiento consagrará a efectos de llevar a cabo los objetivos que la misma legislación comprende. Desde esta conceptualización general, a nivel comparado es diversa y disímil la configuración de la estructura de un procedimiento concursal; contraste que entendemos tiene su origen en la disparidad de objetivos que las respectivas legislaciones otorgan a sus procedimientos concursales, sea a nivel estructural, sea a nivel general<sup>582</sup>.

Desde estas consideraciones, se aprecia claramente una dualidad en la configuración estructural general de los procedimientos concursales a nivel comparado, diferenciándose aquellos ordenamientos en que la regulación concursal contempla una estructura procedimental en etapas consecutivas, y aquellos en que la normativa regula un procedimiento con estructura de fases independientes unas respecto de otras.

Para efectos de claridad, la configuración de un procedimiento concursal a través de fases consecutivas significará que el mismo se encuentre compuesto por dos o más etapas o elementos estructurales de aplicación sucesiva y continuada en el tiempo a la manera de unos necesariamente con posterioridad a sus respectivos antecesores, sin posibilidad de que exista una alteración del orden estructural de las respectivas etapas. Por su parte, en un procedimiento concursal configurado por fases independientes, tales elementos estructurales operarán de manera alternativa los unos respecto de los otros, donde a pesar de circunscribirse en un único procedimiento concursal, no existe orden consecutivo temporal de aplicación de cada elemento estructural. Aunque la configuración general en cada caso comprenderá fases o etapas con objetivos particulares, la diferencia principal estará en que mientras en la primera clasificación no existirá posibilidad de obviar una fase atendido el objetivo general del procedimiento

---

<sup>582</sup> En torno a los objetivos generales de la regulación concursal en los ordenamientos comparados comprendidos en este trabajo, apartado 7.1, Sección 2ª, Parte Primera.

concurzal respectivo, en la segunda cabrá la posibilidad de aplicar una o algunas de las etapas en función de los objetivos específicos de tales elementos estructurales.

De acuerdo a esta clasificación, ordenamientos como el español y alemán se adscriben a la primera configuración, mientras que ordenamientos como el estadounidense y francés, a la segunda.

## **2.2. La incidencia de los objetivos de los elementos estructurales y de la configuración general de un procedimiento concursal.**

La cuestión de la configuración del procedimiento concursal, entendemos, obedece a los objetivos pretendidos por el legislador al tiempo de su establecimiento. Así las cosas, la configuración específica de un procedimiento concursal responderá a un particular objetivo pretendido por el legislador al tiempo de establecer la regulación y a objetivos específicos vinculados a sus elementos estructurales. De acuerdo a ello, diversos pueden ser los objetivos pretendidos por el legislador cuando se plantea la necesidad de establecer una regulación concursal de la persona física. Objetivos vinculados a la protección de los acreedores, objetivos vinculados a la protección del deudor, son algunos que pueden estar presentes al tiempo de decidir configurar una regulación concursal de la persona física y que pueden determinar los elementos estructurales del mismo.

Desde el punto de vista de las partes, tanto la configuración de los procedimientos concursales, como la regulación de sus elementos estructurales, pueden obedecer al logro de un objetivo particularmente vinculado a sus intereses. Así las cosas, es posible efectuar una clasificación, tanto de la configuración estructural de los procedimientos concursales, como de sus elementos estructurales en concreto, en función del objetivo de protección de los intereses de las partes. De acuerdo a ello, a nivel comparado podemos apreciar procedimientos concursales cuya configuración general responderá al objetivo de protección, bien de los intereses de los deudores, como el caso del *procédure de surendettement* francés, bien de los intereses de los acreedores, como el procedimiento concursal de la persona física alemán. De igual forma y por otro lado, encontraremos procedimientos concursales cuyos elementos estructurales, configurados como etapas sucesivas o en fases independientes, responderán a intereses de los acreedores, y aquellos que responderán a los intereses de los deudores. Así por ejemplo, en el procedimiento concursal estadounidense, el Capítulo 13 responde al interés de pago de los acreedores, mientras que el Capítulo 7

responde al interés de *discharge* del deudor; de manera similar, en el ordenamiento francés, la fase de acuerdo amigable o ante la Comisión de Sobreendeudamiento responde al interés de satisfacción de los acreedores, mientras que la fase de *procédure de restablissement personel* responde al interés del deudor por obtener una *effacement* de sus deudas.

Se aprecia de esta forma la importancia de los objetivos vinculados a los intereses de las partes a la hora de regular, tanto la configuración general de un procedimiento concursal, como sus elementos estructurales.

### **2.3. La ventaja de los procedimientos concursales por etapas independientes: el abaratamiento de costos de la administración; el ahorro de recursos de los acreedores; el cumplimiento de la finalidad del moderno derecho concursal de la persona física de otorgar un alivio al deudor.**

Aunque los intereses de las partes del concurso inciden de manera directa en la configuración estructural de un procedimiento concursal, otros objetivos que, puede decirse, son alternos a los objetivos vinculados a los intereses de las partes en el procedimiento, también puede tener incidencia en la configuración estructural de un procedimiento determinado; a modo de ejemplo, el abaratamiento de costos para las partes, el acortamiento temporal de los procedimientos o el abaratamiento de costos para la administración. Para referirnos a tales objetivos utilizaremos la expresión "objetivos alterno-consecuentes", toda vez que aunque pudiendo ser determinados de manera independiente al objetivo genérico de un procedimiento concursal o al objetivo específico de un elemento estructural del procedimiento, entendemos que —como veremos— necesariamente deberán guardar relación con algún objetivo vinculado a la configuración del procedimiento mismo. Volveremos sobre este tema.

Desde el punto de vista de los objetivos alternos, se determina la configuración general y estructural de un procedimiento concursal desde el punto de vista del mejor cumplimiento del objetivo determinado. Así por ejemplo, desde el punto de vista del cumplimiento del objetivo de abaratamiento de costos para la administración, es más eficiente una configuración procedimental que no importe un excesivo o injustificado gasto para la administración al tiempo de administrar un procedimiento jurisdiccional. Desde el punto de vista del abaratamiento de costos para deudores y acreedores, se concluye que la configuración procedimental más eficiente será aquella en la que los elementos estructurales que sean inoficiosos puedan ser obviados para limitar el gasto

injustificado de tiempo y recursos para las partes en el concurso. La cuestión será determinar cuándo un elemento estructural del procedimiento concursal tendrá el carácter de inoficioso. Es en este punto donde interesa nuestra noción de objetivo alterno-consecuente de una regulación concursal determinada.

El objetivo general del procedimiento concursal, en conjunto con los objetivos específicos vinculados a cada una de las fases consecutivas o etapas independientes — en nuestro concepto, elementos estructurales del procedimiento—, también tendrán incidencia en objetivos que hemos denominado alterno-consecuentes al procedimiento. Tales objetivos, que en la práctica pueden plantearse de manera independiente para evaluar la eficiencia de la configuración de un procedimiento concursal, en esencia deben ser considerados, si bien como objetivos alternos al procedimiento, pero que parten de la base del cumplimiento o incumplimiento de los objetivos general y específicos vinculados a la configuración general y elementos estructurales de un procedimiento concursal; y que en definitiva, se constituirán en el marco respecto del cual la eficiencia de un procedimiento concursal en su totalidad, o de sus elementos estructurales, habrá de ser medida.

De esta forma, en nuestro ejemplo, aunque si bien de manera independiente o alterna se muestra eficiente un procedimiento concursal cuya configuración estructural ahorre más dinero a la administración de justicia, tal respuesta necesariamente debe considerar si tal configuración permite el cumplimiento del objetivo general del procedimiento concursal. Solo si ello es así, podremos responder que una configuración estructural determinada de un procedimiento concursal responderá al objetivo de abaratamiento de costos a la administración de manera adecuada, puesto que su objetivo esencial, a través de tal normativa, efectivamente se estará cumpliendo. Lo contrario determinará que aunque en principio la configuración de un procedimiento concursal pueda parecer adecuada y eficiente por promover el abaratamiento de costos a la administración de justicia, sea en el fondo injustificada por no incidir en el cumplimiento del objetivo esencial del procedimiento concursal. Lo anterior es del todo aplicable o extensible a la evaluación del cumplimiento de objetivos alternos en relación a los elementos estructurales de un procedimiento concursal.

Una configuración estructural o un elemento estructural determinado del procedimiento solo será eficiente, y por tanto adecuado por propiciar el abaratamiento de costos a los deudores y acreedores, si cumpliendo el objetivo general del procedimiento concursal (o específico del elemento estructural), impide que deudores y

acreedores inviertan tiempo y recursos de manera injustificada en el procedimiento concursal, esto es, cuando deudores o acreedores inviertan tiempo y recursos en etapas estructurales del procedimiento que no cumplan con el objetivo esencial del procedimiento concursal.

Ahora bien, aunque los objetivos vinculados a los intereses particulares de alguna de las partes en el procedimiento concursal juega un papel esencial a la hora de delimitar la configuración estructural general y de los elementos estructurales del procedimiento, considerando lo señalado previamente en este punto es crucial efectuar una precisión.

Teniendo en cuenta que el moderno derecho concursal de la persona natural presenta una especial finalidad general, la cual es reproducida a través del sentido amplio de la expresión *fresh start*, la clasificación a la que hacíamos referencia en torno a la configuración estructural de los procedimientos concursales en función del objetivo de protección de los intereses de las partes en el concurso debe ser matizada. En efecto, aunque los elementos estructurales del procedimiento concursal puedan ser orientados a la satisfacción de los intereses de alguna de las partes en el procedimiento concursal, no debe desconocerse que la finalidad transversal de todo procedimiento concursal de la persona física es que aquellos deudores que se encuentran en una especial situación de crisis económico-financiera obtengan un alivio. Esta finalidad esencial del moderno derecho concursal de la persona física, reconocida y desarrollada a través del principio del *fresh start*, trasciende a la normativa reguladora de los elementos estructurales de un concurso, lo que quiere decir que aunque los elementos estructurales puedan obedecer al objetivo de fomento o cumplimiento de especiales intereses de las partes en función del cumplimiento del principio del *fresh start*, el objetivo último de todo procedimiento concursal de la persona física sea aquel dado por la finalidad de otorgar un alivio al deudor.

Lo anterior determina que aunque los elementos estructurales de un procedimiento concursal de la persona física puedan obedecer a objetivos vinculados directamente con los intereses de alguna de las partes del concurso, en todo caso siempre vinculado —o si se quiere limitado— al cumplimiento del principio del *fresh start*, la configuración general del procedimiento concursal de la persona física deberá responder al objetivo de otorgar un alivio al deudor persona natural, esto es, un interés propio del deudor que no solo se circunscribe al logro de un objetivo particular de un elemento estructural del procedimiento —como sería por ejemplo el logro de una

descarga de la deuda—, sino que se refiere a la solución de los problemas subyacentes, mediatos e inmediatos, a la situación de crisis económico-financiera.

En tal sentido, si tenemos en cuenta que la finalidad de la regulación concursal de la persona natural es la de otorgar un alivio al deudor, los procedimientos concursales configurados por etapas independientes unas respecto de las otras responderán de mejor medida a la finalidad indicada, al tiempo de responder de mejor forma a los objetivos alterno-consecuentes, toda vez que cada una de las etapas responderá a un objetivo especialmente relacionado con el interés del deudor en el procedimiento concursal, resguardando los intereses de los acreedores en la medida que ello sea coherente con el cumplimiento del principio del fresh start; propiciando que la herramienta o mecanismo utilizado sea el adecuado para otorgar respuesta a la necesidad puntual de alivio del deudor. De allí que elementos estructurales independientes en el procedimiento concursal, orientados en unos casos al logro del alivio del deudor a través de la satisfacción de los acreedores, puedan convivir con elementos estructurales orientados al alivio del deudor sin satisfacción de los acreedores. Desde tales consideraciones, si en un principio se entendía que la configuración estructural eficiente sería aquella que ahorre más recursos a la administración de justicia o a los deudores y acreedores, se debe matizar este criterio y comprender que la configuración estructural de un procedimiento concursal será adecuada, por eficiente, cuando permita la aplicación de un elemento estructural solo cuando, posibilitando el cumplimiento de intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start sea cumplido, responda al cumplimiento del objetivo esencial del procedimiento concursal de otorgar un alivio al deudor. Desde la aplicación de este criterio concluimos que la configuración estructural adecuada de un procedimiento concursal será aquella que contemple elementos estructurales independientes unos respecto de los otros, toda vez que cada uno de los elementos, orientados al cumplimiento de un objetivo particular vinculado al interés de alguna parte, será aplicado solo cuando tal objetivo sea logrado en cumplimiento del principio del fresh start, y cuando el objetivo esencial del procedimiento concursal, de otorgar un alivio al deudor, sea cumplido.

En este sentido, la cuestión trascendental dirá relación con la pregunta que en el apartado anterior formulábamos: ¿cuál será el criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las herramientas jurídicas contempladas en un procedimiento concursal



que posibilita el logro de la finalidad de otorgar un alivio al deudor, en respeto de los intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start sea cumplido?.

### **3. El criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales de un procedimiento concursal de persona física.**

De acuerdo a lo que venimos argumentando, considerando que una adecuada configuración estructural de un procedimiento concursal es aquella que contempla etapas independientes unas respecto de las otras, las cuales, si bien responden al cumplimiento de su objetivo particular en la medida que el principio del fresh start se cumpla, posibilitarán el logro del objetivo del procedimiento concursal de la persona natural y, de esta forma, un mayor cumplimiento de objetivos alterno-consecuentes; la cuestión de fondo dirá relación con qué criterio deberá contemplarse en la legislación concursal de la persona natural para delimitar el ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal. Algunos ejemplos de ordenamientos comparados nos servirán para orientar nuestra argumentación posterior.

#### **3.1. El criterio del *means test* en el derecho estadounidense.**

En el sistema estadounidense, previo a la BAPCPA de 2005, todo deudor podía elegir libre y voluntariamente<sup>583</sup> un capítulo 7 para optar a un *discharge*, solo limitándose tal posibilidad al caso en que el deudor hubiera incurrido en un "*substantial abuse*"<sup>584</sup>. La sección 707(b) permitía a las *Bankruptcy Courts* rechazar un Capítulo 7

---

<sup>583</sup> FLINT (2012) "Consumer...", cit., p. 339, nota 28, señala que "*Prior to BAPCPA, any individual was eligible to file a liquidation proceeding under Chapter 7, subject only to a dismissal for substantial abuse.*". OLAZABAL, Ann y FOTI, Andrew (2003) "Consumer bankruptcy reform and 11 u.s.c. § 707(b): a case-based analysis", en *B.U. Pub. Int. L.J.*, Volumen 12, p. 324. LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 96. TABB, Charles J. y MCCLELLAND, Jillian K. (2007) "Living with the means test", en *S. Ill. U. L.J.*, Nº 31, p. 463. BALSER (1986) "Section 707(b)...", cit., p. 1011, señala que "*The Bankruptcy Code had not previously allowed a debtor's future income to determine eligibility for discharge.*". Por su parte, DICKERSON (2001) "Bankruptcy...", cit., pp. 261 y 262, afirma que "*As the Code does not require debtors to prove that they need debt relief due to insolvency, all people (whether members of the lower, middle, or upper economic classes) are eligible for relief under Chapter 7 and can discharge their debts in a Chapter 7 liquidation case though they theoretically may have the means to pay at least some of their debts over time through a Chapter 13 wage earner's plan.*"

<sup>584</sup> FLINT (2012) "Consumer...", cit., p. 339, nota 28. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 257. KLEIN, Gary (1998) "Means tested bankruptcy: what would it mean?", en *U. Mem. L. Rev.*, Volumen 28, p. 732. LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 104. MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 420. POTTOW, John A. (2006) "The totality of the circumstances of the debtor's financial situation in a post-means test world: trying to bridge the wedoff/culhane & white divide", en *Mo. L. Rev.*, Volumen 71, p. 1054.

respecto de un deudor que se encontraba en situación de "*substantial abuse*"<sup>585</sup>, esto es, si actuaba de mala fe al solicitar el Capítulo 7<sup>586</sup>, o en el caso en que, siendo capaz de pagar una porción sustancial o la totalidad de sus deudas a través de un plan de pagos del Capítulo 13, hubiere optado por solicitar el concurso a través de un Capítulo 7<sup>587</sup>. Al no definirse el concepto de *substantial abuse*, los tribunales evaluaban<sup>588</sup> el posible abuso del procedimiento concursal por parte del deudor haciendo prevalecer la noción superávit de recursos o ingresos en la definición<sup>589</sup>, desde donde entendían que el abuso sustancial existía si el deudor podía hacer pagos a los acreedores sin dificultad<sup>590</sup>.

Con la BAPCPA de 2005 se incorpora al sistema concursal estadounidense una regla<sup>591</sup> o mecanismo<sup>592</sup> de evaluación de capacidad de pago de todo deudor<sup>593</sup> a modo de controlar su acceso a un Capítulo 7<sup>594</sup>, denominado *means test*<sup>595</sup>. En esencia, la

---

<sup>585</sup> BRAUCHER, Jean (2001) "Means testing consumer bankruptcy: the problem of means", en *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, Volumen 7, p. 431. THOMPSON (1990) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 251. BRAUCHER (2009) "Getting realistic...", cit., p. 415, señala que la legislación previa a la BAPCPA solo considera un estándar de *substantial abuse*. CARLSON, David G. (1991) "Secured creditors and the eely character of bankruptcy valuations" en *Am. U. L. Rev.*, Volumen 41, p. 226. En este contexto, CULHANE y WHITE (2005) "Catching can-pay...", cit., p. 679, señalan que un estándar, en contraposición a una regla, autoriza una amplia discrecionalidad y no proporciona resultados determinantes, fomentando decisiones efectuadas a través del balance de factores.

<sup>586</sup> BALSER (1986) "Section 707(b)...", cit., p. 1028, señala que "*The bankruptcy courts have their foundation in the Courts of Equity where the "clean hands" doctrine strictly applies. To receive equity, a debtor must act equitably himself.*"

<sup>587</sup> WHELAN y COHEN (1994) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 183.

<sup>588</sup> LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., pp. 104 y 105. LANDRY, Robert J. (2009) "The means test: finding a safe harbor, passing the means test, or rebutting the presumption of abuse may not be enough", en *N. Ill. U. L. Rev.*, N° 29, p. 269, expresa que "*This raises the pre-BAPCPA debate among the appellate courts on whether ability to pay is sufficient for a finding of substantial abuse.*". Describiendo las fórmulas utilizadas por los tribunales superiores para determinar el sentido de la expresión *substantial abuse*, ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., pp. 1394 y sgtes.; WELMERINK (2010) "Cleaning...", cit., pp. 129 y 130.; y más sucintamente, MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 421, POTTOW (2006) "The totality...", cit., p. 1055, THOMPSON (1990) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 254 y WEDOFF (2005) "Means testing...", cit., p. 235.

<sup>589</sup> WEDOFF (2005) "Means testing...", cit., p. 236, señala que la BAPCPA efectivamente adopta tal enfoque a la hora de establecer el *means test*. Por su parte, CARLSON, David G. (2007) "Means testing: the failed bankruptcy revolution of 2005", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 15, p. 226, señala que "*In other words, the fresh start was denied to any consumer debtor who had even modest surplus income after expenses.*".

<sup>590</sup> FLINT (2012) "Consumer...", cit., p. 386.

<sup>591</sup> CULHANE y WHITE (2005) "Catching can-pay...", cit., p. 679, afirman que "*Congress adopted rules, not discretionary standards, to govern ability to pay. Those rules are uniform and predictable, as Congress intended.*". WILLIAMS (1999) "Distrust...", cit., pp. 126 y 128, da cuenta que la actual versión del *means test* originariamente tenía dos opciones: una dada por el *Senate*, que obedecía a un estándar, y otra dada por la *House*, que daba cuenta de una regla; finalmente siendo esta última la que primó en el Congreso, como forma de limitación de la discrecionalidad de la jurisprudencia.

<sup>592</sup> COHEN-KURZROCK (2015) "It's not abusive...", cit., p. 1207. WEDOFF, Eigene R. (2006) "Judicial discretion to find abuse under section 707(b)(3)", en *Mo. L. Rev.*, Volumen 71, p. 1037, señala que el *means test* es un mecanismo para producir una presunción.

<sup>593</sup> BRAUCHER (2006) "A fresh start...", cit., p. 1306. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 253.

<sup>594</sup> FLINT (2012) "Consumer...", cit., p. 337 a 338. En este sentido, ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1388, al señalar que "*A debtor can only voluntarily file a petition under Chapter 13. This dilemma*

sección 707(b)(1) del *Bankruptcy Code* señala que la Corte, de oficio o a solicitud del *trustee* (administrador concursal), si lo hay, o a solicitud de cualquier parte interesada, debe rechazar un procedimiento concursal del Capítulo 7, solicitado por un deudor persona natural (*individual debtor*), cuyas deudas son *primarily consumer debts*, o, con el consentimiento del deudor, convertir el caso a uno del Capítulo 11 o 13, si estima que otorgar una liberación de deudas podría ser un abuso de las disposiciones de tal capítulo<sup>596</sup>. El objetivo detrás del *means test* o test de recursos, es establecer un mecanismo no discrecional<sup>597</sup> de limitación a la elegibilidad del procedimiento concursal del Capítulo 7<sup>598</sup> a través de una prueba de capacidad de pago a los deudores<sup>599</sup>, mediante la cual el sistema identifica a deudores con mayores ingresos, de manera que, previas deducciones autorizadas por el *Code*, permita apreciar la existencia de ingresos disponibles suficientes que permitan fundar un viable plan de pagos del Capítulo 13<sup>600</sup>.

Sin perjuicio de los objetivos buscados por la BAPCPA al establecer el *means test*<sup>601</sup>, se ha señalado por la doctrina que la fórmula utilizada por la sección 707(b) para

---

*is often referred to as the problem of the "Can-Pay" debtor.*" Citando a Charles J. Tabb y Ralph Brubaker (2003) *Bankruptcy law: principles, policies, and practice*, Anderson Publishing Co., señala en nota al pie N° 27 que el término "*Can Pay debtor*" es a menudo utilizado para describir a un deudor persona física que realiza una solicitud de Capítulo 7 aunque tenga los recursos para fundar un plan de pagos del Capítulo 13. TABB (2001) "The death...", cit., p. 8. LICHTASH (2011) "Realigning...", cit., p. 190, señala que aunque Estados Unidos tuvo una larga tradición de *discharge* liberal, con la BAPCPA el sistema se ha ido al extremo contrario, adoptando un fuerte enfoque pro acreedor, fallando en respetar el objetivo del *fresh start*.

<sup>595</sup> BERTLETT (2008) "Decoding...", cit., p. 91. POTTOW (2006) "The totality...", cit., p. 1056.

<sup>596</sup> CULHANE y WHITE (2005) "Catching can-pay...", cit., p. 668.

<sup>597</sup> BRAUCHER (2009) "Getting realistic...", cit., p. 416. HOWARD (2007) "The law of...", cit., p. 459. JACOBY (2009) "Bankruptcy reform...", cit., p. 115. WELMERINK (2010) "Cleaning...", cit., p. 125. MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 414, expresa que, como fórmula de escrutinio matemático, "*The new means test is designed to replace the subjective standard of good faith by utilizing a complex mathematical formula that produces a straightforward presumption or nonpresumption of abuse of the bankruptcy process.*". En la misma línea, WILLIAMS (1999) "Distrust...", cit., p. 108.

<sup>598</sup> BRAUCHER (2006) "A fresh start...", cit., p. 1297; ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1388; WELMERINK (2010) "Cleaning...", cit., p. 125.

<sup>599</sup> COHEN-KURZROCK (2015) "It's not abusive...", cit., p. 1210. BERTLETT (2008) "Decoding...", cit., p. 92, señala que el objetivo de la incorporación del *means test* fue "[...] *in order to reduce judicial discretion in determining who can pay their debts.*" LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., pp. 92 y 108, señalan que "*The means test primarily is a tool to determine whether the debtor has sufficient disposable income to preclude proceeding under Chapter 7.*"

<sup>600</sup> CULHANE y WHITE (2005) "Catching can-pay...", cit., p. 672. DICKERSON (2001) "Bankruptcy...", cit., p. 271. ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., pp. 1388 y 1405. MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 414. PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., p. 989. WEDOFF (2005) "Means testing...", cit., p. 231, expresa que el propósito del *means test* es "[...] *to measure the ability of Chapter 7 debtors to repay debt and then, if they have sufficient debt-paying ability, to make them repay at least some of their debt-likely through Chapter 13-in order to receive a bankruptcy discharge.*"

<sup>601</sup> SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 557, señala que uno de los objetivos de la BAPCPA fue reducir el número de solicitudes de concurso. TABB (2001) "The death...", cit., pp. 1 y 2, señala que un significativo efecto de la BAPCPA es denegar a los consumidores un inmediato *discharge* de sus deudas

limitar el acceso al Capítulo 7 es mecánica<sup>602</sup> y automática<sup>603</sup>, contraproducente o sin sentido para prevenir el abuso<sup>604</sup> y contradictoria con la filosofía del propio *consumer bankruptcy law*<sup>605</sup>.

### 3.2. El procedimiento francés y la evaluación del nivel de endeudamiento del deudor.

El caso de Francia llama especialmente la atención puesto que concibe un mecanismo basado en la exigencia de evaluación del nivel de endeudamiento<sup>606</sup> del deudor para determinar el ámbito de aplicación de los diversos mecanismos que el

---

en un Capítulo 7, dejándoles solo opción de renunciar al alivio total o intentar un pago a sus acreedores con el máximo que los puedan en el Capítulo 13, mientras al mismo tiempo viven cerrados al precipicio financiero en que la rehabilitación económica es virtualmente imposible de lograr. WARREN (1997) "A principled...", cit., p. 506, indica que "*With a means test in place, either the system [...] would make bankruptcy relief unavailable for people who could not repay their creditors. [...] In [this] case, the safety valve that keeps consumer debt burdens in check would be lost. The consumer bankruptcy system would not be strengthened; it would be destroyed.*".

<sup>602</sup> CARLSON (2007) "Means testing...", cit., p. 227. PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., pp. 989 y 990, da cuenta del carácter rígido y mecánico de la fórmula del *means test*, indicando que "[...] *the test fails to take into account changes in debtor's financial life that can skew the calculation and make the debtor appear to have more disposable income than would actually be available to pay creditors.*". OLAZABAL y FOTI (2003) "Consumer...", cit., p. 338, aludiendo y criticando la fórmula al afirmar que una regla mecánica no toma en consideración el lado humano de la ley.

<sup>603</sup> BERTLETT (2008) "Decoding...", cit., p. 104, señala que "*The problem is that the test uses the debtor's historical financial circumstances to determine whether he will have an ability to pay some or all of his debts.*". ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1405 y 1406.

<sup>604</sup> CARLSON (2007) "Means testing...", cit., p. 228. En este sentido, PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., p. 287, al señalar que "[...] *In those situations, the result of the means test formula is a financial fiction on which it would be unfair and inequitable to base the dismissal of debtor's Chapter 7 case. [...] As a "snapshot" of debtor's finances, the formula has no mechanism to allow the debtor to explain changes in debtor's income or expenses that occur shortly before or after the computation is completed.*". WEDOFF (2005) "Means testing...", cit., pp. 278 y 281. WHITE, Michelle (2007) "Abuse or protection? economics of bankruptcy reform under bapcpa", en *U. Ill. L. Rev.*, N° 1, pp. 291; OLAZABAL y FOTI (2003) "Consumer...", cit., p. 350. LAWLESS, Robert, LITWIN, Angela, PORTER, Katherine, POTTOW, John, THORNE, Deborah y WARREN, Elizabeth (2008) "Did bankruptcy reform fail? An empirical study of consumer debtors", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 82, p. 353, que busca evaluar el éxito de la BAPCPA, señala "[...] *that instead of functioning like a sieve, carefully sorting the high-income abusers from those in true need, the amendments' means test functioned more like a barricade, blocking out hundreds of thousands of struggling families indiscriminately, regardless of their individual circumstances.*". Por su parte, PARDO, Rafael (2009) "Failing to answer whether bankruptcy reform failed: a critique of the First Report from the 2007 Consumer Bankruptcy Project", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 83, p. 28, estima que el informe establece un incompleta consideración de los propósitos del *means test*, sin estimar suficientemente los matices que podría afectar la conducta del deudor y el rechazo o conversión del Capítulo 7 a un Capítulo 13, y que adolece de errores metodológicos.

<sup>605</sup> GROSS (1986) "Preserving...", cit., pp. 89, 94, 101 y 150, ha señalado que "[...] *if the term "abuse" as seized upon by Congress in enacting the legislation, and by the credit industry during its lobbying efforts leading to the enactment of BAPCPA, means incurring debt with a subsequent inability to repay and consequently choosing to file for bankruptcy relief, then the meaning of "abuse" would be wholly inconsistent with traditional bankruptcy philosophy [de otorgar un discharge al honesto pero desafortunado deudor]*". En la misma línea, SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 560.

<sup>606</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 25; GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 5.

procedimiento de sobreendeudamiento consagra en su beneficio<sup>607</sup>. En este contexto, el modelo francés combina adecuadamente la evaluación de la buena fe y el nivel de endeudamiento del deudor para cada caso particular, de manera que solo sea otorgado un *fresh start* a los deudores que, primero, se lo merecen, y segundo, cuando el *discharge* es la única posibilidad de tratar con una situación económica irremediablemente comprometida o de irremediable insolvencia<sup>608</sup>.

En esencia, luego de evaluarse la buena o mala fe del deudor para acceder al procedimiento concursal, y tras determinarse su nivel de endeudamiento, en caso de que este sea menor y por tanto el deudor tenga recursos y bienes suficientes para afrontar pagos de deudas, la Comisión de Sobreendeudamiento puede dar lugar a un procedimiento administrativo ante el mismo órgano estableciendo medidas de desendeudamiento o enderezamiento (*redressement*) acordadas amigablemente por las partes, o en su defecto impuestas por la Comisión. A su turno, en casos de sobreendeudamiento de mayor gravedad, la evaluación de la Comisión puede dar lugar a un procedimiento de reestablecimiento personal (*procédure du rétablissement personnel*), en el que, pudiendo o no haber liquidación de bienes en función de su existencia en el patrimonio del deudor, accederá a la *effacement* o condonación de deudas de manera directa<sup>609</sup>.

#### **4. Un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las herramientas concursales para el alivio. La "evaluación de la capacidad de pago" del deudor.**

##### **4.1. La concepción de los tipos de deudores como punto de partida. La disparidad de nivel de endeudamiento de los deudores personas físicas**

A nivel comparado, la cuestión de la determinación de un criterio para delimitar el ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal, sumado al problema de la elección libre del deudor de tales elementos estructurales entendidos como herramientas para obtener alivio, nos guía a la comprensión de que la solución se relaciona con la capacidad de pago que el deudor tenga para afrontar una

---

<sup>607</sup> PAISANT (2003) "La réforme...", cit., p. 674; PAISANT (2010, N° 1) "Chroniques...", cit., p. 213; GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 5

<sup>608</sup> En tal sentido, KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 655, da cuenta que a diferencia del sistema estadounidense, el sistema francés reserva esta última medida de alivio a aquellos pocos deudores que se encuentran financieramente sobreendeudados y económicamente marginados, esto es, deudores cuya situación la Comisión identifica como irremediablemente comprometida.

<sup>609</sup> GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 5; FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 288.

fase en la que pueda efectuar el pago a sus acreedores, o bien, una en que deba ser liquidado.

En este sentido, aunque el procedimiento concursal de persona física alemán privilegia la satisfacción de los acreedores en el procedimiento de alivio (*restschuldbefreiungsverfahren*) a través del periodo de buena conducta (*wohlverhaltensperiode*), es destacable que desde el año 2004 se han venido planteado y discutido algunas reformas a la InsO cuyo objetivo ha sido proveer de mejoras procedimentales para los casos de deudores sin recursos o completamente indigentes. Ello, en estricto rigor, significa considerar el nivel de endeudamiento del deudor para efectos de configurar el procedimiento concursal<sup>610</sup>.

De acuerdo a lo anterior, es importante destacar la clasificación que alguna doctrina alemana realiza de los tipos de deudores, respecto de los cuales, podría inferirse que, existiendo disímiles circunstancias en torno al endeudamiento, existirían de igual forma disímiles y particulares niveles de sobreendeudamiento y, como consecuencia de ello, disímiles y particulares circunstancias en torno a la insolvencia. El Estudio de Impacto de Insolvencia del consumidor realizado por el Consejo Asesor del Consumidor (SCHUFA), da a conocer tres tipos de deudores, cuya clasificación es realizada en función de sus circunstancias particulares en torno al sobreendeudamiento e insolvencia y las posibilidades que tienen de volver a endeudarse. El primer grupo, de aproximadamente 50% de todos los deudores afectados, estaría comprendido por deudores insolventes debido a riesgos cotidianos de la sociedad, presentándose la insolvencia como un accidente o evento de la vida cotidiana. El segundo grupo de deudores, aproximadamente un 42%, presenta problemas familiares sumados a riesgos de la vida moderna, que junto a un comportamiento financiero ingenuo, tiene como consecuencia que la visión de la propia situación financiera se pierde. Finalmente, el tercer grupo de deudores, aproximadamente un 8%, no es víctima de los riesgos de la modernidad, sino que son deudores cuya pérdida de visión de la propia situación financiera ha desembocado en una crisis de sobreendeudamiento. Tales deudores tienen

---

<sup>610</sup> Para ejemplificar esta vinculación del problema de la falta de recursos del deudor y la necesidad de un procedimiento acorde a tal situación WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 647 y 652, STEPHAN (2004) "InsO-Änderungsgesetz 2005", cit., p. 506, PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., p. 240, PAPE, Gerhard (2012) "Verbraucherinsolvenz 2012 – gefühlter und tatsächlicher Reformbedarf", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 152

graves problemas para integrarse en el mercado laboral con oportunidades de mejores ingresos<sup>611</sup>.

Aunque cada clasificación comprende un tipo de deudor en función de sus circunstancias particulares en torno al sobreendeudamiento, lo determinante para nuestro estudio es que tal clasificación da cuenta de una disparidad de tipos de deudores que pueden estar afectados en diversos niveles por el sobreendeudamiento y, de esta forma y a la larga, por la insolvencia. Este dispar nivel de afectación de su solvencia, originada en sus circunstancias particulares, determina que las necesidades particulares de cada uno de los tipos de deudores sean diferentes dentro de una configuración particular de un procedimiento concursal. A su turno, esta disparidad de intereses de cada tipo de deudor impondrá que la configuración del procedimiento comprenda elementos estructurales que respondan a la protección de tales intereses en función del cumplimiento del principio del fresh start.

De acuerdo a todo lo planteado, entendemos que un factor esencial a la hora de determinar la configuración estructural de un procedimiento concursal y de fijar un criterio delimitador del ámbito de aplicación de sus elementos estructurales, es el entendimiento de que en el estado de crisis de la persona física pueden existir distintos tipos de deudores aquejados a su turno por diversos y dispares niveles de endeudamiento, unos menos y otros más problemáticos o graves, que habrán de requerir necesariamente un tratamiento diferenciado<sup>612</sup>.

---

<sup>611</sup> La clasificación anterior es también considerada en los trabajos de LECHNER, Götz (2010) *Eine zweite Chance für alle gescheiterten Schuldner?*. Disponible en: [http://www.schuldnerberatung-sh.de/fileadmin/download/studien/lechner\\_eine\\_zweite\\_chance\\_fuer\\_alle\\_gescheiterten\\_schuldner\\_2010.pdf](http://www.schuldnerberatung-sh.de/fileadmin/download/studien/lechner_eine_zweite_chance_fuer_alle_gescheiterten_schuldner_2010.pdf) [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2017], pp. 67 y sgtes; HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., pp. 129 y 130; STEPHAN, Guido (2011) "Schuldnerberatung im Insolvenzverfahren", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 118. De manera sucinta se refiere a ello, STEPHAN (2011) "Die Reform des...", cit., p. 26.

<sup>612</sup> El derecho francés considera al menos tres etapas en las que puede verse afectado el estado patrimonial del deudor. De acuerdo a lo indicado por FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 71, la noción de sobreendeudamiento francés considera tanto el pasivo exigible como el pasivo por vencer, traducido en un desequilibrio financiero tanto actual como futuro. De allí que incluso, de acuerdo al autor, se estime que un sobreendeudamiento previsible también puede fundamentar una demanda en el procedimiento de sobreendeudamiento "debiéndose interpretar la noción de manera extensiva".

#### **4.2. Las circunstancias particulares del deudor como elemento esencial en el criterio delimitador.**

Que el punto de partida en torno al establecimiento de un criterio delimitador del ámbito de aplicación de los elementos estructurales de un procedimiento concursal sea la consideración de que los deudores personas físicas pueden estar afectados por dispares niveles de endeudamiento e insolvencia, comporta orientar la concreción material del criterio hacia la capacidad de pago del deudor. En efecto, entendiéndose el concepto de "capacidad de pago del deudor" como la concreción material de una evaluación de su nivel de endeudamiento, podemos identificar el criterio delimitador del ámbito de aplicación de los elementos estructurales de un procedimiento concursal como aquella circunstancia en que, tras una evaluación del nivel de endeudamiento, el deudor se encuentra en la posibilidad de realizar pagos a sus acreedores en el procedimiento concursal a través de la aplicación de un elemento estructural orientado a tal fin. Ahora bien, entendiéndose que la capacidad de pago del deudor será un reflejo de su nivel de endeudamiento, la evaluación de la capacidad de pago a la hora de determinar la aplicación de un elemento del procedimiento concursal, en esencia, corresponderá a la conclusión obtenida en una evaluación de su nivel de endeudamiento.

Sentado lo anterior, nos preguntamos ¿cómo debiera efectuarse esta evaluación del nivel de endeudamiento del deudor para determinar las posibilidades de pago que respecto de sus acreedores tiene?. Para responder a esta pregunta, es importante efectuar una precisión. Si la clasificación de los tipos de deudores es considerada en función de las circunstancias en torno al endeudamiento respectivo y las posibilidades que tienen de volver a endeudarse, ello no es referido a las circunstancias en torno a las causas del sobreendeudamiento o insolvencia del deudor, cuestión que es ajena al tema de la determinación de un criterio delimitador del ámbito de aplicación de los elementos estructurales de un procedimiento concursal y que se circunscribe a la cuestión de la conducta del deudor vinculada a la prevención del abuso en el acceso al procedimiento concursal. A ello nos referiremos en su oportunidad. Que la clasificación del tipo de deudor sea efectuada en función, especialmente de las posibilidades que tiene de volver a endeudarse o caer en estado de insolvencia, nos muestra que el punto focal de interés habrá de encontrarse no solo en las circunstancias particulares que influyeron en su situación de insolvencia, sino que también en aquellas que podrían volver a influir en un nuevo endeudamiento y posterior insolvencia; lo que en estricto rigor obliga a poner



atención a las particulares circunstancias que pudieren incidir en su nivel de endeudamiento<sup>613</sup>.

Ha de notarse que, desde la comprensión del concepto amplio de insolvencia que contempla nuestra LC, el hecho de que el criterio delimitador del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal diga relación con la evaluación del nivel de endeudamiento del deudor no es contradictorio con el hecho de que el procedimiento concursal exija como requisito objetivo de apertura la insolvencia. En tal contexto, ha de recordarse que la LC no solo exige que el deudor sea actualmente insolvente, sino que también contempla la noción de insolvencia inminente; y que un estado de insolvencia no necesariamente se configura con, o es sinónimo de, una falta absoluta de recursos por parte del deudor. Así las cosas, precisamos que la "evaluación de la capacidad de pago del deudor" se presenta como un criterio para delimitar el ámbito de aplicación de los elementos estructurales o herramientas concursales a las cuales el deudor podrá someterse para obtener alivio; sin pretender con esto reemplazar el requisito subjetivo para la declaración de concurso, esto es, la insolvencia.

Precisado lo anterior, apreciamos que es descriptiva de la necesidad de consideración de las circunstancias particulares del deudor en la configuración del criterio la concepción del nivel de endeudamiento que comprende el modelo francés, la cual habrá de ser complementada con una noción que, aunque aplicada al ámbito del procedimiento concursal de la persona jurídica, ha permitido concretizar un criterio que, tanto a nivel comparado como nacional, posibilita la aplicación de los elementos estructurales de un procedimiento concursal de persona jurídica con particulares necesidades: la noción de "viabilidad".

En el ordenamiento francés, la evaluación del nivel de endeudamiento del deudor comprende una comparación entre los elementos del activo y pasivo del deudor<sup>614</sup>, sin establecerse un límite mínimo en función del cual el deudor puede o no ser sujeto de protección del procedimiento de tratamiento del sobreendeudamiento, como sí lo plantea el modelo estadounidense. En tal sentido, se considerarán en el

---

<sup>613</sup>Esta idea puede verse en STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", p. 119, para quien, deben considerarse las diferencias biográficas de los consumidores que requieren asistencia diferente.

<sup>614</sup> PAISANT (2008) "La insolvencia...", cit., p. 241; FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 70; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 302, expresa que "*La situation de surendettement se déduit donc d'une comparaison entre le passif et l'actif du débiteur.*". Por su parte, en p. 306, indica que "*Un débiteur n'est en situation de surendettement que si l'actif réalisable est inférieur au passif exigible.*"

pasivo solo las deudas no profesionales del deudor<sup>615</sup>, tanto las que son actualmente exigibles, como aquellas por vencer<sup>616</sup>; mientras que en el activo, el conjunto de recursos y bienes presentes y futuros del deudor, inmuebles, la vivienda que se constituye en residencia principal del deudor y su familia<sup>617</sup>, respecto de la cual la Comisión deberán determinar y descontar los gastos inherentes de su venta<sup>618</sup> y nuevo alojamiento del deudor y sus dependientes<sup>619</sup>.

De ello es posible apreciar que en el análisis del nivel de endeudamiento del deudor se consideran circunstancias presentes al tiempo del concurso, y también futuras, como son aquellos gastos probables en los que se incurriría al realojar a la familia del deudor. Por otro lado, la evaluación deberá tener en cuenta no solo las particulares circunstancias del deudor, sino también las necesidades elementales de la familia, lo que se conjuga con la norma que obliga a la Comisión a destinar un conjunto de recursos para solventar las necesidades de la familia, en lo que la doctrina denomina "*rest à vivre*"<sup>620</sup>.

En torno a las circunstancias particulares del deudor vinculadas a su sobreendeudamiento, aunque la normativa estadounidense contempla actualmente un

---

<sup>615</sup> De acuerdo a FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 63 y 64, el análisis de la comisión debe considerar las deudas devengadas y aquellas que están por vencer, no estableciendo la ley una distinción entre aquellas deudas de la vida cotidiana y aquellas provenientes de préstamos consentidos con establecimientos de créditos. Por su parte, RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 302, citando expresa que la Corte ha tenido ocasión de definir este concepto, indicando que "*Attendu que les dettes professionnelles s'entendent des dettes nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle*". Para el autor, dos son los elementos que configuran la definición para efectos de la caracterización de las deudas no profesionales del deudor: por un lado, la actividad que da fundamento a la deuda, y por otro, la finalidad de la deuda.

<sup>616</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 303.

<sup>617</sup> En este sentido FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., pp. 58 y 59; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 305.

<sup>618</sup> PAISANT, Gilles (2001) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, p. 780, manifestaba conformidad con la decisión de la Corte que motiva esta norma, para quien, según la Corte, "*Non seulement la commission ou le juge doivent prendre en compte l'existence du "patrimoine immobilier" des demandeurs pour apprécier leur situation de surendettement, mais encore, pour ce faire, ils sont fondés à considérer "les dépenses que'aurait engendrés pour eux la vente de leur logement", y donde "[...] le respect de la finalité de la loi implique de prendre aussi en compte les difficultés raisonnablement prévisibles de trésorerie du demandeur.*"

<sup>619</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 306. FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 61, señalan que esta manera de proceder se encuentra relacionada con el espíritu que inspira la regulación y que, desde el origen, constituye una de las preocupaciones de los poderes públicos, a saber, la preservación del hogar familiar.

<sup>620</sup> De acuerdo a FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 289, la determinación de la situación irremediadamente comprometida debe ser efectuada en función de un conjunto de criterios, considerándose aquellos que sean útiles para caracterizar la situación financiera del deudor, como aquellos que den cuenta de su situación personal. PAISANT (2001, N° 3) "Chroniques...", cit., p. 781, se estaría pronunciado en el sentido de considerar un conjunto amplio de circunstancias a la hora de determinar la Comisión el estado de sobreendeudamiento, al expresar que "[...] *la définition du surendettement de l'article L. 331-2 du code de la consommation mériterait d'être retouchée pour intégrer ces concepts de dépenses et ressources raisonnablement prévisibles.*"

criterio extremadamente automático y discriminatorio para delimitar el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales del Capítulo 7 y 13, es preciso resaltar y rescatar que bajo la sección 707(b)(2)(B)(i) el deudor podrá escapar de la presunción de abuso<sup>621</sup> surgida de la aplicación del *means test* a través de la demostración de especiales circunstancias de vida<sup>622</sup>. Ante la inexistencia de definición legal<sup>623</sup> del término "especiales circunstancias", en virtud de los dos ejemplos que establece el *Code*<sup>624</sup>, la doctrina ha caracterizado las especiales circunstancias como cualquier evento que desencadena un aumento de los gastos del deudor o una disminución de sus *current monthly incomes*, que implica un ajuste de los ingresos disponibles (*disposable incomes*) suficiente para verse reflejado en una disminución por debajo del promedio establecido estatutariamente para presumir el abuso<sup>625</sup>.

#### **4.3. La concepción de la "viabilidad de la persona física" y su influencia en la elaboración del criterio delimitador del ámbito de aplicación de las fases estructurales del procedimiento concursal.**

Considerando lo expresado hasta el momento, entendemos que la cuestión en torno a los diferentes tipos de deudores y sus niveles de endeudamiento se relaciona con el concepto de viabilidad; concepto que, aunque abiertamente aplicado al ámbito empresarial, no es dable desconocer que bien debiera ser plenamente aplicable a la situación de crisis económico-financiera de los deudores personas naturales; sin embargo, con algunas matizaciones.

Ya desde los orígenes de la actual legislación concursal, se ha planteado por la doctrina la diferencia de trato que reciben los deudores personas jurídicas en función de

---

<sup>621</sup> PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., p. 984.

<sup>622</sup> LANDRY (2009) "The means test...", cit., p. 260. MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 438. PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., p. 985, expresa que existiendo un reconocimiento por parte del Congreso de Estados Unidos en que la fórmula del *means test* podría otorgar resultados arbitrarios, el objetivo de la sección 707(b)(2)(B) es "[...] *to ensure that debtors with little or no ability to pay their unsecured creditors are not wrongfully denied Chapter 7 bankruptcy relief as a result of formulaic means testing.*", complementando en p. 987, al señalar que "*Given the rigidity of the test, therefore, an adequate and properly functioning safeguard is essential in order to ensure that the honest debtor is not unjustifiably foreclosed from obtaining Chapter 7 relief.*". En esta línea, TABB y MCCLELLAND (2007) "Living with...", cit., p. 498.

<sup>623</sup> PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., p. 996.

<sup>624</sup> El *Code* solo menciona "*serious medical condition or active military service*", como ejemplos. MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 438. WEDOFF (2005) "Means testing...", cit., p. 243, señala que tales ejemplos importan que las especiales circunstancias deben surgir en buena fe.

<sup>625</sup> COHEN-KURZROCK (2015) "It's not abusive...", cit., p. 1211; WEDOFF (2005) "Means testing...", cit., p. 243. ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1406. TABB y MCCLELLAND (2007) "Living with...", cit., p. 498. PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., p. 987.

que cuenten o no con viabilidad<sup>626</sup>. En los ordenamientos comparados, a su turno, la expresión "viabilidad" es utilizada para referirse, en términos generales, a aquel estado en que la empresa insolvente tiene posibilidades de hacer frente a las deudas en el procedimiento concursal a través de los mecanismos especiales que para este efecto contempla la legislación<sup>627</sup>; a saber, soluciones amigables a través de un acuerdo o convenio de pago. En efecto, alguna doctrina<sup>628</sup> señalaba que el deudor de un procedimiento alternativo a la quiebra debe ser un deudor insolvente o pre insolvente que aún pueda ofrecer algo a sus acreedores, pero que casi siempre necesitará de una quita para salvarse él y con él su empresa. Desde este punto de vista, en el procedimiento concursal de la persona jurídica tiene plena aplicación el concepto, el cual posibilita hacer una distinción entre los deudores para efectos de aplicación de una fase concursal de convenio o una fase concursal de liquidación entre empresas recuperables económicamente y empresas que no lo son.

Siguiendo la línea de lo señalado por algún autor<sup>629</sup>, entendemos que tras la aceptación y aplicación del concepto de viabilidad se encuentra un reconocimiento por parte de la doctrina y la legislación de los intereses subyacentes al deudor persona jurídica en el procedimiento concursal. Intereses, los cuales, en función de la posibilidad o no que ostente para hacer frente a las deudas en el procedimiento concursal, justificarán la aplicación o no de alguno de los elementos estructurales del procedimiento concursal consagrados para el fomento y logro del cumplimiento de ese interés.

Ahora bien, comprendiendo la necesidad de que la regulación concursal de persona física se oriente en el reconocimiento efectivo de las finalidades y objetivos de la moderna regulación concursal de persona natural; finalidades y objetivos en los que se encuentran subyacentes los intereses de este tipo especial de deudores; la noción de viabilidad de la persona física vendría a concretizarse como un concepto que, reconociendo las diferencias entre los distintos tipos de deudores, así como de sus distintos niveles de endeudamiento, se instituiría en la manifestación concreta pero no automática del criterio delimitador de los elementos estructurales del procedimiento concursal de la persona física.

---

<sup>626</sup> Se desprende de lo señalado por JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 219.

<sup>627</sup> Así da cuenta JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., pp. 217 y 218, respecto del modelo estadounidense.

<sup>628</sup> ALCOVER (2004) "La Ley 22/2003...", cit., p. 49.

<sup>629</sup> GONZÁLEZ BILBAO (2004) "Identificación...", cit., p. 307.

En efecto, desde el punto de vista teórico, "viabilidad de la persona física" aludiría a un concepto que, partiendo de las especiales diferencias entre los tipos de deudores y sus niveles de endeudamiento, significaría la identificación de un estado en el que al deudor, a pesar de su insolvencia, le sea posible dar cumplimiento a sus obligaciones en el procedimiento concursal respectivo a través de los elementos estructurales consagrados para tal efecto. Al partir de la evaluación del deudor de sus circunstancias particulares, tal concepto no incorporaría criterios o elementos de diferenciación automáticos; comprendiendo que una identificación adecuada de las especialidades de vida de los deudores y su núcleo familiar, significaría un trato particular y diferenciado a la realidad de otros deudores personas físicas.

Así las cosas, si la solución a la crisis ha de mirar necesariamente la configuración patrimonial que ofrece el deudor, para ofrecerle una diversidad de soluciones que se adecúen a las circunstancias del deudor persona jurídica<sup>630</sup>, una ficción legal que no es conmovida o inquietada de manera efectiva en su ficto ser; si, a modo de ejemplo, el fin del convenio no es ya exclusivamente el pago a los acreedores a través de la conservación de la empresa con su pasivo reestructurado, sino que la conservación de la empresa pasa a ser fin del convenio<sup>631</sup>; ¿por qué no considerarlo así para la persona física, respecto de quien los problemas subyacentes a la insolvencia le afectan de manera directa, pero partiendo de la base de un reconocimiento de las especiales circunstancias biográficas de su persona y familia?. Comprendemos que no existen razones de peso, por lo menos que puedan plantearse desde una comprensión adecuada de la moderna regulación concursal de la persona física, que controviertan la respuesta afirmativa a tal pregunta.

## **5. El nivel de endeudamiento como criterio delimitador del ámbito de aplicación de las fases del procedimiento concursal en la LC.**

### **5.1. La falta de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las fases estructurales del procedimiento concursal en la LC.**

De la evaluación sistemática de la LC, podemos apreciar que no existe un criterio expreso de delimitación del ámbito de aplicación de las diversas herramientas contempladas por la ley para otorgar alivio al deudor; herramientas que en conjunto

---

<sup>630</sup> Así lo entiende GONZÁLEZ BILBAO (2004) "Identificación...", cit., p. 311.

<sup>631</sup> ALCOVER (2004) "La Ley 22/2003...", cit., p. 46.

podrían ser clasificadas en medidas orientadas a una solución convenida y medidas orientadas a la liquidación; y que cuya forma de concreción más descriptiva, aunque con las precisiones que hemos hecho al referirnos a las formas de inicio del hipotético procedimiento concursal de la persona física, se encuentra en las fases de convenio y de liquidación. En efecto, ya nos hemos referido a las normas de los artículos 21 y 111 LC, las cuales podemos identificar como las normas esenciales en torno a la delimitación del ámbito de aplicación de las fases de convenio y de liquidación en la regulación concursal española. Respecto a tales normas, indicábamos que consagran una facultad de opción al deudor para elegir libremente si acogerse a una fase de convenio o a una de liquidación, y del mismo modo, dábamos cuenta del problema que esta regulación plantea para los intereses, tanto de acreedores, como especialmente de los deudores. Nos remitimos a tales comentarios<sup>632</sup>.

A mayor abundamiento, es destacable que, en los orígenes de la actual LC, se haya considerado<sup>633</sup>, entendemos a modo de crítica, que la regulación no contemplara como presupuesto de la declaración de concurso la existencia de masa activa suficiente, al menos, para la satisfacción de los gastos del propio concurso de acreedores.

La falta de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal español que comprenda el cumplimiento del principio del fresh start y el logro de la finalidad de otorgar alivio al deudor, determina que el único objetivo que es considerado por la LC al tiempo de aplicar el procedimiento concursal sea el contemplado al tiempo de establecer la regulación: la satisfacción de los acreedores.

Ello a su turno importa que la reglamentación relativa al concurso de la persona física en el ordenamiento español adolezca de una grave contradicción al que, entendemos, es el objetivo esencial del moderno procedimiento concursal de la persona física, toda vez que propendiendo y fomentando el logro de objetivos vinculados a los intereses de una de las partes, los acreedores, no considera la exigencia inherente a toda regulación concursal de la persona física como es el respeto al principio del fresh start. En efecto, podemos comprender que al configurar un procedimiento, en cada uno de sus elementos o fases estructurales, y en cuanto a su estructura general, orientado al logro del objetivo de protección y satisfacción de los acreedores, la regulación concursal

---

<sup>632</sup> Apartados II.1.2. y II.1.3., Sección 2ª, Parte Segunda.

<sup>633</sup> Así, aunque esta estimación la realiza desde la comprensión de que la finalidad principal del concurso es la satisfacción de los acreedores, BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 129.

española pasa por alto la finalidad de la moderna regulación concursal de persona física que es concretizada a través del principio del fresh start; y ello determina que cada una de las fases estructurales y la configuración general del procedimiento concursal responda solo al objetivo de protección de los acreedores y no al objetivo de otorgar un alivio al deudor en respeto de los intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita.

Por otro lado, aunque la LC posibilita que el deudor pueda optar entre acogerse a una solución convenida o a una liquidatoria, y dentro del procedimiento concursal propiamente tal, de acogerse a una fase de convenio o de liquidación; es criticable que comprenda una normativa que configura, de allí en más, una estructura procedimental en fases consecutivas, tal como se aprecia en torno a los elementos estructurales que configuran la fase de convenio y la posterior fase de exoneración del pasivo insatisfecho, o bien, los elementos estructurales consecutivos que configuran el procedimiento cuando el deudor ha elegido iniciarlo a través de un acuerdo extrajudicial de pagos o en fase de convenio. En efecto, la norma del artículo 114.1, 2 y 3 expresa que si no se hubiesen presentado propuestas de convenio en plazo indicado en el artículo 113, o no habiéndose admitido a trámite ninguna propuesta, el juez, de oficio, acordará la apertura de la fase de liquidación en términos del art. 143. Si la comprensión de esta norma la hacemos en función de la facultad de elección del deudor de la fase procedimental a la cual acogerse en el procedimiento concursal, podrá suceder que una fase de convenio haya sido abierta cuando en la práctica no se constituía en eficiente para el logro de la finalidad del procedimiento concursal.

Y la misma crítica puede ser replicable en estados más profundos de tramitación del procedimiento, como es el caso de la fase de exoneración que la LC contempla como una fase consecutiva de la fase de liquidación, o como consecutiva de una conclusión del concurso por insuficiencia de masa, y que se configura internamente como una sucesión consecutiva de elementos estructurales<sup>634</sup>.

El problema es que al no existir un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales o fases del procedimiento concursal, vinculado a los objetivos particulares de cada elemento estructural y con miras al logro del objetivo esencial del moderno procedimiento concursal de la persona física; en aquellos casos en que los deudores inicien un procedimiento a través de una herramienta o fase

---

<sup>634</sup> Artículo 178 bis.1 LC.

determinada, no existe certeza en orden a si aquella, y la consecuente estructura procedimental, posibilitará el logro del objetivo particular de la herramienta o fase en función del cumplimiento del principio del fresh start y, a la larga, del cumplimiento de la finalidad esencial de otorgar alivio al deudor.

En efecto, y para ejemplificar, en aquellos casos en que los deudores decidan iniciar un procedimiento a través del acuerdo extrajudicial de pagos, no existirá certeza en orden a la eficiencia del acuerdo para el logro de los objetivos particulares del mismo en función del cumplimiento del principio del fresh start, y de esta forma, en torno al logro del objetivo de otorgar alivio al deudor. En este punto, recordamos que atendido al sentido amplio de la expresión fresh start, la finalidad de otorgar alivio al deudor comprende la necesidad de que la regulación concursal de la persona física contenga un procedimiento configurado con miras al logro de tal finalidad sin demoras ni trabas injustificadas. Así las cosas, en nuestro ejemplo, un acuerdo extrajudicial de pagos ineficiente, una propuesta anticipada de convenio ineficiente, una fase de convenio ineficiente, una liquidación ineficiente, no cumplen con la finalidad antes planteada, puesto que la configuración estructural del procedimiento, más que propender al logro del objetivo de otorgar un alivio al deudor, propende objetivos específicos ligados a los intereses de las partes sin consideración de la exigencia de cumplimiento del principio del fresh start.

## **5.2. La evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago como cuestión irrelevante en la LC.**

Considerando que una adecuada configuración estructural del procedimiento concursal obedecería a una estructura establecida en etapas independientes unas de las otras, las cuales habrán de ser aplicadas solo cuando sean eficientes para el cumplimiento de los propios objetivos específicos en cumplimiento del principio del fresh start, comprendemos la necesidad de que en el ordenamiento español se defina, primero, un procedimiento concursal configurado por etapas independientes unas respecto de las otras, con especiales objetivos delimitados por el cumplimiento del principio del fresh start, y segundo, el establecimiento de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las etapas estructurales respectivas.

De acuerdo a lo anterior, es preciso señalar que de la evaluación de las normas que regulan el que, hemos denominado, hipotético procedimiento concursal de la persona física en la LC, podemos destacar que en esencia su configuración comprende



fases estructurales que obedecen a objetivos determinados, como es el caso de la fase de convenio, la fase de liquidación y la fase de exoneración de deudas. Respecto de la propuesta anticipada de convenio, aunque podrá ser evaluada en la fase común, no es dable desconocer que su objetivo es el mismo que la fase de convenio ordinaria.

El problema en la legislación concursal española es que al no contenerse en la regulación un criterio delimitador del ámbito de aplicación que permita discriminar los casos en que será eficiente la aplicación de una u otra herramienta o fase, la estructura general se vuelve una configuración de elementos consecutivos que responden a determinados objetivos que escapan al cumplimiento del principio del fresh start y del objetivo esencial de una moderna regulación concursal de persona física. De esta forma, la cuestión trascendental en el ordenamiento español es la especificación de un criterio para la delimitación del ámbito de aplicación de las fases estructurales del procedimiento que responda al objetivo esencial de la regulación concursal de persona física y respete los intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start sea cumplido.

Pues bien, teniendo en consideración que el criterio adecuado para delimitar el ámbito de aplicación de las etapas estructurales de un procedimiento concursal es el nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor en la forma que lo hemos descrito previamente; efectuando una evaluación sistemática de las normas que, en mayor o menor medida, pueden ser aplicables a lo que podríamos denominar una reglamentación procedimental del concurso de persona física, podemos inferir que la consideración de la capacidad económica del deudor estaría presente en la LC, solo que no se consideraría como elemento configurador de un criterio o requisito de aplicación de las fases del procedimiento concursal. Veámoslo.

La norma del artículo 6 LC establece que en la solicitud de concurso el deudor indicará si la causa es la insolvencia actual o inminente, debiendo acompañar una serie de documentos, entre los cuales destaca el inventario de bienes (art. 6.2.3º), relación de acreedores (art. 6.2.4º), plantilla de trabajadores (art. 6.2.5º), y para lo que nos interesa, una memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, actividad o actividades a las que se haya dedicado en los últimos tres años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y *de las valoraciones o propuestas de viabilidad patrimonial* (art. 6.2.2º). Es interesante lo anterior desde el punto de vista del establecimiento de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las fases estructurales del

procedimiento vinculado a la capacidad de pago del deudor, puesto que podríamos interpretar que, para estos efectos, la LC estaría exigiendo que el deudor de cuenta de una propuesta de viabilidad patrimonial para llevar a cabo una valoración de las posibilidades o probabilidades de viabilidad de su patrimonio, esto es, una posibilidad o probabilidad de que pueda afrontar pagos a sus acreedores con su patrimonio sin necesidad de liquidación (o "concurso", en palabras de la propia LC). En este contexto, se ha expresado<sup>635</sup> que la exigencia de la indicación en la memoria de la valoración por el propio deudor de su viabilidad patrimonial "es lógica pues, en principio, nadie mejor que el deudor conoce su propia situación económica y, por tanto, estará en condiciones óptimas de emitir valoraciones sobre su propia situación económica [...]". Sería esta una norma que contendría la exigencia de evaluación del nivel de endeudamiento del deudor para efectos de determinar las posibilidades y niveles de cumplimiento esperados hacia sus acreedores en el procedimiento concursal.

Ahora bien, debemos señalar que el precepto contempla la expresión "viabilidad", la cual, podemos inferir de lo señalado en apartados anteriores, es una reminiscencia del carácter regulador de las personas jurídicas de los orígenes de la LC. Sin perjuicio de lo anterior, podríamos estimar aplicable la expresión al caso del deudor persona física; sin embargo, ello podría ser posible solo en la medida que fuese entendida como "viabilidad de la persona física", cuyo alcance habría de ser complementado necesariamente por las circunstancias particulares de vida del deudor y de su núcleo familiar cercano.

Del análisis de la reglamentación apreciamos que, aunque en principio y de manera hipotética, la LC contemplaría la exigencia de una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor, tal exigencia no es considerada como un elemento determinante que influya en la aplicación de determinadas herramientas de alivio o de las fases y en el curso progresivo del procedimiento, esto es, en la delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal. En efecto, desde una visión sistemática de las normas de los artículos 14, 21 y 111.1, se comprende que la declaración del concurso procederá en todo caso en la fase solicitada por el deudor cuando sean apreciados por el juez presupuestos objetivos del concurso relacionados con hechos puntuales de incumplimiento de obligaciones, pero

---

<sup>635</sup> PULGAR (2009) *El concurso...*, cit., p. 509.

de ninguna forma referidos a una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor.

La comprensión anterior es reafirmada si, en caso de que el concurso sea solicitado por los acreedores, tenemos en consideración que el artículo 21.3º permite que una vez que el concurso haya sido declarado, el deudor sea requerido para que presente en plazo de diez días, a contar desde notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6. Se aprecia que aunque existe una norma que obliga al deudor a presentar los documentos, y decimos nosotros, información del artículo 6; tal requerimiento solo se efectuará en el auto de declaración de concurso, luego de haber transcurrido los plazos y se hubiere efectuado las diligencias a las que se refieren los artículos 18 y siguientes de la LC; sin que tal información tengan por tanto injerencia en la ordenación de un curso progresivo del procedimiento que sea apto para el logro del objetivo de otorgar alivio del deudor, y donde el plazo y diligencias aludidas puede extenderse por varias semanas, con detrimento de los intereses de alivio del deudor persona física y, por tanto, con incumplimiento de la finalidad de la moderna regulación concursal de persona física.

Por otro lado, ya en fase de convenio, la norma del 115.1 reafirma la comprensión de que aunque la LC pudiese contener la exigencia de evaluación de la capacidad de pago del deudor, la misma no es considerada como criterio relevante para la configuración estructural del procedimiento concursal, toda vez que siendo facultad del deudor la elección de una solución convenida o liquidatoria, establece que el plan de viabilidad que pudiese ser aportado por el deudor al momento de presentar la propuesta de convenio, solo será evaluado por la administración concursal cuando ya se hubiera abierto la fase propiamente tal.

Comprensible de la conclusión a la que llegamos previamente, entendemos que bajo esta regulación y para el caso del deudor persona física, no serían poco comunes los casos en que una fase de convenio estuviese siendo procedente de manera injustificada por ineficiente y contradictoria con la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física.

### **5.3. La cuestión de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa y su vinculación con la capacidad económica del deudor persona física.**

De acuerdo al artículo 176.3º y artículo 176 bis, desde la declaración del concurso, procederá la declaración de conclusión cuando en cualquier estado del procedimiento se compruebe la insuficiencia de la masa activa, esto es, que el patrimonio no sea presumiblemente suficiente para satisfacer los créditos contra la masa por parte del deudor. Tales normas establecen lo que se ha denominado la conclusión del concurso por insuficiencia de masa, la cual, como es posible de apreciar, procederá a lo largo de todo el procedimiento concursal en la circunstancia establecida. En este sentido, la norma es también aplicable en función del artículo 239.4, segunda parte, que para el caso del acuerdo extrajudicial de pagos, al expresar que el mediador concursal o notario, en su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa en términos del artículo 176 bis. Es preciso destacar que de acuerdo a la norma del artículo 176 bis.2, párrafo segundo y 176 bis.3, párrafo final, la declaración de conclusión del concurso por insuficiencia de masa conlleva una especial liquidación y, en su caso, posterior fase de exoneración del pasivo insatisfecho del deudor en función del artículo 178 bis.

Considerando lo que venimos argumentando, nos preguntamos si las normas en comento vienen a responder a la necesidad de que la LC contemple un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los procedimientos concursales en función de la evaluación del nivel de endeudamiento y la capacidad de pago del deudor. Nuestro cuestionamiento pasa por el hecho de que, contemplándose como consecuencia de la declaración de conclusión del concurso por insuficiencia de masa una liquidación del deudor, podría estimarse a *priori* que la institución de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa conllevaría una evaluación de la capacidad de pago del deudor en función del concepto de viabilidad de la persona física; con lo cual cabría responder que la LC efectivamente sería comprensible de la disparidad de tipos de deudores y las necesidades que un determinado número de deudores sin recursos posee.

Del mismo modo, lo planteado es importante si sabemos que la LC contempla la posibilidad de que el juez declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa desde que se haya declarado el concurso, lo que sería concordante con la norma del artículo 176 bis.4, que permite que el juez declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa en la declaración del concurso, y a su turno, con la norma del artículo 238.3, segunda parte, que permite que en aquellos casos en que el

procedimiento concursal se hubiere iniciado a través de acuerdo extrajudicial de pagos, el mediador concursal o notario inste al juez para la declaración de conclusión del concurso por insuficiencia de masa. De acuerdo a esta regulación, si *a priori* entendemos que el mediador concursal o notario tienen facultades para efectuar una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor, una declaración temprana de conclusión del concurso por insuficiencia de masa sería beneficiosa para el deudor.

Con lo expresado hasta ahora, y a primera vista, pareciera ser que las normas responden a la necesidad planteada, toda vez que la insuficiencia de recursos por parte del deudor pudiere considerarse como sinónimo de incapacidad de pago para afrontar los créditos en una fase del procedimiento concursal respectivo. Si ello es así, debiésemos concluir que nuestra LC contempla un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las fases estructurales del procedimiento concursal de la persona física; lo que posibilitaría que en aquellos casos que el deudor persona natural no tenga recursos suficientes para efectuar el pago a sus acreedores, pasara directamente a una fase de liquidación y posterior exoneración de la deuda residual. Según lo argumentado con anterioridad, ello se mostraría acorde con la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física y en cumplimiento del principio del fresh start.

Aunque lo anterior sería la solución a la problemática que venimos describiendo en torno a la falta de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las fases estructurales del procedimiento concursal español, deberemos concluir que la LC, en efecto, no contempla tal solución. Al contrario, subyacente a tal regulación entendemos se contempla un trato restrictivo a los intereses de los deudores, una contradicción con la finalidad del moderno procedimiento concursal de la persona física y una transgresión al principio del fresh start. En este sentido, nos referiremos en este apartado a ciertas cuestiones que nos parecen de tratamiento acertado a esta altura de nuestra investigación, dejando para más adelante el tratamiento y solución de uno de los problemas que, vinculado al tema de este apartado, entendemos es uno de los de mayor gravedad en la legislación concursal de persona física española, el problema subyacente a la configuración de un periodo de buena conducta.

El primer cuestionamiento a la regulación parte de la pregunta en torno a si existiría una obligación para el juez de efectuar una evaluación del patrimonio del concursado para efectos de cerciorarse de la posibilidad de declaración de conclusión del concurso por insuficiencia de masa. Si ello fuese efectivo, contribuiría a confirmar

la eventual existencia del criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las fases estructurales del procedimiento, reafirmando su obligada aplicación y, por tanto, el logro efectivo de su objetivo en beneficio del deudor persona física y de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita.

Si analizamos las normas en comento, apreciamos que de las mismas no es posible extraer un deber u obligación del juez de efectuar en todo caso tal evaluación. Del tenor de las normas de los artículos 176.3 y 176 bis.1, que disponen la procedencia de la conclusión del concurso si "se comprueba" o "no sea presumible" la insuficiencia o suficiencia de masa por parte del deudor, respectivamente; deducimos que las expresiones de "previsible" o "presumible" aludirían al caso en que de los antecedentes de autos se deduzca con un cierto grado de certeza tal circunstancia. De acuerdo a ello, entendemos que la actividad del juez será coincidente con una constatación de la circunstancia cuando sea visible de los antecedentes, pero no en base a una minuciosa actividad que pudiera comprenderse coincidente con una evaluación de la viabilidad de la persona física.

Por su parte, para el caso de un AEP intentado por una persona física, la norma del artículo 242 bis, aunque no se refiere a la posibilidad de que el notario pueda instar al juez la declaración de conclusión por insuficiencia de masa como sí lo hace para el caso de la administración concursal el artículo 238.3, apreciamos que no establece una obligación de efectuar tal evaluación.

La falta de exigencia de una evaluación de la viabilidad de la persona física es reafirmada si sabemos que la norma del artículo 176 bis.4, párrafo uno, expresa que en caso de conclusión del concurso al momento de su declaración, el juez deberá apreciar de manera "evidente" que el patrimonio no es suficiente para cubrir los créditos contra la masa. El carácter de evidente que debe tener la circunstancia para que sea susceptible de apreciación por parte del juez nos corrobora la conclusión de que no existirá una obligación de evaluación exhaustiva del patrimonio del deudor, sino que se exigirá un nivel mínimo de atención de los antecedentes que existan en autos, bastando la sola constatación de la circunstancia cuando sea evidente, esto es, clara y patente, a partir los documentos e información otorgada por el deudor. Así las cosas, no se exige una evaluación exhaustiva del patrimonio del deudor con finalidad de apreciar la factibilidad o eficiencia del sometimiento a un plan de pagos, sea en fase de convenio, sea con posterioridad a la especial liquidación del artículo 176 bis.2 en la fase de exoneración de deudas —sobre este último punto volveremos más adelante—.

De acuerdo a lo anterior, la falta de obligación por parte del juez en torno a la necesidad de cerciorarse de la factibilidad de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa, si bien no podemos concluir se constituye en una reafirmación de la falta de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal español, sí es posible concluir que se constituye en una circunstancia que reafirma nuestra inicial estimación en torno a la ineficiencia de la LC en relación a la utilización de un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal en beneficio del deudor y de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita.

Ahora bien, evaluando la regulación de la institución de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa como un eventual mecanismo que cumpla con los parámetros de una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor, debemos concluir que la normativa no responde a tales parámetros.

La posibilidad de declaración de conclusión del concurso por insuficiencia de masa, si bien se vincula con una evaluación del patrimonio del deudor, solo toma en cuenta ciertos elementos de tal patrimonio, pero no atiende a los elementos ni considera los criterios que definimos constitutivos de una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor y que son reunidos bajo el concepto de viabilidad de la persona física. En efecto, al contemplar la norma como elemento esencial de la declaración la falta de masa activa para satisfacer a los acreedores en función del orden de prelación del artículo 176 bis.2, párrafo segundo, a través de un pago, entendemos que tal requisito se circunscribe solo a una insuficiencia de bienes en el patrimonio del deudor, sin que los derechos del deudor que pudieren comprender su masa activa de acuerdo al artículo 76.1, sirvan a esta especial liquidación contemplada en la norma del artículo 176 bis.2. Sumado a lo anterior, sabiendo que la definición de masa activa, de acuerdo al artículo 76.1, comprende los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegran al mismo o los que se adquiriera hasta la conclusión del concurso<sup>636</sup>, estimamos que el requisito de procedencia de la institución no responde a los parámetros de una real evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor, toda vez que no contempla la

---

<sup>636</sup> En la misma comprensión, LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2011) "La conclusión del concurso", en Beltrán, Emilio, García-Cruces, José Antonio y Prendes, Pedro (directores), *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia*, Navarra: Thomson Reuters Civitas, p. 667.

totalidad de la circunstancias actuales y futuras que, relativas al estado de endeudamiento, concurren en la persona del deudor y su familia, y que permitirían determinar su efectivo estado o nivel de endeudamiento y sus posibilidades de pago a los acreedores.

#### **5.4. Necesidad de consideración de la capacidad de pago en función del concepto de viabilidad de la persona física para una adecuada configuración del procedimiento concursal de la persona natural en la LC.**

Teniendo en cuenta lo que venimos expresando, concluimos por tanto la necesidad de que la LC contemple un efectivo criterio delimitador del ámbito de aplicación de la fases estructurales del procedimiento concursal de la persona física; criterio que, obedeciendo a la capacidad de pago del deudor, debiera ser configurado a partir de una evaluación del nivel de endeudamiento, y establecido como obligatorio para el juez al inicio del procedimiento concursal.

En este sentido, la necesidad de evaluación del nivel de endeudamiento es esencial para delimitar el ámbito de aplicación de los mecanismos que serán utilizados para otorgar solución al deudor en el procedimiento concursal, en especial si el ordenamiento contempla diversas fases cuyos objetivos concretos son, por un lado, fomentar o propiciar aunque sea en parte, el cumplimiento de la obligación a través del pago, y por otro, la liquidación y posterior descarga de la deuda. En efecto, si bien en algunos casos el nivel de endeudamiento y la capacidad de pago del deudor permitirán que se haga cargo de las deudas en el procedimiento concursal, en otros, un nivel de endeudamiento grave —pero en buena fe— solo podría solucionarse a través de la liquidación y correspondiente descarga de la deuda.

Entendemos que la conclusión anterior posibilita una mayor sistematización del procedimiento concursal de la persona natural al tiempo de otorgar certeza jurídica a los deudores, puesto que, en concordancia con ordenamientos comparados como el francés, con ello se satisface la necesidad de una obligada evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor con la finalidad de configurar y/o destinar un procedimiento que responda a sus necesidades reflejadas a través de los objetivos contenidos en el principio del fresh start. En específico, aplicar una herramienta o fase de acuerdo solo en aquellos casos en que el deudor cuente con posibilidades de hacer frente a sus obligaciones, dejándose la liquidación y el posterior *discharge* solo para aquellos deudores que no tengan posibilidad alguna de hacer frente



a sus obligaciones a través de cualquier etapa de acuerdo amigable; permitiría el logro del objetivo de la moderna regulación concursal de persona física, al tiempo que contribuiría al fomento y logro de los intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita, y posibilitaría la prevención de costos asociados a fases estructurales que ante la falta de recursos del deudor se tornan inoficiosos e ineficientes.

### **SECCIÓN 3ª. LA ASESORÍA DE DEUDA COMO HERRAMIENTA EFICIENTE PARA EL TRATAMIENTO Y PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA Y EL ABUSO.**

#### **1. La idea de un "real fresh start" para el deudor persona física.**

##### **1.1. Un real alivio como manifestación del objetivo de prevención de la insolvencia contenido en el principio del fresh start.**

Si bien la descarga o exoneración (*discharge*) de deudas es la forma común de materialización de la idea del fresh start en sentido amplio como finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física y objetivo del procedimiento concursal de la persona natural<sup>637</sup>, el problema del sobreendeudamiento y la insolvencia no culmina con la dictación de la resolución que declara concluido el procedimiento concursal o a través de la resolución que acuerda la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho en virtud de los artículos 178 bis LC.

Aunque el deudor haya logrado la exoneración de las deudas no cubiertas en el procedimiento concursal, ello no significa que estará blindado para toda la vida ante el fantasma de la crisis, especialmente considerando el contexto económico actual, en el que prima el emprendimiento a pequeña y mediana escala, y donde las fluctuaciones de la economía internacional pueden dar origen a circunstancias impredecibles que afectan al individuo y su familia, arrojándolos nuevamente a un sobreendeudamiento y posterior insolvencia.

En el contexto del concurso de la persona física, ¿solo debemos esperar que el procedimiento posibilite solucionar el problema económico financiero actual que aqueja al deudor, esto es, sacarlo de la crisis presente, o debemos también esperar que lo

---

<sup>637</sup> GROSS (1986) "Preserving...", cit., p. 60; LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 67; TABB (2001) "The death...", cit., p. 6; FLINT (1991) "Bankruptcy...", cit., p. 515; JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 231; JACKSON (1986). *The logic...*, cit., p. 225.

rescate de manera definitiva y permanente del problema del sobreendeudamiento y de la insolvencia futuros?.

Si bien se ha indicado<sup>638</sup> que la cuestión en torno la prevención de la insolvencia es un tema que ha de escapar a la regulación concursal propiamente tal, debiendo abordarse a través de la estructuración de mecanismos extra y preconcursales que apunten a la regulación del mercado del crédito responsable; considerando la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física contenida en el sentido amplio de la expresión *fresh start* —otorgar alivio al deudor—, teniendo en cuenta que el principio del *fresh start* contempla como objetivos tanto el tratamiento como la prevención de la insolvencia<sup>639</sup>, y apreciando las consecuencias negativas que en el contexto social deja la crisis económico-financiera de deudores y familias<sup>640</sup>, la respuesta es sencilla: al deudor persona física se le debe otorgar no solo un *fresh start*, sino que un real *fresh start* o alivio<sup>641</sup>.

En efecto, de acuerdo a lo que hemos planteado previamente<sup>642</sup>, la prevención de la insolvencia como objetivo del principio del *fresh start* surge de la necesidad de que el ordenamiento jurídico contemple mecanismos para dar solución a los problemas subyacentes de la crisis económico financiera del deudor persona física. La falta de desarrollo personal y familiar con origen en de la crisis económica exige que la regulación elabore y contemple mecanismos que impidan que los mismos deudores nuevamente caigan en situación de crisis, al tiempo que posibilite que deudores con mayor riesgo de crisis lleguen a un estado de insolvencia. Por otro lado, y de acuerdo a lo que se ha expresado<sup>643</sup>, la proyección de la protección de los consumidores sobre la constitución de relaciones patrimoniales incide en las circunstancias en que el consumidor ejerce su autonomía privada, y persigue la protección de la que suele ser la

---

<sup>638</sup> PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 23.

<sup>639</sup> En la misma línea, LICHTASH (2011) "Realigning...", cit., p. 171.

<sup>640</sup> Es mayoritaria la doctrina que destaca las consecuencias sociales que la insolvencia produce; ello debido a que la misma, cuando se trata de una persona natural, repercute de manera directa y negativa en las expectativas de desarrollo presente y futuro de una persona y de su entorno familiar cercano. Así, ZYWICKI (2000-2001) "Bankruptcy...", cit., p. 395; ÁLVAREZ (2008) "El concurso...", cit., p. 304; EFRAT (1998) "The moral...", cit., p. 141. WARREN (1997) "A principled...", cit., p. 492; JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1447; JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 240.

<sup>641</sup> Aunque si bien la GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL no se refiere expresamente al objetivo de prevención de la insolvencia, especialmente en torno al tratamiento del concurso de la persona física, sí alude en p. 14, como un objetivo fundamental de los regímenes de insolvencia, al carácter de eficientes que deberán tener las soluciones propuestas; dentro del cual podríamos encasillar la prevención de la reincidencia en la insolvencia, vinculado a la idea de un real alivio, como objetivo del procedimiento concursal de la persona natural.

<sup>642</sup> Apartado II.5., Sección 1ª, en relación con apartado 5.4., Sección 3ª, ambas de la Parte Primera.

<sup>643</sup> COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 430.

parte débil para evitar abusos de su contraparte, como controlar el exceso de consumo en general y, en el ámbito del crédito, tratar de evitar, con carácter preventivo, que el consumidor incurra en un excesivo endeudamiento que le sitúe en una situación de riesgo de un estado de insolvencia.

De lo anterior es que surge la pregunta: ¿cómo logramos prevenir la insolvencia futura del deudor persona física?<sup>644</sup>. Respondiendo a esta interrogante, ordenamientos preocupados por la prevención de la reincidencia en la insolvencia han implementado mecanismos que contribuyen a este objetivo; tal es el caso de la denominada asesoría de deuda del deudor persona física<sup>645</sup>.

## **1.2. La falta de consideración del objetivo de prevención de la insolvencia en la LC.**

Con todo lo que llevamos señalado, es fácil concluir que la normativa contenida en la LC, aunque entendemos no se corresponde con una regulación procedimental concursal de persona física propiamente tal y no responde a la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, de todas formas apunta al objetivo de tratamiento la insolvencia de los deudores. Ello es así desde que el conjunto de normas establecidas en la LC, considerando el principio de unidad que justifica una única regulación procedimental, y desde los argumentos contenidos en la Exposición de Motivos, configuran una serie de elementos estructurales que, aunque con objetivos particulares, apuntan en conjunto a la necesidad de tratar la situación de insolvencia de todo tipo de deudores. De acuerdo a ello, puede partirse de la premisa de que los elementos estructurales contenidos en la LC, aunque evaluados según las previsiones que a lo largo de este trabajo se plantean, significan una respuesta a la necesidad de que

---

<sup>644</sup> Aunque no es objeto de este trabajo, es cierto que en el campo de la prevención de la insolvencia deben contemplarse medidas pre o extra concursales que han de centrarse especialmente en la responsabilidad de los prestamistas o *lenders*, acreedores. Para una mayor comprensión, respecto de la necesidad de que en materia preconcursal existan políticas adecuadas para la prevención de la insolvencia vinculadas a la responsabilidad de los acreedores, PULGAR (2008) "Concurso...", cit., pp. 5 y 24; CUENA (2012) "Insolvencia...", cit., p. 3; CUENA (2014) "Préstamo...", cit., pp. 2 y sgtes., y como ejemplo de ello, GOLDEMBERG S., Juan Luis (2017) "El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIX, 2º semestre, pp. 55 - 98.

<sup>645</sup> BOUYON, Sylvain y MUSMECI, Roberto (2016) "Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y estabilidad financiera en la Unión Europea", en Cuena Casas, Matilde (directora), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, España: Editorial Thomson Reuters, p. 112, dan cuenta de manera sucinta de los ordenamientos europeos que contienen la herramienta de asesoría de deuda.

el ordenamiento jurídico contemple una herramienta orientada al tratamiento de la crisis económico-financiera del deudor persona física.

Sin perjuicio de lo anterior, la importancia de la prevención de la insolvencia contenida en el principio del fresh start nos obliga a preguntarnos si el ordenamiento español contempla normas que respondan a este objetivo. Una respuesta afirmativa nos permitirá llegar a la conclusión de que la legislación, sea a través de la normativa concursal o no concursal, es respetuoso del objetivo de prevención de la insolvencia contenido en el principio y, por tanto, congruente con la finalidad de la moderna regulación concursal de persona física. Lo contrario llevará a la comprensión de una falta de desarrollo legislativo en torno a la implementación de mecanismos o elementos del procedimiento concursal que tiendan al cumplimiento de los objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física y, por tanto, una contradicción terminológica de la pretendida regulación concursal para el deudor persona física.

Del análisis sistemático de la LC, no encontramos ninguna norma que responda al objetivo de prevención de la insolvencia. Como bien hemos mencionao, todas y cada una de las normas contenidas en la LC tienen como único objetivo el tratamiento de la situación de insolvencia de un deudor concursado. Para ello, el texto de la ley contempla una serie de elementos estructurales que configuran un hipotético procedimiento concursal orientado únicamente a la solución del problema de la insolvencia, y según lo que hemos planteado previamente, eminentemente desde la visión del deudor persona jurídica. En concordancia con lo anterior, dando cuenta solo del objetivo de tratamiento de la incapacidad general para pagar a los acreedores que tendría el procedimiento concursal, se ha señalado<sup>646</sup> que la situación fáctica que se trata, los fines que se persiguen, el carácter colectivo del procedimiento, con los efectos que comporta, y la dirección y control del mismo por los órganos concursales, comportan la imposibilidad de afirmar que el consumidor se halla en una posición de debilidad frente a sus acreedores de la que necesita ser protegido, o que padece el riesgo de incurrir en un excesivo consumo.

Desde estas consideraciones, es criticable que la normativa concursal nacional no contemple elementos o mecanismos encaminados al objetivo de prevenir la insolvencia futura de una especial categoría de deudores respecto de los cuales la crisis económico-financiera les repercute especiales problemas que no solo afectan la vida del

---

<sup>646</sup> COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 431.

deudor, sino también la de su entorno familiar cercano. Aunque la normativa concursal española plantee un procedimiento concursal cuyo objetivo es la solución del problema de la insolvencia, ello no implica, o bien, ello no puede considerarse como sinónimo de, la existencia de mecanismos o elementos que posibiliten una solución efectiva al problema subyacente a la crisis económico-financiera del deudor persona física.

De esta forma, si lo que se pretende es que realmente se logre la finalidad y objetivos contenidos en la moderna regulación concursal de la persona física, y que algunos podrían denominar como el logro del objetivo de que la situación del deudor no desemboque en una exclusión social<sup>647</sup>, no debe abordarse la regulación concursal desde el solo objetivo de tratamiento de la insolvencia, sino que con igual importancia, debe comprenderse, adoptarse y fomentarse la prevención de la insolvencia como un objetivo comprendido en el principio rector de la moderna regulación concursal de la persona física; sin el cual de manera alguna será posible un real alivio, o en palabras más usuales, una efectiva erradicación del riesgo de exclusión social del deudor persona física.

## **2. La asesoría de deudas como herramienta eficiente para la prevención de la insolvencia y la puerta giratoria del concurso.**

Teniendo en cuenta que nuestra LC no contempla una normativa que desarrolle mecanismos o elementos del procedimiento que tiendan al fomento o logro del objetivo de prevención de la insolvencia contenido en el principio del fresh start, y considerando que un real alivio para el deudor persona física es logrado solo si la regulación concursal contiene elementos que posibiliten no solo el tratamiento, sino que con igual grado de importancia, la prevención de la insolvencia futura, volvemos a preguntarnos ¿de qué manera es posible el logro del objetivo de prevención de la insolvencia a través de una regulación concursal?, o dicho en otros términos, ¿qué elementos del procedimiento concursal contribuyen al logro del objetivo de prevención de la insolvencia del deudor persona física?.

---

<sup>647</sup> COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 431.

## 2.1. Fundamentos y finalidad de la asesoría de deuda.

En términos breves, la idea teórica tras la asesoría de la deuda es que a través de la actividad de una persona o entidad asesora habilitados y capacitados, el deudor adquiere una serie de herramientas y habilidades que le permitirán prevenir una situación de insolvencia futura<sup>648</sup>. Desde esta perspectiva, la asesoría de deudas se presenta como una medida que a lo largo del procedimiento concursal otorgará al deudor una serie de herramientas que contribuirán a su efectiva resocialización a través de la disminución de las posibilidades de volver a caer en estado de insolvencia.

Tal consideración de la asesoría de deudas parte de la base de dos premisas: la primera, con origen en el modelo de cuatro pilares de asesoría de la deuda, reconoce que la deuda no es solo un problema financiero, sino que nace de y/o tiene efectos sociales<sup>649</sup>; la segunda, supone que existe diferentes tipos de deudores cuyas circunstancias particulares requieren un tratamiento diferenciado con miras al fantasma de una nueva insolvencia<sup>650</sup>.

En torno al modelo de cuatro pilares de la asesoría de deudas, la premisa ilustra que la deuda no es solo un problema financiero, lo que exige que la misma deba ser tratada en el contexto general de la persona endeudada, considerándose todas y cada una de las circunstancias que le rodean<sup>651</sup>. Se ha expresado<sup>652</sup> que, a menudo, muy pocas personas que buscan asesoría tienen solo un problema financiero, especialmente cuando

---

<sup>648</sup> KILBORN, Jason J. (2017) "Educación financiera obligatoria como requisito previo a la condonación de deudas en la insolvencia de las personas físicas: la experiencia en América del Norte", en Cuenca Casas, Matilde (directora), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, España: Editorial Thomson Reuters, pp. 911 y 921, parte de la base de una necesaria consideración de una educación del deudor con fundamento en la prevención de la reincidencia en la insolvencia. BOUYON y MUSMECI (2016) "Las dos dimensiones...", cit., p. 112, destacan el papel importante de la asesoría de deuda en términos de protección de los riesgos relacionados con el sobreendeudamiento. En el mismo sentido, STEPHAN (2013) "Die Neufassung...", pp. 10 y 11 y HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 139; SCHMERBACH, Ulrich (2013) "Überblick über die Änderungen in Insolvenzverfahren natürlicher Personen", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 6, p. 41.

<sup>649</sup> Así, ARBEITSGEMEINSCHAFT SCHULDNERBERATUNG DER VERBÄNDE - AG SBV (2018) *Konzept einer Sozialen Schuldnerberatung*. Disponible en: <https://www.agsbv.de/> [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2018], p. 5; SCHLABS, Susanne (2012) "Schuldner- und Verbraucherinsolvenzberatung: Effizienz und Effektivität durch sozialbezogene Komponenten", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 2, p. 54, da cuenta de la importancia de la asesoría de deudas como indicador de cambios sociales.

<sup>650</sup> STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 119; HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 139, señalan la importancia de prestar una especial atención a la hora de implementar una regulación de mecanismo de alivio de la deuda, de manera tal de evitarse el efecto de puerta giratoria para el deudor.

<sup>651</sup> En este contexto, SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 54, citando en nota al pie N° 2 a GROTH, Schuldnerberatung. Praktischer Leitfaden für die Sozialarbeit, 1990, y Groth/Schulz/Schulz-Rackoll, Handbuch Schuldnerberatung: Neue Praxis der Wirtschaftssozialarbeit, 1994.

<sup>652</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 54.

se trata de desempleo o separación como desencadenante de la situación de crisis; sino que por el contrario, en un afán por solucionar su problema de endeudamiento son afectados en otras áreas personales, familiares, sociales, donde la experiencia y patrones de acción aprendidos son tan influyentes que incluso con el alivio de la deuda, estas familiar no pueden pasar fácilmente a una agenda regulada.

Considerando en este punto importante la experiencia alemana de insolvencia, en la visión original de la InsO, la asesoría de la deuda nace como herramienta para fomentar el éxito de la primera etapa del procedimiento concursal, un intento obligatorio de acuerdo de liquidación extrajudicial<sup>653</sup>. Siendo su objetivo posibilitar la preparación de un plan de liquidación de deudas, con base en el cual los acreedores podrían negociar y buscar una solución mutuamente acordada<sup>654</sup>, la asesoría de deuda se implementa y presenta como un mecanismo de evaluación integral de la situación económica del deudor para afrontar su estado de insolvencia en el procedimiento concursal<sup>655</sup>.

En la actualidad, aunque tras la Reforma de la InsO de 2014, la asesoría de deudas se mantiene como una herramienta necesaria para fomentar los acuerdos de liquidación extrajudicial en base a un asesoramiento personal y un examen detallado de los ingresos y activos del deudor<sup>656</sup>, el legislador ha dado mayor relevancia a la institución, entendiéndola como un mecanismo efectivo de evaluación de la situación económica del deudor de manera de evitar la reincidencia en la insolvencia o la llamada puerta giratoria del procedimiento concursal<sup>657</sup>.

---

<sup>653</sup> De acuerdo a STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 117, hasta la entrada en vigencia de la InsO el año 1999, la asesoría de deudas se consideró como una oferta de ayuda a familias e individuos muy endeudados con el objetivo de eliminar o minimizar los problemas del sobreendeudamiento, donde el centro de atención era el deudor pero no la deuda. Era esta una visión que determinaba el objetivo de la asesoría en el tratamiento y remedio de las consecuencias del sobreendeudamiento, pero que no considera una función preventiva.

<sup>654</sup> De esta forma, WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 649.

<sup>655</sup> De acuerdo a STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 117, con la entrada en vigor de la InsO en el año 1999, se cambia el enfoque de apreciación de la asesoría de deuda puesto que la insolvencia es tratada ahora por procedimientos especiales.

<sup>656</sup> § 305 InsO. ZERHUSEN, Christoph (2017) "Die persönliche Beratung des Schuldners gem. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 331; STEPHAN (2013) "Die Neufassung...", cit., p. 9.

<sup>657</sup> LACKMANN, Frank (2018) "Die persönliche Beratung des Schuldners nach § 305 Absatz 1 Nummer 1 InsO: Face to Face, per Telefon oder gar per Skype?", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 1, p. 1; HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., pp. 248 y 249. STEPHAN (2013) "Die Neufassung...", cit., p. 10. SCHMERBACH (2013) "Überblick...", cit., p. 41, señala que la pretensión de la legislación consistía en asegurar un acompañamiento integral del deudor a lo largo de todo el procedimiento de manera de evitar el efecto de puerta giratoria. Exposición de motivos del PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA INSO DE 2012, BT-DRUCKS. 17/11268, N° 35.

Así las cosas, desde el planteamiento teórico, la asesoría de deudas se define como una herramienta cuya finalidad es: por un lado el fomento de las soluciones amigables del procedimiento concursal, y por otro, la prevención de la insolvencia de los deudores personas físicas.

## **2.2. El diverso riesgo de insolvencia en los deudores personas físicas.**

Teniendo en cuenta que las justificaciones de la asesoría de deuda vinculadas al objetivo de prevención de la insolvencia se relacionan con el reconocimiento de que la deuda no es solo un problema financiero, sino que nace de y/o tiene efectos sociales<sup>658</sup>, la segunda justificación la encontramos en la constatación de la existencia de diferentes tipos de deudores cuyas circunstancias particulares requieren un tratamiento diferenciado<sup>659</sup>. Así, considerando que el monumento al deudor honesto que realiza el ordenamiento para otorgar el alivio brinda pocas medidas útiles para la reintegración del deudor a la sociedad, se ha expresado<sup>660</sup> que deben considerarse las diferencias biográficas de los consumidores que requieren asistencia diferente, de modo que el procedimiento de alivio no sea un fin en sí mismo

En efecto, recordando la clasificación que la doctrina alemana hace en torno a los diferentes tipos de deudores a la que ya hemos hecho referencia<sup>661</sup>, en lo pertinente para este punto es preciso señalar que tal clasificación es aplicable para determinar el grado de necesidad de asesoría de un deudor en función de las circunstancias propias que rodean su situación y las posibilidades que tiene de volver a endeudarse de manera excesiva y, como consecuencia, caer en un nuevo estado de insolvencia. Así las cosas, tal clasificación da a conocer tres tipos de deudores que, de acuerdo a sus circunstancias particulares, presentarían de menor a mayor riesgo de volver a caer en situación de insolvencia, y respecto de los cuales —por tanto— se requerirá un nivel de injerencia inversamente proporcional de la asesoría de deudas.

El primer grupo, de aproximadamente 50% de todos los deudores afectados, se compone por deudores insolventes debido a riesgos de la sociedad, presentándose la insolvencia como un accidente o evento de la vida cotidiana. Estos deudores tienen la posibilidad más alta de no volver a endeudarse de manera excesiva tras la liberación de la deuda, por lo que solo sería necesario un nuevo comienzo y una asesoría de la deuda

---

<sup>658</sup> AG SBV (2018) *Konzept einer...*, cit., p. 5; SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 54.

<sup>659</sup> En este contexto, HERGENRÖEDER Y HOMMAN (2013) "Die Reform...Plädoyer...", cit., p. 139.

<sup>660</sup> STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 119.

<sup>661</sup> Ver apartado II.4.1., Sección 2ª, Parte Segunda.



legal al inicio del procedimiento concursal; no requiriendo, por lo general, de asistencia adicional.

El segundo grupo de deudores, aproximadamente un 42%, presenta problemas familiares sumados a riesgos de la vida moderna. Además de un comportamiento financiero ingenuo, presentan una pérdida de la visión de la propia situación financiera. Existe un riesgo mayor de que vuelvan a sobreendeudarse, por lo que se requiere ayuda que no solo les posibilite un retorno a la vida económica, sino que vele porque este retorno sea duradero y provechoso para el deudor, de manera tal de posibilitarle prevenir crisis financiera futura.

El tercer grupo de deudores, aproximadamente un 8%, no es víctima de los riesgos de la modernidad, sino que son deudores cuya pérdida de visión de la propia situación financiera ha desembocado en una crisis de sobreendeudamiento. Tales deudores tienen los porcentajes más elevados de un nuevo endeudamiento incluso durante el periodo de buena conducta. Tienen graves problemas para integrarse en el mercado laboral con oportunidades de mejores ingresos. En tales casos, el peligro de la puerta giratoria y consecuente vuelta a la crisis financiera es mayor, por lo que se requiere, además de un *discharge*, un adecuado mecanismo que prepare el camino al procedimiento de manera íntegra, más allá del mero consejo legal, y que además debe mantenerse durante todo el procedimiento concursal, incluso con posterioridad al mismo en ciertos casos, con el objeto de minimizar el efecto de puerta giratoria en perjuicio del deudor<sup>662</sup>.

Tanto el segundo como el tercer bloque de deudores se comprenden en la definición de deudores vulnerables, toda vez que lo son atendido especialmente a las deficiencias de información y conocimiento que padecen, lidian con miedos como las ejecuciones hipotecarias, y porque enfrentan problemas personales y barreras socio culturales que limitan severamente su potencial de autoayuda<sup>663</sup>.

Así las cosas, en ciertos casos, atendido la situación particular de cierto tipo de deudores vulnerables, la sola aplicación de la descarga de deudas no les permitirá volver a reintegrarse en la vida económica de manera satisfactoria debido a la magnitud (o

---

<sup>662</sup> La clasificación anterior es también considerada en los trabajos de LECHNER (2010) *Eine zweite...*, cit., pp. 67 y sgtes.; HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 130; STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 118. De manera sucinta, STEPHAN (2011) "Die Reform des...", cit., p. 26.

<sup>663</sup> ZERHUSEN (2017) "Die persönliche...", cit., p. 332, da cuenta de los deudores vulnerables, que son aquellos a los que les resulta difícil hacer frente a los desafíos de la vida cotidiana y la economía. Están en peligro de ser excluidos de la vida social y económica, ya sea por sobreendeudamiento, enfermedad o falta de oportunidades de comunicación.

gravedad) de la crisis económico-financiera sufrida, a lo que se suma la existencia de falencias graves de capacidades, habilidades, medios o condiciones que en el terreno físico, psíquico, social, cultural, familiar, laboral, entre otros, le imponen barreras y degeneran en comportamientos adquiridos que le impiden una reintegración efectiva en la sociedad y economía, al tiempo que les incentivan a un nuevo endeudamiento excesivo<sup>664</sup>.

En muchos casos, además de los problemas económicos, tales deudores también están en una crisis psicosocial, lo cual puede tener origen en una angustia económica, así como en problemas psicológicos o sociales y de interacción<sup>665</sup>. En tales circunstancias, considerando el objetivo de prevención de la insolvencia contenido en el principio del *fresh start*, el legislador debe crear las condiciones para que un proceso de alivio de la deuda sea permanentemente exitoso y adecuado para todos los tipos de deudores<sup>666</sup>, de manera tal de evitar la reincidencia en la insolvencia, o como algunos autores lo manifiestan, la puerta giratoria de los deudores<sup>667</sup>. Así las cosas, mientras la asesoría de deudas busca evitar la reincidencia de los deudores en la insolvencia, ello responde al objetivo de prevención de la insolvencia con mira a que los deudores personas físicas no solo obtengan alivio, sino que uno real o efectivo.

Sobre esta base, entendemos que la asesoría de deudas se constituye en un mecanismo esencial en el procedimiento concursal para propiciar una efectiva resocialización al deudor que lo requiere<sup>668</sup>, y por tanto, un real *fresh start* en los casos en que el solo *discharge* no es suficiente como mecanismo en sí mismo para otorgar un alivio real y efectivo al deudor<sup>669</sup>. En este contexto, la tarea de la asesoría de deuda es responder a las consecuencias de los cambios sociales<sup>670</sup>.

---

<sup>664</sup> De acuerdo a lo indicado por STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 118 y 119, en algunos casos el mecanismo de alivio de la deuda no es suficiente para otorgar alivio real al deudor.

<sup>665</sup> ZERHUSEN (2017) "Die persönliche...", cit., p. 332.

<sup>666</sup> HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 130.

<sup>667</sup> HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 248 y 249; STEPHAN (2013) "Die Neufassung...", cit., p. 10; SCHMERBACH (2013) "Überblick...", cit., p. 41.

<sup>668</sup> STEPHAN (2013) "Die Neufassung...", cit., p. 10 y 11. De acuerdo a LACKMANN (2018) "Die persönliche...", cit., p. 1, la visión del legislador alemán a la hora de reformar la InsO en el año 2014 es que la finalización exitosa de los procedimientos, hasta el alivio de la deuda residual, solo puede lograrse mediante un asesoramiento integral.

<sup>669</sup> HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform...Plädoyer...", cit., p. 139, expresan que, además de la descarga de deudas, es un interés de aquellos que se encuentran en dificultades financieras evitar caer en la trampa de nuevas deudas en el futuro.

<sup>670</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 54.

### 2.3. La asesoría de deuda como herramienta preventivo educativa continua de la insolvencia.

Se ha manifestado<sup>671</sup> la necesidad de que el deudor obtenga educación financiera durante el transcurso del procedimiento concursal. En contraposición a tal idea, se ha señalado<sup>672</sup> que la regulación de una asesoría del deudor no repercute de manera positiva al interés de ciertos deudores de sobreponerse de manera efectiva y definitiva a la situación de insolvencia a través de los mecanismos que el procedimiento concursal ofrece, dentro de los cuales se encuentra la descarga de la deuda. Ello sucedería, a modo de ejemplo, en modelos comparados como el canadiense y estadounidense de asesoría financiera de la persona natural, en los cuales un asesor realiza una evaluación de las circunstancias financieras de la persona deudora y recomienda la adopción de determinada conducta o alternativas desde el punto de vista económico para preparar al deudor para la vida futura posterior a la insolvencia. Es en este contexto que se critica que el modelo de asesoría financiera del deudor persona natural es ineficiente para asegurar que los deudores tomen decisiones prudentes de financiación.

Sin perjuicio de lo anterior, considerando que la institución se configura como una herramienta que tiende al logro de la prevención de la insolvencia contenido en el principio del fresh start, la asesoría de deuda tiene como objetivo un cambio de comportamiento<sup>673</sup> financiero del deudor, con la finalidad de que pueda afrontar la situación de insolvencia actual y evitar una futura<sup>674</sup>.

Para el cumplimiento de tal objetivo, la asesoría de deuda debe ser caracterizada como un mecanismo de prevención integral y socio educativo de la situación económica financiera desfavorable del deudor<sup>675</sup>, entre cuyos principios destacan, entre otros, el de experiencia de los asesores, enfoque holístico y de orientación a los usuarios<sup>676</sup>.

---

<sup>671</sup> CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 116.

<sup>672</sup> KILBORN (2017) "Educación financiera...", cit., p. 911 y 921

<sup>673</sup> De acuerdo a SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 51, desde un enfoque socio pedagógico, la característica principal de la asesoría de deudas es propiciar un cambio de comportamiento del deudor persona natural.

<sup>674</sup> AG SBV (2018) *Konzept einer...*, p. 5 y 6, expresa que a nivel de beneficio individual, la asesoría de la deuda a menudo permite a las personas superar situaciones de sobreendeudamiento. El objetivo del asesoramiento sobre deuda social es ayudar a las personas que están sobreendeudadas a sobrellevar sus problemas sociales y financieros, y darles nuevas perspectivas de vida.

<sup>675</sup> LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 318, aunque no menciona expresamente las características de la asesoría de deudas, indica que la misma debe ser una que contemple un asesoramiento tanto socioeducativo, como económico-legal. De lo señalado por BEICHT, Gottfried (2012) "Geeignete Stelle – Gewerbe oder Freier Beruf?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 222, la asesoría de deudas requiere de un enfoque de trabajo integral, tal como, señala el autor, se practicaba en el asesoramiento social sobre deuda desde fines de los años 70; puesto que siendo un campo del trabajo social, la asesoría de deuda es prácticamente

Para una prevención de situaciones de insolvencia futura, y por tanto para el logro de una efectiva resocialización o un real alivio a través del cambio de comportamiento financiero<sup>677</sup>, la asesoría de deuda integral y socio educativa no solo se conforma con otorgar asesoría o educación financiera al deudor, sino que además lo informa y educa a lo largo de todo el procedimiento concursal<sup>678</sup>, entregándole conocimientos, habilidades y destrezas necesarias y adecuadas a su situación biográfica particular<sup>679</sup>, esto es, en función de las circunstancias y necesidades socioculturales particulares del deudor y su entorno familiar<sup>680</sup>, con la finalidad de que obtenga nuevamente una autonomía que le permita afrontar el futuro de manera independiente<sup>681</sup>.

Entendido como un servicio de asesoramiento desde el trabajo social, que ayuda a los deudores sobreendeudados a lograr la reestructuración económica y la estabilidad psicosocial<sup>682</sup>, en su mayoría a largo plazo; apreciada tal actividad desde un enfoque que la inserta en el procedimiento concursal, conlleva el reestablecimiento de la capacidad económica y personal del deudor para desenvolverse, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares relacionadas con la crisis<sup>683</sup>.

A través del mecanismo se espera que el individuo desarrolle una conducta que se considera ajustada a derecho, acorde con lo esperado, o justa en la sociedad, de

---

indistinguible del asesoramiento integral sobre deudas. De lo expresado por SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 51, entendemos que la autora estima que la asesoría de deudas contiene una dimensión social.

<sup>676</sup> AG SBV (2018) *Konzept einer...*, cit., p. 10, describe los principios rectores de la asesoría de la deuda.

<sup>677</sup> LISSNER, Stefan (2012) "Die Reform des Verbraucherinsolvenzrechts – Zuständigkeit des Rechtspflegers unabdingbar", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 96, aunque en referencia al periodo de buena conducta, entiende que la idea de un *fresh start* es difícil de implementar a menos que el deudor cambie su estilo de vida.

<sup>678</sup> LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 318.

<sup>679</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 54 y 55, establece la importancia de considerar en el asesoramiento de deudas la dimensión biográfica del deudor; expresando que ello es así puesto que lo contrario, esto es, una asesoría que se oriente de forma exclusiva a las premisas económicas, no necesariamente abre nuevas perspectivas de vida para el deudor, y en consecuencia, no causa un cambio duradero en su comportamiento.

<sup>680</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 52, expresa que todas las circunstancias del deudor son necesarias, sea que el deudor las proporcione, sea que la persona o entidad habilitada, que en p. 51 señala deben tener una cualificación personal, las reconozca en ejercicio de su tarea.

<sup>681</sup> AG SBV (2018) *Konzept einer...*, cit., p. 6, expresa que el consejo sirve para asegurar la existencia económica de los deudores y sus familiares. A través del asesoramiento y la transferencia de competencias, los solicitantes de asesoramiento son apoyados y capacitados para manejar sus situaciones de vida de forma independiente. El objetivo es que obtengan nuevamente la autonomía de acción en sus circunstancias económicas. Al mismo tiempo, las medidas previas a la intervención evitarán un nuevo endeudamiento excesivo. El asesoramiento sobre la deuda social en muchos casos evita directamente la pobreza.

<sup>682</sup> AG SBV (2018) *Konzept einer...*, cit., p. 8.

<sup>683</sup> ZERHUSEN (2017) "Die persönliche...", cit., p. 332.

manera voluntaria, sin que sea necesario, en principio, acudir a la coacción<sup>684</sup>. A través de la asesoría integral y social de la deuda, se posibilita por tanto una voluntaria y autónoma actividad del individuo, de realización o modificación de una conducta determinada esperada, tanto en relación a la insolvencia, como —de manera más importante— en torno a la asunción y gestión de la deuda, lograda a partir de una herramienta metodológica basadas en la guía, enseñanza y motivación del deudor<sup>685</sup>. Así las cosas, bajo el entendido que la asesoría integral y socio educativa previene situaciones de insolvencia futuras en base a una educación eficiente a través de una instruida, motivada, voluntaria y autónoma conducta o modificación de conducta del deudor en torno a la asunción y gestión de la deuda, fomentando por tanto una conducta diligente a la hora de endeudarse y gestionar la deuda, creemos que al mismo tiempo el mecanismo se constituye, de manera eficiente, en una herramienta complementaria para prevenir el abuso de los deudores personas naturales. En este contexto, aunque en referencia a los motivos de denegación en el ordenamiento alemán, se ha señalado<sup>686</sup> que el paso desde un comportamiento abusivo hacia uno sensato que no dañe a los acreedores es un requisito previo para el alivio de la deuda sostenible, donde el alivio de la deuda solo es posible en tales casos si aquel comportamiento se ha detenido.

---

<sup>684</sup> MONTORO, Alberto (1992) "El derecho como sistema normativo: notas sobre la naturaleza perceptiva y su función educadora", en AA.VV., *Funciones y fines del derecho. Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista*, Murcia: Universidad de Murcia, p. 197, refiriéndose al carácter educativo que el derecho debe impulsar y desarrollar.

<sup>685</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 55, resalta que a través del asesoramiento, se debe ayudar a los solicitantes a ser más autónomos e independientes y, a través de enfoques metodológicos apropiados, otorgar la posibilidad de desarrollar nuevos patrones de acción de manera tal de apoyarlos sostenible y efectivamente.

<sup>686</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 126

### **3. La asesoría de deudas como herramienta eficiente para el fomento de las soluciones amigables en el concurso de la persona física.**

#### **3.1. La cuestión del fomento de las soluciones amigables en el procedimiento concursal de la persona física.**

##### ***3.1.1. El fomento de las soluciones amigables a la insolvencia a través de la asesoría de deudas.***

Atendido el reconocimiento de que en el procedimiento de insolvencia existen diversos niveles de endeudamiento que pueden afectar a un deudor persona natural, podemos comprender que un AEP o una propuesta anticipada de convenio solo debieran ser aplicables en los casos en que la situación patrimonial del deudor permita una propuesta adecuada y un cumplimiento del acuerdo de manera satisfactoria<sup>687</sup>. Bajo tal consideración, surge como elemento trascendental en el procedimiento de insolvencia del consumidor alemán la institución de la asesoría de deuda (*persönliche schuldenberatung*), la cual, en estrecha relación con el acuerdo de liquidación extrajudicial, debe responder a esta tarea<sup>688</sup> de manera adecuada y eficiente.

En concordancia con lo planteado en el capítulo relativo a la capacidad de pago del deudor como criterio delimitador del ámbito de aplicación de los elementos estructurales de un procedimiento concursal de persona física, la idea detrás del objetivo de fomento de las soluciones amigables del concurso a través de la asesoría de deudas es que no debe ser aplicable un elemento estructural del procedimiento concursal como es el acuerdo extrajudicial, una propuesta anticipada de convenio, o incluso una fase de convenio, cuando los mismos sean ineficientes o inútiles.

---

<sup>687</sup> LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 318, se preguntan si sería conveniente considerar en la reforma de la InsO que se preveía en el año 2004, la posibilidad de que el acuerdo extrajudicial se mantenga o no como obligatorio a pesar de la falta de perspectivas de éxito. JÄGER, Ulrich (2007) "Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittelloser Personen – mehr als nur ein Silberstreif am Horizont", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 10, p. 508, expresa que no es menor la carga para deudor y acreedores que se genera ante la inminencia de un procedimiento que no tiene sentido, señalando que mantener una sección de procedimientos solo por cuestiones de forma parece ser irracional. En esta línea, PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 152. Por su parte, WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 652, instaba porque se efectuara una revisión fundamental del procedimiento de manera tal de ofrecer uno menos complicado para los casos sin masa, puesto que en los mismos no se persigue ningún objetivo de la § 1, frase 1 de la InsO, esto es, la satisfacción de los acreedores.

<sup>688</sup> HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 133, expresan que siendo fundamental para el logro de un acuerdo extrajudicial o judicial prometedor el conocimiento de la situación económica del deudor, esta labor se ha centrado en el asesoramiento de la deuda. LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 319.

Considerando lo anterior, desde el punto de vista del contenido del principio del fresh start, la idea responde al objetivo de tratamiento de la insolvencia. En efecto, mientras la asesoría de deudas posibilita que las soluciones amigables a la insolvencia sean contempladas solo en aquellos casos en que las mismas sean eficientes, ello se enmarca dentro del objetivo de tratamiento de la insolvencia con miras al logro de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física y del objetivo del procedimiento concursal, otorgar un alivio al deudor.

### ***3.1.2. El fomento del acuerdo extrajudicial de pagos en la LC.***

Aunque ya hemos criticado que la regulación concursal relativa a la persona física en la LC no se constituye propiamente en una regulación que establezca un procedimiento concursal propiamente tal que responda a la finalidad y objetivo de la moderna regulación concursal de persona física, lo cierto es que la LC fomenta las soluciones amigables en el procedimiento.

Este fomento, aunque obedece a una justificación y finalidad que, como hemos dado cuenta, escapa a la justificación y finalidad de la regulación concursal de la persona física, se concretiza, entre otras formas como es el caso de la propuesta anticipada de convenio, a través del fomento del acuerdo extrajudicial de pagos. En efecto, con pretensión de establecer una regulación que propicie la finalidad de fomento al emprendimiento<sup>689</sup> entre las personas físicas comerciantes a través de su introducción por la LAE, y extendiéndolo posteriormente a todos los deudores personas físicas a través de la convalidación del LSO, el legislador concursal español comprende que el fomento del acuerdo extrajudicial repercute de manera positiva en el logro del objetivo de fomento del emprendimiento y la protección del mercado del crédito<sup>690</sup>. Así las cosas, el legislador promueve la solución amigable a la insolvencia a través del fomento del acuerdo extrajudicial de pagos entre los deudores personas física con una finalidad económica.

Independientemente de que la finalidad económica del fomento de las soluciones amigables a la insolvencia para personas físicas es criticable desde el punto de vista del cumplimiento de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física y desde el cumplimiento de los objetivos del principio del fresh start, podríamos estimar que se constituye en una normativa que propende a la solución amigable al problema de

---

<sup>689</sup> Así, PRATS ALBENTOSA (2016) "El acuerdo...", cit., pp. 23 y 24.

<sup>690</sup> Apartado 2.2.1., Sección 1ª, Parte Segunda.

la insolvencia del deudor persona física<sup>691</sup>, y desde este punto de vista, se constituye en una regulación que tiende, en principio, al logro del objetivo de tratamiento de la insolvencia contenido en el principio del fresh start.

Partiendo de esta premisa hipotética debemos preguntarnos, ¿cómo fomenta el uso del acuerdo extrajudicial de pagos para las personas físicas la LC?. Respondiendo a ello, podremos valorar si la hipotética tendencia al logro del objetivo de tratamiento de la insolvencia de la persona física de esta forma de fomento es efectiva.

Además de regular el AEP, la LC contempla una serie de normas que tienen como objetivo su fomento. Tal es el caso de la normas del artículo 231, la cual posibilita que el deudor persona física pueda solicitar libremente la apertura de, lo que podríamos denominar, atendido a su contenido y el momento en el cual puede producirse, se constituye propiamente en una fase preconcursal extrajudicial. En tal sentido, la normativa posibilita que una solución amigable sea lograda a través de una herramienta previa al procedimiento concursal y de manera extrajudicial. Por otro lado, aunque a través del artículo 236 la legislación no extrae de la persona del deudor la carga de tener que elaborar una propuesta de acuerdo para ser presentada a los acreedores, a través de la figura del mediador concursal, este deberá ayudar al deudor en la elaboración<sup>692</sup> de la propuesta a efectos de su posterior votación y eventual aprobación. De igual forma, la norma del artículo 242.1º, permite que en caso de que la fase de acuerdo extrajudicial sea solicitada por un deudor persona física, pueda realizarlo ante notario, con lo cual se simplifica el trámite ante un organismo asequible para todo deudor persona natural.

La norma del artículo 231 podría parecer contradictoria con la intención del legislador de fomentar la utilización del acuerdo extrajudicial de pagos por los deudores personas físicas, toda vez que limita la solicitud a deudores cuyo pasivo estimado no sea superior a cinco millones de euros. En este sentido, aunque si bien es cierto que pudiere ser probable que existan deudores personas físicas con un pasivo superior al límite indicado por la norma, la probabilidad de que una persona física de a pie o no comerciante ostente tal cantidad de pasivo es casi nula; con lo cual podemos inferir que el legislador, a pesar de establecer este límite para acceder al acuerdo extrajudicial de

---

<sup>691</sup> Motivación de la Instrucción de 5 de febrero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a la designación de Mediador Concursal y a la comunicación de datos del deudor para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos y su publicación inicial en el Portal Concursal, párrafo primero.

<sup>692</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 61 y 100; AZNAR GINER, Eduardo (2014) *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 331.



pagos, atiende a la necesidad del especial deudor persona física no comerciante. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, debemos criticar que la norma comprenda un límite técnico y automático de acceso al acuerdo extrajudicial de pagos para deudores personas físicas que, aunque quizás comerciantes, las consecuencias de la crisis económico-financiera les afecta en igual o mayor medida a sus posibilidades de desarrollo personal y familiar. En tal sentido, si desde el punto de vista de la justificación y finalidad tenida en cuenta por el legislador al tiempo de introducir los acuerdos extrajudiciales de pago pretendía el fomento al emprendimiento de todos los deudores personas físicas, ello no se cumple a través de este límite automático. Por otro lado, si desde el punto de vista de la justificación y finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física el fomento del AEP significa contemplar herramientas destinadas al logro del objetivo de tratar la insolvencia con miras al alivio del deudor, comprendemos esta regulación contradictoria con tales finalidad y objetivos.

Además de esta regulación, encontramos en la LC una norma que, aunque apartada, tiene como objetivo el fomento o incentivo del logro de los acuerdos extrajudiciales de pago. Es la norma del artículo 178 bis.3.3°, la cual, para lo que nos interesa en este punto, en lo pertinente expresa que solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe, entendiéndose que concurre buena fe en el deudor siempre que, reunidos los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

A través de esta norma, el legislador pretende fomentar el logro de un AEP, estableciendo una forma de incentivo para que el deudor persona física al menos lo intente, so pena de declararse inadmisibles una eventual solicitud posterior de exoneración de la deuda residual. El incentivo para la fase preconcursal de acuerdo extrajudicial de pagos pasa porque una falta de solicitud del acuerdo tiene como consecuencia el rechazo de una futura solicitud de alivio de la deuda por el deudor persona física.

Así las cosas, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante<sup>693</sup>, es criticable que el legislador pretenda que el deudor siempre y en todo caso deba instar o intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, toda vez que considerando los particulares niveles de endeudamiento de los diferentes tipos de deudores, en una gran cantidad de casos el

---

<sup>693</sup> En torno a un tratamiento acabado de este tema, apartado I.3., Sección 2ª, Parte Cuarta.

mismo será inoficioso o inútil desde el punto de vista de los objetivos alternos-consecuentes del procedimiento concursal de la persona física. Que el legislador pretenda que el deudor, al menos, intente un acuerdo extrajudicial de pagos, significa una pérdida de tiempo y recursos, no solo para del deudor, sino también para la administración y acreedores, en aquellos casos en que el intento podría ser inoficioso o inútil. En este contexto, como la LC no contempla un mecanismo que se constituya en un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal de la persona física en base a una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor, de manera tal de determinar la eficiencia o ineficiencia, utilidad o inutilidad, del intento de acuerdo extrajudicial, es fácilmente probable que en muchos casos se obligue a los deudores y a las partes a asumir costos excesivos en circunstancias en que el intento no tendría utilidad. Y estas mismas consideraciones pueden ser efectuadas para el caso de una propuesta anticipada de convenio.

### **3.2. La evaluación integral de la situación del deudor como elemento esencial de la asesoría de deudas.**

Para el logro del objetivo de fomento de las soluciones amigables, se ha indicado que en casos en que no existan recursos por parte del deudor, a los acreedores no se les puede ofrecer un acuerdo tentador con perspectivas de aprobación, siendo por tanto fundamental, para un acuerdo extrajudicial o judicial prometedor, el procesamiento de la situación económica del deudor<sup>694</sup>. En concordancia con lo que hemos planteado previamente, lo anterior significaría la necesidad de una evaluación adecuada del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor, tanto actual como también futura, de manera tal de garantizarse solo ofertas previsible o posiblemente aceptables de satisfacción de los acreedores en una fase amigable.

Considerando lo anterior es que surge la cuestión de ¿cómo lograr una adecuada estimación de la situación económica del deudor al inicio del procedimiento concursal,

---

<sup>694</sup> En este sentido, HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 133, expresan que la falta de recursos distribuibles probablemente desempeña un papel decisivo para el deudor, y que en los casos en que no exista, a los acreedores no se les puede realizar una oferta con perspectivas de aprobación. LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 319, abogando porque sea posible el reemplazo de la voluntad de los acreedores en el acuerdo extrajudicial, cuidan que ello sea solo posible cuando existan perspectivas de éxito del acuerdo.

previo a la presentación de una oferta de acuerdo extrajudicial, o bien a la presentación de una propuesta anticipada de convenio?<sup>695</sup>.

### ***3.2.1. La aparente relevancia de la evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor persona física en torno al concurso consecutivo.***

La norma del artículo 242 expresa que tendrá carácter de concurso consecutivo el concurso instado por el mediador concursal, deudor o acreedores, por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial, por incumplimiento o como consecuencia de anulación del acuerdo extrajudicial<sup>696</sup>.

Aunque para la propuesta de un acuerdo extrajudicial la norma del artículo 236.2 obliga al mediador concursal a presentar un plan de viabilidad y una propuesta de cumplimiento regular de nuevas obligaciones, lo que permite estimar que tal norma podría eventualmente contemplar la exigencia al mediador concursal de una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor en función de nuestra concepción de la viabilidad del deudor persona física; apreciamos que el artículo 242 no alude a una causal de concurso consecutivo vinculada a la falta de recursos o falta de viabilidad de la persona física, que pudiere determinarse a raíz de una eventual evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor. Cabe recordar que, encontrándonos en fase preconcursal de AEP, no cabe hablar de conclusión del concurso por insuficiencia de masa —cuestión a la que ya nos hemos referido

---

<sup>695</sup> De acuerdo a lo expresado por OHLE, Carsten, SCHATZ, Jochen y JÄGER, Ulrich (2006) "Zur Reform des Verbraucherinsolvenzverfahrens – ein schlechtes Entschuldungsmodell und eine gute Alternative", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 11, p. 484, se desprende que nadie podría prever o asegurar a priori el cambio de las circunstancias financieras de una persona en el futuro, y que la incapacidad de pago siempre es solo momentánea pues la experiencia práctica demostraría que en un número importante de casos el deudor insolvente puede generar activos susceptibles de ser embargados durante el periodo de buena conducta, con lo cual sería errónea la opinión de que se podría evaluar el desarrollo económico de un deudor al presentar la solicitud de concurso. En contra, dando cuenta que en la mayoría de los casos en que el deudor no tiene recursos, tal situación permanece en el tiempo durante todo el periodo de buena conducta: WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 652; RECK, Thomas (2017) "Treuhänderlose Wohlverhaltensperiode?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, p. 297; PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 154; LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96; LECHNER (2010) *Eine zweite...*, cit., pp. 63, 64 y 69; RITTER, Matthias (2013) "Die neue 25 % Quote zur Verkürzung der Restschuldbefreiungsphase - geht die Reform ins Leere?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 135; BECK, Frank (2012) "Der Referentenentwurf zur Reform des Insolvenzrechts vom 18.1.2012 aus Schuldnerperspektive", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 224 y 225.

<sup>696</sup> Para un tratamiento del concurso consecutivo, FERNÁNDEZ SEIJO, José María (2016) "El concurso consecutivo", en Prats Albentosa, Lorenzo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, pp. 163 a 223 y FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 153 a 204.

previamente<sup>697</sup>—, puesto que a esta altura el procedimiento concursal propiamente tal no ha iniciado.

Aunque podría interpretarse que una falta de recursos o una falta de viabilidad de la persona física se constituye propiamente en una imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, podemos comprender que la norma se refiere al caso de que no sea posible alcanzar un acuerdo porque no se logró la mayoría de los votos requeridos para su aprobación u otras causas procedentes una vez se hubiese presentado una propuesta de acuerdo extrajudicial<sup>698</sup>; sin que se relacione con una causal que, por interpretación, pudiere referirse a la falta de recursos del deudor, y que pudiere surgir cuando el mediador concursal realizara una evaluación previa del nivel de endeudamiento para luego de ello presentar una propuesta de plan de pagos. Lo anterior es reafirmado por el artículo 238.3, que establece que si la propuesta no fuere aceptada y el deudor sigue en insolvencia, el mediador concursal solicitará al juez competente la declaración del concurso que el juez acordará también de forma inmediata. De esta manera, se aprecia que el mediador concursal solo está facultado para solicitar al juez la declaración del concurso consecutivo una vez hubiere fracasado el acuerdo por falta de votos<sup>699</sup>. En esta interpretación, no hay opción, por tanto, para una eventual evaluación inicial de la viabilidad de la persona física que pudiere derivar en una causal de concurso consecutivo.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha entendido<sup>700</sup> que aunque la norma no lo señala de manera expresa, debe comprenderse que el mediador concursal tiene facultad para solicitar el concurso consecutivo desde que es nombrado; perspectiva desde la cual cabría la posibilidad de que tras la ponderación del patrimonio del deudor, no se vislumbre la posibilidad de ofrecer un plan de pagos y de viabilidad. Por otro lado, en el informe de Unificación de Criterios Interpretativos en torno a la exoneración del pasivo insatisfecho de 2016<sup>701</sup> se manifiesta que "También se podrá considerar que se ha intentado un AEP en los casos en que el mediador concursal decida, a la vista de las

---

<sup>697</sup> Apartado II.5.3., Sección 2ª, Parte Segunda.

<sup>698</sup> Ello se deriva de las causales a las cuales se refiere SENÉS, Carmen (2015) "El concurso consecutivo", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 2200 y sgtes.

<sup>699</sup> Aunque no hubo acuerdo en torno a la consulta de si el mediador concursal es legitimado para solicitar un concurso necesario, una de las tres posturas de las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 5, constata nuestra interpretación.

<sup>700</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2016) "El concurso...", cit., p. 170; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 156 y 157.

<sup>701</sup> UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 2.

circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar concurso", llamándonos la atención la expresión "a la vista de las circunstancias del caso". ¿Podría significar lo anterior la comprensión de la posibilidad de que el mediador concursal pudiera efectuar una adecuada evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor desde el inicio de la fase de acuerdo extrajudicial?. Volveremos sobre este punto en el apartado siguiente.

Ahora bien, el artículo 242.2.1<sup>a</sup>, expresa que si la solicitud de concurso consecutivo la hicieren los acreedores, el deudor podrá presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación dentro de quince días siguientes a la declaración de concurso. De las normas anteriores se deduce que el curso progresivo del procedimiento concursal consecutivo también comprende un facultad de opción del deudor de acogerse a una fase de convenio o una de liquidación. La salvedad a esta particularidad de la LC la contempla la norma que regula precisamente el concurso consecutivo del deudor persona natural no comerciante, artículo 242 bis.1.10<sup>o</sup>; la cual establece que el concurso consecutivo siempre se abriría en fase de liquidación.

Aunque en principio lo anterior pudiere parecer beneficioso para el logro de los objetivos de alivio, ya hemos dado cuenta de los problemas que se esconden tras la facultad de opción del deudor<sup>702</sup>. Por otro lado, aunque esta regulación pudiere parecer adecuada para el deudor persona natural no comerciante, puesto que podrá, si se quiere decir así, evitar una fase de convenio cuando la misma eventualmente pudiere ser ineficiente<sup>703</sup>; en la práctica se constituye en una norma que impone al deudor determinadas fases del procedimiento sin previa evaluación de su nivel de endeudamiento y capacidad de pago. Teniendo en cuenta las causales contempladas por la ley para un concurso consecutivo, la imposición de la fase de liquidación consecutiva no considera la posibilidad de que respecto de deudores personas naturales pudiere existir casos en que la evaluación de su nivel de endeudamiento permita la aplicación satisfactoria de una fase de convenio independientemente considerada<sup>704</sup>; y los obliga a someterse a una liquidación y posterior fase de exoneración de deudas que, pudiere ser

---

<sup>702</sup> Nos remitimos a los apartados II.1.2. y II.1.3., Sección 2<sup>a</sup>, Parte Segunda.

<sup>703</sup> En esta interpretación, SENÉS (2015) "El concurso...", cit., p. 2213.

<sup>704</sup> Aunque en referencia a la regulación del concurso consecutivo dada por la LAE, PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 20, expresaba que "de nuevo en un modo cuestionablemente se «sanciona» al deudor que ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial, no lo ha conseguido, lo ha incumplido o ha resultado anulado con la liquidación concursal, lo que constituye un claro desincentivo para acudir a este instituto preconcursal, pues de no haber intentado el deudor este acuerdo, el concurso podría concluir por la vía del convenio que en principio y salvo si se superan los límites legalmente establecidos de quita y/o espera en la Ley Concursal no conlleva apertura de sección de calificación."

inoficiosa, y además, impone restricciones al interés de alivio —volveremos sobre este último punto en su oportunidad—.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, entendemos que aunque si bien la LC considera la institución del concurso consecutivo solo para el caso de inicio del procedimiento a través de un previo intento fallido de un AEP, debe entenderse o interpretarse que aquella (concurso consecutivo) ha de producirse también en todo aquel caso en que en fase inicial del acuerdo extrajudicial de pagos, exista "imposibilidad de lograr un acuerdo", entendida la expresión de manera amplia, en función del concepto de viabilidad de la persona física y en consideración a las características y elementos configuradores de una asesoría de deuda integral y social. Ello posibilitaría que el deudor pudiera pasar de inmediato, pero de forma razonada, a una fase de liquidación. En efecto, la fórmula cuidaría que no sea sometido previamente a una fase infructuosa o ineficiente de convenio por no tener viabilidad a través de la cual afrontar un pago; al tiempo de constituirse en una forma de identificar los casos en que existan posibilidades de hacer frente al pago de las deudas en atención a una eventual viabilidad de la persona física. Todo ello, a su turno, permitiría el ahorro de recursos y tiempo para las partes y la administración de justicia en cumplimiento de la finalidad de la regulación concursal y de los intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita.

### ***3.2.2. La evaluación de la viabilidad de la persona física en la LC. Su aparente relevancia en torno al acuerdo extrajudicial de pagos.***

Aunque para el deudor persona física la norma del artículo 242 plantea un tratamiento especial, en aquella parte en que no disponga otra cosa, la normativa aplicable será la del Título X de la LC, relativa al AEP. Así, las normas del Título X de la LC, artículos 231 y sgtes., se hacen plenamente aplicable al caso del deudor persona física.

Considerando lo anterior, es preciso señalar que el artículo 242 plantea que la solicitud de acuerdo extrajudicial el deudor persona física deberá efectuarla ante notario, el cual podrá guiar personalmente las negociaciones entre deudor y acreedores y proponer un acuerdo, o bien podrá designar a un mediador concursal a solicitud del deudor, quien se encargará de realizar tales negociaciones y propuesta de acuerdo. Para lo que nos interesa en este punto, la normativa relativa al AEP establece en el artículo 232.2 que la solicitud deberá efectuarla el deudor persona física mediante formulario

normalizado, en el cual se incluirá un inventario con el efectivo y activos líquidos que dispone, bienes y derechos de los que es titular y los ingresos regulares; además acompañará una lista de acreedores, con expresión de la cuantía y vencimiento de los créditos respectivos, en el que se incluirá una relación de contratos vigentes y relación de gastos mensuales previstos. El deudor no está obligado a acompañar en su solicitud un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad en el corto y mediano plazo<sup>705</sup>. Son estos los antecedentes que utilizará el notario o, en su caso, el mediador concursal, para proponer un plan de pagos a los acreedores.

Ahora bien, nos llama la atención que la norma del artículo 236.2 exprese que la propuesta de plan de pagos emitida por el notario o el mediador concursal contendrá un detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, un plan de viabilidad y una propuesta de cumplimiento regular de nuevas obligaciones. Es interesante esta norma toda vez que en atención a la necesidad de que en la regulación procedimental de persona física se contemple un criterio de delimitación de los elementos estructurales del procedimiento<sup>706</sup>, podríamos comprender, en principio, que la misma estaría aludiendo a una exigencia de evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor, lo cual no solo respondería a la necesidad de fijación del criterio delimitador del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento con finalidad de discriminar aquellos que fueren ineficientes a la luz del resultado de tal evaluación, sino que además, para lo que nos interesa, se constituiría en una forma de evaluación integral del nivel de endeudamiento del deudor como elemento esencial de la asesoría de deudas a efectos de cumplimiento de su objetivo de tratamiento de la insolvencia a través del fomento de las soluciones amigables.

A partir de tales consideraciones debemos preguntarnos, entonces ¿cómo realiza la evaluación el mediador concursal?, y consecuentemente, ¿se podría constituir la misma en una genuina evaluación integral desde la visión de los objetivos de la asesoría de deudas?.

Para responder a la primera pregunta es preciso que reflexionemos en torno a la figura del mediador concursal y las atribuciones que la legislación le otorga. Solo de esta forma podremos comprender si el ejercicio de sus funciones en torno a la

---

<sup>705</sup> PULGAR (2016) *Preconcurso...*, cit., p. 767. En contra, entendiendo que a la expresión "plan de continuación de la actividad profesional o empresarial" utilizada por la norma podría ser extensible la concepción de "plan de viabilidad", AZNAR (2014) *Refinanciaciones...*, cit., pp. 333 y 334.

<sup>706</sup> A ello hemos hecho referencia en el apartado II.5.4., en relación al apartado II.4., ambos de la Sección 2ª, Parte Segunda.

preparación de la propuesta cuyo contenido primordial para estos efectos es un plan de viabilidad, obedece concretamente a una evaluación integral del nivel de endeudamiento del deudor en función del concepto de viabilidad de la persona física.

Se ha entendido<sup>707</sup> que el mediador concursal se configura como un auxiliar del deudor, un profesional cualificado que contrasta la información que presta el deudor, que debe impulsar el contenido del acuerdo entre deudor y principales acreedores, y debe ocuparse del cumplimiento del plan.

Al considerar las normas contenidas en la LC, nos percatamos que no existe un tratamiento pormenorizado de la figura del mediador concursal, del que sea posible encontrar los requisitos personales y atribuciones específicas que en cada actuación la misma ley le otorga. Sin perjuicio de ello, de la norma del artículo 233 comprendemos que un mediador concursal es aquel que reúne los requisitos para ser mediador en asuntos civiles y mercantiles de acuerdo a la Ley 5/2012, de 6 de julio, y aquellos contemplados en el artículo 27 de la LC para ser administrador concursal<sup>708</sup>.

La única exigencia en torno a la persona del mediador establecida por el artículo 11.2 de la Ley 5/2012, de 06 de julio, es que deberá estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. En este sentido, analizando la norma del artículo 27, y sabiendo que el Estatuto de la Administración Concursal aún no ve la luz<sup>709</sup>, vemos que las únicas personas que tendrán la posibilidad de ejercer la función de mediación concursal serán aquellos que, en cumplimiento del artículo 11.2 de la Ley 5/2012, tengan un título universitario de abogado, economista o auditor de cuentas<sup>710</sup>. En efecto, la redacción no actualizada del artículo 27.1, aún vigente hasta que entre en aplicación su actualización con el desarrollo reglamentario del Estatuto de la Administración Concursal, establece que la administración concursal

---

<sup>707</sup> FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 49.

<sup>708</sup> De igual manera, PRATS ALBENTOSA (2016) "El acuerdo...", cit., p. 33; FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 49. En contra, las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 4, dando cuenta de la conclusión mayoritaria de que el mediador concursal solo debe reunir los requisitos de la Ley 5/2012, de 6 de julio; aunque constata también nuestra postura como minoritaria, para la que la literalidad del precepto impone que los requisitos han de ser cumulativos.

<sup>709</sup> Por disposición transitoria 2 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se estableció que la actualización hoy contemplada del artículo 27 de la LC no entrará en vigor hasta que no se apruebe su desarrollo reglamentario. De acuerdo a ello, la disposición previa a su actualización tiene plena aplicación.

<sup>710</sup> Así lo entiende también, PULGAR (2016) *Preconcursalidad...*, cit., p. 795; PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 17; AGÜERO ORTIZ, Alicia (2014) "El mediador concursal como administrador extraconcursal" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 24, Editorial Wolter Klowers, p. 10 (Smarteca).



estará integrada por un único miembro que deberá reunir la condición de abogado, economista mercantil o auditor de cuentas. Así las cosas, el Proyecto del Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal, de 15 de julio de 2015, establece en su artículo 3, relativo a los requisitos para el acceso a la administración concursal, que solo podrán serlo quienes tengan un título universitario y acrediten experiencia profesional de al menos cinco años en los ámbitos jurídico o económico. Ahora bien, si entendemos que las personas jurídicas que ejerzan la actividad de mediación concursal deben actuar a través de las personas que reúnan los requisitos anteriores, podemos concluir que las únicas personas que efectuarán la labor de mediador concursal serán aquellas cuyos conocimientos se reduzcan solo al ámbito jurídico y, especialmente en el ámbito del acuerdo, al económico.

Desde el punto de vista de las atribuciones del mediador concursal, al no ser contempladas expresamente en la LC, podemos determinarlas a partir del análisis sistemático de las atribuciones contenidas en la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil, y las contenidas en el artículo 33 de la LC. Considerándose que el artículo 13.2 de la Ley 5/2012 establece que el mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, y teniendo en cuenta las habilidades técnicas que poseen las personas que pueden asumir el cargo de mediador concursal, comprendemos que la labor que efectuará se centrará en la facilitación de un acuerdo entre las partes a partir de una asesoría o evaluación económica y financiera del deudor persona física. Coincidente con este planteamiento, se ha manifestado<sup>711</sup> que el mediador concursal deberá llevar a cabo una labor de orden y clarificación de los activos y pasivos del deudor, no existiendo una verdadera tarea de mediación o de composición de intereses, sino solo una labor de propuesta de acuerdo.

Lo anterior es reafirmado si se tiene en consideración que el plan de viabilidad al que alude la disposición se constituye en una mera relación de cómo el deudor generará recursos y liquidez para dar cumplimiento al plan<sup>712</sup>. En efecto, se ha planteado<sup>713</sup> que nada se establece, frente a lo que acontece en el marco de los acuerdos de refinanciación, sobre la necesidad de que dicho plan sea viable, realizable o razonable.

---

<sup>711</sup> FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 51; AGÜERO (2014) "El mediador...", cit., p. 13, dando cuenta de la falta de cumplimiento de los principios de la mediación en la actividad del mediador concursal, en especial, del principio de neutralidad.

<sup>712</sup> Para FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 110, importa una justificación de tales circunstancias.

<sup>713</sup> PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 18.

De acuerdo a lo anterior, la viabilidad a la que se refiere el artículo 236.2 será concluida a partir de una evaluación económica y financiera del patrimonio del deudor persona física. Lo anterior, de alguna forma, puede ser corroborado si se tiene en cuenta que, en una regulación concursal como la española que no comprende un mecanismo de reemplazo de la voluntad de los acreedores renuentes en las diversas fases de eventual acuerdo, siguiendo a alguna doctrina<sup>714</sup>, la labor del mediador concursal será procurar que los planes de pago y viabilidad puedan llegar a ser aceptados por el mayor número de acreedores; lo cual en la práctica significa que el interés que deberá considerar el mediador, esencialmente, es el de satisfacción de los acreedores.

Por otro lado, considerando las atribuciones que la propia legislación otorga a la figura del mediador concursal, concluimos que su labor solo se limitará a facilitar el acuerdo entre las parte a partir de un análisis de la situación económica y financiera del patrimonio del deudor.

### ***3.2.3. La aparente relevancia de la evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor persona física en torno a la propuesta anticipada de convenio.***

Además del acuerdo extrajudicial de pagos, la LC fomenta las soluciones amigables al problema de la insolvencia del deudor a través de la propuesta anticipada de convenio<sup>715</sup>. Esta pretensión se aprecia si se tiene en cuenta la regulación del artículo 5 bis en relación con las normas que regulan la propuesta anticipada de convenio en los artículos 104 y sptes. LC<sup>716</sup>.

Ahora bien, cabe la duda de si una eventual obligación de evaluación de la capacidad de pago del deudor podría derivar de las normas que regulan la propuesta anticipada de convenio. Si bien la norma del artículo 107 obliga a la administración concursal a emitir un informe de evaluación con el cual el juez podrá decidir si mantiene o revoca el auto de admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, y aunque la norma dispone que la administración concursal evaluará el contenido de la propuesta en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañe; apreciamos que la normativa no exige que el deudor necesariamente deba acompañar un plan de viabilidad, el cual la legislación concursal (artículo 100.4 y 5)

---

<sup>714</sup> PRATS ALBENTOSA (2016) "El acuerdo...", cit., p. 48.

<sup>715</sup> Exposición de Motivos de la LC, VI, párrafo segundo.

<sup>716</sup> Así, AZNAR (2014) *Refinanciaciones...*, cit., pp. 69 y 70.

establece que deberá acompañarse a la propuesta cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial<sup>717</sup>, cuestión que es ajena a las circunstancias de muchos de los deudores personas físicas.

Por otro lado, la misma norma establece que la administración concursal se limitará a evaluar el contenido de la propuesta. Sin perjuicio de lo anterior, aunque un plan de viabilidad no sea obligatorio, y además de tener una función informativa, de acuerdo a una parte de la doctrina<sup>718</sup>, la norma del artículo 107.2 posibilitaría un control de viabilidad del convenio en orden a asegurar la posibilidad objetiva de su cumplimiento en atención al plan de pagos; mientras que alguna otra doctrina<sup>719</sup>, en relación al control judicial que habrá de hacer el juez luego de haberse obtenido las adhesiones de los acreedores, señala que la calificación del juez debe extenderse no solo a los requisitos formales del convenio, sino también a sus condiciones intrínsecas de bondad para que cumpla con su finalidad de satisfacer a los acreedores. Así las cosas, apreciamos que respecto de la propuesta anticipada de convenio la LC contendría una exigencia de evaluación de la viabilidad de la propuesta, lo cual, aunque la doctrina no lo manifiesta expresamente, para el caso del deudor persona física, podría hipotéticamente ser coincidente con una evaluación de la capacidad de su pago.

Si bien esta obligación de control de la viabilidad de la propuesta podría ser teóricamente coincidente con una evaluación de la capacidad de pago del deudor, para el particular caso del deudor persona física, no nos queda suficientemente claro de qué forma el juez podrá llevar a cabo de manera adecuada esta labor que, según vemos, se encontraría en la norma en comento si, realizado el control judicial de viabilidad sobre la base del informe de la administración concursal<sup>720</sup>, el deudor no hubiere acompañado un plan de viabilidad<sup>721</sup>; teniendo en cuenta además que la administración concursal se limita a efectuar una evaluación del contenido de la propuesta.

---

<sup>717</sup> JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 211; ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 243 y 244.

<sup>718</sup> ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 241.

<sup>719</sup> SALA REIXACHS, Alberto (2000) *La terminación de la quiebra y el convenio concursal. Impugnación. Tramitación. Efectos. Rescisión*, Barcelona Editorial Bosch, p. 192.

<sup>720</sup> De acuerdo a JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 313, al juez le corresponde un control de legalidad de las actuaciones, no teniendo un conocimiento directo de la situación patrimonial y económica del deudor, siendo la administración concursal la que accede a este conocimiento y después lo transmite al juez.

<sup>721</sup> Para ROJO, Ángel (2004) "Artículo 107. Informe de la administración concursal", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio, *Comentario de la ley Concursal*, tomo II, Madrid: Editorial Thomson Civitas, p. 1971, la evaluación de la posibilidad objetiva de cumplir con el plan de viabilidad solo es posible si efectivamente se ha acompañado un plan de viabilidad.

En respuesta a este cuestionamiento, debemos tener presente que se ha expresado que para cumplir con la función informativa de los acreedores, la propuesta anticipada de convenio debería determinar si objetivamente puede esperarse que la propuesta, de aprobarse, sea cumplida y que el pago de los acreedores se pueda llevar a cabo en los términos establecidos en la propuesta<sup>722</sup>. Por su parte, se ha señalado<sup>723</sup> que en el supuesto de tramitación anticipada del convenio, estando el juez atribuido del control de seriedad de la propuesta, para lo cual es imprescindible que cuente con asesoramiento técnico preciso, el informe de la administración concursal se constituye en un juicio objetivo y externo dado por técnicos que deben examinar la contabilidad del deudor en su tarea de control de seriedad de la propuesta<sup>724</sup>. Además, se ha entendido<sup>725</sup> que el plan de viabilidad no deja de ser más que un documento en el que, previo examen de la situación económica y problemas financieros y económicos que afectan al deudor, o que pueden afectar y poner en peligro la continuidad y viabilidad de su actividad empresarial o profesional, se formula una previsión, una proyección a futuro de las variables económicas y financieras del deudor. Ello estaría en concordancia con el carácter de abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas que habrá de tener la persona que ejerza la función de administrador concursal en función del artículo 27 LC<sup>726</sup> o, incluso para alguna doctrina<sup>727</sup>, quien pudiere asesorar al deudor para la elaboración de un plan de viabilidad que debiera ser incorporado a la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. Con ello, la evaluación de la administración concursal que cumpla tal exigencia, en teoría, podría entenderse apta para que el juez, en su posterior control, lleve a cabo una evaluación de viabilidad y, consecuentemente, de la capacidad de pago del deudor.

Sin perjuicio de lo anterior, si como hemos puesto de manifiesto, una adecuada evaluación de la capacidad de pago del deudor habrá de conllevar necesariamente una adecuada evaluación de la viabilidad de la persona física, que habrá de contener, además de un control de contabilidad, una evaluación de la totalidad de las circunstancias del deudor y su familia; podemos concluir la insuficiencia de la evaluación de viabilidad de la administración concursal como forma de evaluación de la capacidad de pago del deudor persona física. En este sentido, si bien en atención al

---

<sup>722</sup> JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 314.

<sup>723</sup> ROJO (2004) "Artículo 107"..., cit., p. 1970; ROJO (2004) *El convenio...*, cit., pp. 97 a 100.

<sup>724</sup> Así lo expresa ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 241.

<sup>725</sup> AZNAR (2014) *Refinanciaciones...*, cit., p. 333.

<sup>726</sup> JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 280.

<sup>727</sup> AZNAR (2014) *Refinanciaciones...*, cit., p. 334.

artículo 100.5 se ha señalado por algún sector de la doctrina<sup>728</sup> que "El informe debe determinar si concurre la necesaria correspondencia entre el contenido de la propuesta anticipada y el plan de pagos y en su caso el de viabilidad, teniendo en cuenta los recursos necesarios determinados en el plan, *los medios y, las condiciones para obtenerlos* [...]" (la cursiva es nuestra); lo cual para el caso del deudor persona física bien podría entenderse extensivo a todas sus circunstancias particulares y familiares; se ha destacado que los condicionamientos legales pueden conducir a que el informe de la administración concursal no llegue a cumplir las funciones que el legislador pretendió, haciéndolo ineficaz e insuficiente<sup>729</sup>.

En la misma línea, y relacionado con el concepto de viabilidad, se ha destacado<sup>730</sup> que la falta de una conceptualización de la expresión en el ordenamiento español, agregando que "a pesar de la estrecha relación que une a la viabilidad del plan con la viabilidad de la empresa, no siempre están vinculadas puesto que en la práctica puede elaborarse planes de reorganización viables que no dejen a la empresa concursada en situación de viabilidad". Por otro lado, algún sector doctrinal<sup>731</sup> relevante ha interpretado que prevaleciendo en el caso del convenio como solución a los problemas derivados del incumplimiento de obligaciones el aspecto negocial de carácter jurídico privado por sobre el aspecto jurídico público, ello determina que el juez no pueda establecer un juicio de mérito sobre el fondo del convenio, sobre su bondad intrínseca para que cumpla su finalidad de satisfacer a los acreedores.

Finalmente, debemos tener en consideración que la finalidad conservativa de la empresa concursal que le es asignada a la propuesta anticipada de convenio<sup>732</sup> define los contornos regulativos de la institución, desde donde puede comprenderse que determinados aspectos de la misma no respondan a las necesidades de alivio particulares del deudor persona física, pues parten de una orientación pensada principalmente para la persona jurídica concursada. A modo de ejemplo, que el plan de viabilidad sea solo exigencia en caso de que la empresa prevea recursos para continuar con la actividad

---

<sup>728</sup> Así, ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 244. En la misma línea, JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 214;

<sup>729</sup> ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 244, citando a Illescas Rus, A (2004) "Comentario a los arts. 99 a 115 LC", en Fernández Ballesteros, M. A., *Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Madrid, p. 550.

<sup>730</sup> JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., pp. 216 y 217.

<sup>731</sup> DE LA CUESTA RUTE, José María (2004) *El convenio concursal. Comentarios a los arts. 98 a 141 de la ley Concursal*, Madrid: Editorial Thomson Aranzadi, p. 192; JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 321.

<sup>732</sup> Así, JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., pp. 33 y sgtes., dando cuenta que además, la evaluación de la administración concursal persigue una finalidad de protección de la satisfacción de los acreedores.

económica<sup>733</sup> es una circunstancia que escapa a la situación particular del deudor persona física. Por otro lado, que el plan de viabilidad, en concepto de algún autor<sup>734</sup>, ha de dirigirse a demostrar la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, es decir, a demostrar que los beneficios esperados con la continuidad de la actividad satisfacen en mayor medida que la liquidación a los acreedores, es un concepto de viabilidad de la empresa que escapa a la concepción que hemos dado de viabilidad de la persona física.

#### ***3.2.4. La asesoría de deuda como herramienta de tratamiento integral y social de la insolvencia.***

De acuerdo a lo que venimos concluyendo, la participación del mediador concursal se limitará a una evaluación económico-financiera de la situación del deudor persona física, y del mismo modo, ello se llevará a cabo solo al inicio del procedimiento concursal propiamente tal. Ahora bien, ¿responde esta actividad del mediador concursal a una genuina evaluación integral desde la visión de la asesoría de deudas?. Para responder a ello, previo será que respondamos a la interrogante de ¿cómo lograr una adecuada estimación de la situación económica del deudor al inicio del procedimiento concursal, previo a la presentación de una oferta de acuerdo extrajudicial?.

Se ha planteado que una indeterminación en torno al grado de profundidad o el marco en que la evaluación de la situación del deudor debe efectuarse, tiene como resultado que la evaluación se vuelve compleja al no existir criterios o guías específicas de actuación<sup>735</sup>; exista una falta de evaluación de las circunstancias que originaron la insolvencia<sup>736</sup>; lo cual a su turno tiene como consecuencia el fomento al reemplazo de los elementos centrales de la obra social y educativa de la asesoría de deuda por meras negociaciones con los acreedores que, a pretexto de un ahorro de tiempo y costos, se

---

<sup>733</sup> ENCISO (2007) *La judicialización...*, cit., p. 243 y 244.

<sup>734</sup> JACQUET (2012) *La propuesta...*, cit., p. 221.

<sup>735</sup> HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 249.

<sup>736</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 52, estima de importancia trascendental que la evaluación de la asesoría de deuda comprenda el reconocimiento de las causas subyacentes o síntomas de la insolvencia del deudor. Indica que, aunque en la práctica tanto deudores —indicamos nosotros por desconocimiento— como consejeros de deuda —entendemos de lo dicho por la autora, por negligencia o falta de aptitudes— no se preocupan por las circunstancias subyacentes de la insolvencia, son necesarias para comprender y visualizar los patrones de acción y estrategias que existen para afrontar el problema de la insolvencia, de manera tal de que pueda orientarse un cambio sostenible en su comportamiento. Considera que la tendencia casi instantánea de apreciar al endeudamiento como resultado de un cambio de vida absoluta muestra lo poco que se aprecia las causas estructurales del sobreendeudamiento en la sociedad.

limitan a otorgar una certificación de inutilidad del acuerdo<sup>737</sup> o meras recetas de cómo la persona debe superar las dificultades financieras solo desde una enfoque jurídico<sup>738</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la evaluación de la situación económica del deudor en efecto se puede presentar compleja, ello no debe ser un problema para la ampliación del ámbito de injerencia de la asesoría de deuda, más aún si, como venimos argumentando, es necesaria una evaluación de la situación o capacidad económica del deudor para la determinación de la aplicación de una herramienta de solución adecuada al problema de insolvencia que lo aqueja.

Considerando que la asesoría de deuda se configura como una herramienta que tiende al tratamiento de la insolvencia contenido en el principio del fresh start, la misma tiene como objetivo, como paso previo al procedimiento propiamente tal<sup>739</sup>, una adecuada y eficiente evaluación de la situación del deudor en base a la consideración de todas las circunstancias que le rodean, de manera de conocer su situación económica y las aptitudes o posibilidades que tiene para asumir el cumplimiento de sus obligaciones<sup>740</sup>.

Ahora bien, para el logro de este objetivo, la asesoría de deudas social requiere de la evaluación integral de la situación económica y financiera del deudor en función del reconocimiento de las causas y factores desencadenantes de la situación de

---

<sup>737</sup> PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., 152, critica que la rápida certificación de inutilidad del intento de acuerdo extrajudicial que posibilita la norma, podría estar enmascarando en realidad una falta de voluntad de la administración para proporcionar recursos financieros y humanos a los centros de asesoramiento, agregando que ello no mejora la posición de los deudores que generalmente necesitan consejos sólidos, los cuales deben enfrentar un procedimiento sin asesoría ni representación de expertos.

<sup>738</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 52, respecto de quien inferimos critica que la regulación del asesoramiento de deudas determina en la realidad una mala práctica de la persona o entidad asesora. Indica que con tales prácticas, la asesoría de deudas se reduce a un mero tecnicismo, que sumado a un enfoque meramente monetario, socaban las competencias originales del trabajo social y las demandas de asesoría socio pedagógica. En igual sentido, HERGENRÖEDER, Curt W. y HOMANN, Carsten (2013) "Die Reform der Verbraucherentschuldung: Der nächste untaugliche Versuch", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 91, expresan que la asesoría de deuda se ha convertido en un mero paso preparatorio para los procedimientos de insolvencia, en contradicción a la tarea y enfoque profesional originales de la institución.

<sup>739</sup> Podemos inferir de los comentarios de BEICHT, (2012) "Geeignete...", cit., p. 216, que la asesoría de deuda debe ser configurada como herramienta al inicio del procedimiento de insolvencia para propiciar una base de conocimiento acabado de la situación del deudor desde la cual comenzar a trabajar en su recuperación.

<sup>740</sup> ZERHUSEN (2017) "Die persönliche...", cit., p. 332; STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 117, señala que entendiéndose el sobreendeudamiento a menudo como una pérdida del orden financiero del deudor, requiere necesariamente la ayuda de terceros para eliminar el caos generalizado en sus activos, de manera tal de obtener una visión general para iniciar un procedimiento de insolvencia. Esta necesidad de restablecimiento del orden financiero excede de la labor meramente legal, entrando en el ámbito de la asesoría de deudas. BEICHT, (2012) "Geeignete...", cit., p. 216, expresa que la tarea del asesor es lograr un equilibrio no solo de los intereses económicos de los deudores y acreedores, sino también de las sensibilidades psicosociales, sobre la base de sólidos conocimientos jurídicos, económicos y psicológicos, teniendo en cuenta el entorno social.

insolvencia<sup>741</sup>, esto es, todas y cada una de las circunstancias económicas, financieras, físicas, de salud, culturales, sociales, familiares, profesionales, etc.<sup>742</sup>, que rodean la generación del problema de insolvencia, así como la identificación y consideración de los efectos que la misma produce en la vida del deudor y su entorno familiar<sup>743</sup>.

En este contexto, aunque a nivel comparado, en ordenamientos como el estadounidense o francés, se ha criticado que la educación financiera del deudor no es una herramienta determinante para el logro de la prevención de la insolvencia<sup>744</sup>; lo cierto es que en tales regulaciones la herramienta solo se circunscribe, como su denominación lo indica, a un asesoramiento financiero y económico, sin constituirse en mecanismo de asesoría de deudas propiamente tal, al no considerar las circunstancias biográficas del deudor ni un enfoque holístico del problema de la crisis que lo afecta en función del reconocimiento de la existencia de una diversidad de tipos de deudores. En este contexto, y según se ha manifestado<sup>745</sup>, el problema de la ineficiencia del modelo estadounidense de asesoría financiera pasaría precisamente porque para su establecimiento el legislador habría partido de una premisa base equivocada, la cual es que el sobreendeudamiento de una persona natural es causado solo por un analfabetismo financiero.

De acuerdo a lo anterior, podemos concluir que el ordenamiento español no contiene una herramienta que posibilite una efectiva evaluación de la viabilidad de la persona natural que fomente el logro de los objetivos del procedimiento concursal de la persona física. Ello además nos permite concluir que aunque la LC fomenta la utilización de las soluciones amigables a la insolvencia del deudor persona física, ello no es coincidente con el objetivo de la asesoría de deuda de fomentar las soluciones amigables con finalidad en el tratamiento de la insolvencia de manera integral.

---

<sup>741</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 54, destaca que las causas y factores que desencadenan la insolvencia son distintos, siendo necesario enfocarse en las causas respectivas y no en los factores desencadenantes. Así, las causas aluden a déficits estructurales del Estado económico, social y de bienestar, así como a factores subjetivos biográficos y de socialización de los deudores. Como ejemplo, señala que una falta de acción y falencias en las aptitudes para afrontar cambios drásticos de vida no son las causas de una situación de insolvencia, sino que podrían ser el resultado de condiciones de socialización individual y social. Termina haciendo notar que como consecuencia de la confusión entre causas y factores de la insolvencia, generalmente se interviene en lugar equivocado.

<sup>742</sup> ZERHUSEN (2017) "Die persönliche...", cit., p. 332.

<sup>743</sup> De acuerdo a STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 118, la actividad del consejero debiera incluir, además de una asesoría legal y financiera, una del tipo psicosocial. BEICHT, (2012) "Geeignete...", cit., p. 216, estima que una de las características de la asesoría de deudas es la consideración y tratamiento holístico del problema de la insolvencia.

<sup>744</sup> Así lo pone de manifiesto, PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 23.

<sup>745</sup> KILBORN (2017) "Educación financiera...", cit., pp. 917 a 919



#### 4. Necesidad de una asesoría de deuda integral, social y continua en la LC.

Considerando la importancia de la finalidad de la moderna regulación concursal de persona física y los objetivos contenidos en el principio del *fresh start*, en orden a tratar y prevenir de manera eficiente la insolvencia y la puerta giratoria de los deudores personas naturales insolventes, debemos criticar que el ordenamiento concursal español no contemple herramientas para su logro, centrándose solo en el objetivo de tratamiento de la insolvencia actual del deudor.

Aunque para los deudores personas físicas se configura una causal de insolvencia inminente en virtud del artículo 2.3 de la LC, o mecanismos de incentivo de la solicitud de declaración de concurso<sup>746</sup> o de alerta de la insolvencia de acuerdo al artículo 5.1 y 5.2 de la LC, ello solo responder al problema de la apertura tardía de los procedimientos concursales<sup>747</sup>, pero no da respuesta al problema del retorno de los deudores a la insolvencia, y en fin, de la falta del logro del objetivo de un real alivio.

De acuerdo a lo anterior, a partir de los términos de algún autor<sup>748</sup>, aunque refiriéndose a mecanismos de tratamiento de la insolvencia para personas jurídicas, podríamos criticar que el derecho concursal de la persona física español obedecería más bien a una visión de regulación privatista de la crisis del deudor persona natural derivada de una orientación económica del derecho concursal, la cual, basándose principalmente "[...] en la identificación de los intereses particulares de los acreedores con el interés general de maximizar sus posibilidades de cobro [...]", tal como es descrito en la Exposición de Motivos de la LC, entendemos nosotros deja a un lado el trasfondo y finalidad social de sus normas como reflejo de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física y en el principio del *fresh start*<sup>749</sup>. Como ejemplo de lo anterior, aunque vinculado a la regulación de mecanismos de tratamiento

---

<sup>746</sup> Así, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009) *El sobreendeudamiento...*, cit., p. 174.

<sup>747</sup> PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 23, también describe los mecanismos anticipadores de la apertura del concurso contemplados por la LC como herramientas para la prevención de la insolvencia. Por su parte, tal relación entre la aceptación, por ordenamientos como alemán, español y francés, de la insolvencia inminente y de instrumentos de alerta de la insolvencia como herramientas para solucionar el problema de la tardía apertura de los procedimientos concursales, aunque centrado en el procedimiento concursal de la persona jurídica, es descrita por GOLDEMBERG S., Juan Luis (2012) "El problema temporal del inicio de los procedimientos concursales", en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, pp. 336 a 339

<sup>748</sup> GOLDEMBERG S., Juan Luis (2014) "Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 1er semestre, pp. 189 y 219

<sup>749</sup> En torno a la pugna entre una perspectiva económica versus el trasfondo y carácter social del derecho concursal de la persona natural, apartado II.4., Sección 1ª, Parte Primera.

de la insolvencia de personas jurídicas, se critica que una formulación estrictamente contractual de soluciones amigables extrajudiciales, dentro de lo que considera una visión privatista del derecho concursal, "[...] puede suponer ciertos fallos de mercado que pongan en peligro su éxito, lo que resultará principalmente de la ausencia de asistencia técnica en el proceso de negociación [...]"<sup>750</sup>. Tratándose de personas naturales en fase de acuerdo extrajudicial de pagos, la ausencia de asistencia técnica, entendida como falta de asesoría integral y social al deudor, importa la no consideración por parte del mediador concursal de las circunstancias del deudor y su entorno social y familiar, dando pie a falencias graves que pondrían en riesgo el éxito del acuerdo, al tiempo de imposibilitar el cumplimiento del objetivo de la legislación de fomentar los acuerdos extrajudiciales, y a la larga, del objetivo de dar alivio al deudor persona natural.

Ahora bien, aunque respecto de la concepción descrita de la asesoría de deuda pudiera en principio señalarse que es un accionar injustificado de parte del Estado desde que se constituiría en un hiperpaternalismo<sup>751</sup> en favor del deudor persona natural<sup>752</sup>; lo cierto es que ha sido una visión meramente económica de la institución la que ha llevado precisamente al establecimiento de una restrictiva y represiva regulación concursal de persona natural en países como Estados Unidos<sup>753</sup>, Alemania y, como se desprende de este trabajo, España.

Atendido la finalidad y objetivos de la regulación concursal de la persona natural plasmados a través del principio del fresh start, la necesidad de que al deudor le sea otorgado un real alivio no solo se relaciona con permitirle una descarga de la deuda residual en el procedimiento, sino que con la exigencia de otorgarle una real solución al problema subyacente a la insolvencia, a saber, la imposibilidad de alcanzar un estado de condiciones en que le sea posible un libre desarrollo personal y familiar.

Se ha expresado<sup>754</sup> que una medida paternalista está justificada si es necesaria, por un lado, para preservar la autonomía de los individuos, y por otro, para alcanzar o no perder algún bien que, además de ser especialmente valioso, ha sido considerado

---

<sup>750</sup> GOLDEMBERG (2014) "Los acuerdos...", cit., p. 219.

<sup>751</sup> Aunque no es objeto de este trabajo, debemos partir de la base de que la expresión "paternalismo" ha de ser entendida como un concepto neutro. Así, ALEMANY, Macario (2005) *El concepto y justificación del paternalismo*, Tesis Doctoral Universidad de Alicante. Disponible en <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9927/1/Alemany-Garcia-Macario.pdf>, [Fecha de consulta: 16 de enero de 2019], p. 443. La cuestión está entonces en comprender cuándo se justifica una acción paternalista.

<sup>752</sup> Aunque en relación al sobreendeudamiento de la persona física, así DE LA CUESTA (2009) "Persona física...", cit., p. 112.

<sup>753</sup> A través de la regulación establecida por la BAPCPA.

<sup>754</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004) *Autonomía...*, cit., p. 391.

como tal por el individuo afectado por la medida. Por otro lado, se ha afirmado<sup>755</sup> que una norma paternalista está justificada éticamente si está realmente encaminada hacia la consecución del bien de una persona o colectivo, los individuos o colectividad a quien se aplica o destina no pueden presentar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica -transitoria o no-, y, por último, se puede presumir racionalmente que éstos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada y, por tanto, conocieran cuál es realmente su bien. Así pues, el hecho de que la regulación concursal se constituya en el mecanismo de *última ratio* para otorgar solución al problema de la crisis económico-financiera del deudor persona física; el hecho de que sean los deudores de buena fe individuos que se encuentran en manifiesto desequilibrio respecto de sus acreedores; el hecho de que, como hemos venido argumentando y como quedará de manifiesto más adelante, la regulación concursal de la persona física actual no responde a la necesidad de otorgar una efectiva solución al problema subyacente a la insolvencia; importa que la eventual restricción de su libertad al ser sometidos a un mecanismo de asesoría de deudas cuando ello sea necesario no sea más que aparente. En efecto, aunque a partir de una concepción utilitarista se pretenda insinuar que el deudor persona física sería el que mejor que nadie conozca sus circunstancias económicas personales, tal como se ha manifestado<sup>756</sup>, "[...] no es verdad que siempre sepamos mejor que nadie cuáles son nuestros reales intereses y mucho menos sabemos con exactitud qué medidas pueden promoverlos o dañarlos."

Así las cosas, un adecuado entendimiento de la institución —de la manera en que la hemos descrito— pretende el logro de una finalidad que, por encima de las pretensiones actuales que pudiere tener un individuo, significa a la larga el fomento, conquista (u obtención) y desarrollo de un estado coincidente propiamente con un libre desarrollo de la personalidad; y que de otra forma no serían alcanzado por la persona de manera individual, aún a pesar de la descarga de la deuda<sup>757</sup>.

Ahora bien, pudiere pensarse que la configuración de una regulación de la asesoría de deudas bajo la concepción antes indicada impondría costos excesivos en la administración<sup>758</sup>. No obstante, si bien es cierto que la optimización y el potencial

---

<sup>755</sup> RODRÍGUEZ PALOP (2002) *La nueva...*, cit., p. 340.

<sup>756</sup> GARZÓN, Ernesto (1988). "¿Es éticamente justificable el paternalismo?", en *Doxa*, Nº 5, p. 158.

<sup>757</sup> Para una mejor comprensión general de las condiciones en las que una medida denominada, de paternalismo duro, se encuentra justificada en función de la idea de "incompetencia básica", GARZÓN (1988) "¿Es éticamente...", cit., p. 172.

<sup>758</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 649, indicaba que en el procedimiento concursal de la persona natural no estaba claro quién debía asumir el último costo de la asesoría de deuda. SCHLABS

ahorro de costos son importantes, como objetivos alterno-consecuentes, no son, ni deben ser, objetivos —ni siquiera implícitos o subyacentes— decisivos en el procedimiento concursal de la persona física; encontrándose en el centro de la discusión y en función del cumplimiento de los objetivos del principio fresh start, el asesoramiento y apoyo al deudor como pilares más importantes<sup>759</sup>.

Considerando lo anteriormente indicado, y en consecuencia, si realmente se pretende evitar el efecto de puerta giratoria en desmedro del deudor, prevenir situaciones de insolvencia futuras, fomentar la prevención del abuso de los procedimientos concursales, al tiempo de fomentar la maximización de la eficiencia de las soluciones amigables a la insolvencia, y —para quienes lo consideraran importante— abaratar costos<sup>760</sup>; es necesario considerar la asesoría de deuda integral, social<sup>761</sup> y educativa como un elemento fundamental<sup>762</sup> en el procedimiento concursal de la persona física<sup>763</sup>; la cual debe desarrollarse a lo largo de todo el procedimiento, de manera personal y obligatoria en casos de deudores vulnerables<sup>764</sup>; con la finalidad de

---

(2012) "Schuldner...", cit., p. 53, dando cuenta que la falta de financiamiento de la asesoría integral complica las condiciones para diseñar y establecer enfoques de asesoramiento socioeducativo, agrega, aunque no hace referencia a ningún autor, que las opiniones que ignoran los objetivos y enfoques metodológicos de la asesoría social resultan contraproducentes. De igual manera, PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 23.

<sup>759</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 51, expresa que si se evalúa el éxito del procedimiento en función de ganancia de tiempo, entonces con la obtención de un plan de liquidación de manera rápida la pretensión se lograría; sin embargo, es un tratamiento socioeducativo integral el que debe buscarse y financiarse.

<sup>760</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 53, estima que el uso del asesoramiento debe ser con la finalidad de superar y evitar la necesidad de asistencia, donde en términos de ahorro, se espera que las personas se empoderen lo más rápido posible, de manera de evitar tener que acudir a los beneficios sociales.

<sup>761</sup> STEPHAN (2013) "Die Neufassung...", cit., p. 11, considera necesario que la asesoría legal se complemente con la asesoría de la deuda social.

<sup>762</sup> Se desprende de lo indicado por LUNKENHEIMER y ZIMMERMANN (2004) "Reformbedarf zur Stärkung...", cit., p. 318, que la asesoría de deudas es uno de los elementos fundamentales en el procedimiento concursal de la persona física. De igual manera, STEPHAN (2011) "Schuldnerberatung...", cit., p. 117.

<sup>763</sup> Aunque si bien la GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, cit., pp. 30 y 31, habla de la necesidad de asesoría para que las negociaciones y acuerdos de reestructuración en el contexto del procedimiento concursal de la persona jurídica sean eficaces, entendiendo nosotros que solo se refiere a una asesoría económico-financiera, en p. 47, reconoce que las políticas aplicables al endeudamiento e insolvencia de las personas físicas siguen criterios basados en actitudes culturales, dentro de las cuales puede encontrarse, entre otras, la necesidad de una orientación y asesoramiento educativo en relación con la deuda personal. Creemos nosotros que esta necesidad se produce en toda sociedad donde exista un porcentaje de deudores vulnerables.

<sup>764</sup> ZERHUSEN (2017) "Die persönliche...", cit., p. 333, da cuenta de la importancia de una asesoría de la deuda personal, especialmente tratándose de consumidores vulnerables, quienes presentan especiales dificultades de recursos monetarios, técnicos e intelectuales para afrontar una asesoría a distancia. En estas circunstancias, el autor indica que la parte del asesoramiento psicosocial en el asesoramiento de la deuda social no debe subestimarse, y que la motivación del deudor y el manejo completo de su problema de sobreendeudamiento requieren una fuerte relación de confianza entre el deudor y el asesor, especialmente atendida la estigmatización del tema del sobreendeudamiento. El asesoramiento personal

una reinserción efectiva del deudor en la sociedad, a través de una evaluación íntegra de sus circunstancias de vida, desde donde sea posible obtener información que permita conocer las causas y factores reales de la insolvencia, de manera de proporcionar ayuda eficiente a través de la aplicación de mecanismos concursales adecuados al caso particular<sup>765</sup> y a una educación integral del deudor<sup>766</sup>. Desde estas consideraciones, no solo una asesoría económico financiera, sino que una asesoría holística y continua, con la ayuda de disciplinas como el trabajo social, psicología, sociología, entre otras, es necesaria para el logro de tales objetivos<sup>767</sup>.

La necesidad de que la legislación concursal española incorpore la herramienta de la asesoría integral, social y continua, se justifica de sobremanera. Una asesoría de la deuda integral y social desde el inicio del procedimiento posibilita una manera adecuada y concordante con la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física de fomento de las soluciones amigables y extrajudiciales, como es el caso del acuerdo extrajudicial de pagos, propuesta anticipada de convenio y la fase de convenio, a través de una evaluación integral del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor persona física. Por su parte, una asesoría integral, social y continua, acorde a las necesidades de cada uno de los tipos de deudores, especialmente los vulnerables, que se extienda desde el inicio del procedimiento concursal hasta su finalización, e incluso en ciertos casos con posterioridad al mismo, se constituye en un tratamiento integral de la insolvencia a lo largo de todo el procedimiento concursal, favoreciendo a la vez la prevención de la insolvencia futura y el eventual abuso de los deudores personas físicas,

---

facilita la necesaria relación de confianza que debe existir entre el deudor y el asesor. Así también, LACKMANN (2018) "Die persönliche...", cit., pp. 2 y 3, da cuenta de fallos jurisprudenciales y doctrina que, en su mayoría, estarían de acuerdo en la necesidad de que la asesoría de la deuda se efectúe de manera presencial, cara a cara con el deudor.

<sup>765</sup> LACKMANN (2018) "Die persönliche...", cit., p. 2, señala que de acuerdo con las normas de asesoramiento de la Arbeitsgemeinschaft Schuldnerberatung der Verbände (AG SBV) alemana, el asesoramiento es el proceso de interacción estructurado y orientado a la comunicación entre la persona que busca asesoramiento y el experto en consultoría. Agrega que, el especialista en consejería se esfuerza por comprender a las personas que buscan consejo en sus situaciones particulares de vida y para expandir su potencial de interpretación y patrones de acción. Al comprender la situación de la vida, el experto en consejería desarrolla sugerencias para manejar y resolver las dificultades específicas junto con la persona que busca consejo. La persona que busca consejo se relaciona con ellos y toma decisiones que forman la base para futuras acciones y para nuevos acuerdos.

<sup>766</sup> LEE, Joe (1971) "The Counseling of Debtors in Bankruptcy Proceedings", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 45, p. 390, expresa que "*It seems obvious that educational programs in money management as a social work service should be made available to debtors in bankruptcy proceedings as part of the rehabilitative process, and that in order to be effective such programs must be directed to both the debtor and his wife as a family unit.*"

<sup>767</sup> En tal sentido LEE (1971) "The Counseling...", cit., p. 387, 389 y 390, reconoce la importancia de la introducción a los procedimientos concursales de la actividad de los trabajadores sociales.

en concordancia con los objetivos de tratamiento y prevención de la insolvencia contenidos en el principio del fresh start.

Teniendo por tanto un misión social, no es posible desligar la asesoría de la deuda de la persona del deudor, debiendo configurarse como herramienta complementaria a la liberación de la deuda residual y al criterio delimitador del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal. Entendida así, se justifica que, además, los costos no deban ser un problema para su implementación en aras del cumplimiento de la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física contenidos en el principio del fresh start<sup>768</sup>, esto es, no solo tratar de manera eficiente la insolvencia, sino que también prevenir una futura<sup>769</sup>. En este contexto, se ha concluido<sup>770</sup> que siendo la reintegración de la persona deudora una cuestión de importancia económica y social, y proporcionando la ley concursal la estructura dentro de la que debe tener lugar la reintegración del deudor, la columna vertebral debe ser el financiamiento estatal, donde el apoyo al deudor a través de un asesoramiento suficientemente financiado debe garantizarse durante todo el procedimiento.

Así las cosas, la asesoría de deuda integral, social y continua destaca como herramienta que el procedimiento concursal debe contemplar para prevenir situaciones de insolvencia futuras y el abuso a través de la educación en torno al endeudamiento y del fomento de un cambio de actitud llevada a cabo por el deudor a la hora de endeudarse<sup>771</sup>. De esta importancia además se desprende que, siendo una obligación del Estado el contar con normas y políticas que digan relación con el tratamiento y prevención de la insolvencia de las personas físicas en cumplimiento con el principio

---

<sup>768</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 56, en este sentido, concluye que encontrándose en el centro de todas las acciones el hombre y su habilidad para llevar, nuevamente, una vida independiente y autodeterminada, no puede ser la tarea y el objetivo de la asesoría de la deuda reducir el contacto con las personas con justificación en la supuesta aceleración y abaratamiento de los costos del procedimiento. Coincide BEICHT, (2012) "Geeignete...", cit., p. 217.

<sup>769</sup> JACKSON (1985) "The fresh-star...", cit., p. 171.

<sup>770</sup> HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 134.

<sup>771</sup> En el derecho concursal de la persona física en Estados Unidos, en lo relativo al Capítulo 13 del *Bankruptcy Code*, LEE (1971) "The Counseling...", cit., p. 394, expresa que el objetivo del programa de asesoría al deudor es "[...] to provide the court with in-depth information about the debtor's domestic, psychological, medical, employment and financial circumstances as a means of assisting the bankruptcy court in determining the feasibility of the proposed plan, and to make available, to those debtors and their families having specific problems, existing public and private resources offered within the community, in order to advance the immediate as well as the long range rehabilitation of the debtor."

del fresh start, el mecanismo de asesoría de deuda integral, social y educativa, es de obligada implementación<sup>772</sup> y fortalecimiento<sup>773</sup>.

---

<sup>772</sup> HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 134; HERGENRÖEDER, Curt Wolfgang (2009) "Die ewige Reform – Der Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen", en *DZWIR - Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, Band 19, Ausgabe 6, p. 229.

<sup>773</sup> SCHMERBACH, Ulrich (2007) "Die geplante Entschuldung völlig mittelloser Personen", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 4, p. 203.

**PARTE TERCERA**  
**EL CARÁCTER SANCIONADOR DE LA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA**  
**PERSONA FÍSICA EN LA LC**

**SECCIÓN 1ª. EL PERIODO DE BUENA CONDUCTA EN LA LC.**

**I. FÓRMULAS DE ALIVIO DEL DEUDOR EN LA MODERNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA.**

**1. Las formas de obtención del alivio del deudor.**

En los sistemas concursales de persona física son dos las formas que predominan en torno al otorgamiento de alivio en favor del deudor. Por un lado, en una forma que llamaremos directa, el alivio del deudor es conseguido a través de una descarga de la deuda tras el resultado de una liquidación de los bienes del deudor de manera inmediata; por otro, en una forma que denominaremos aplazada, el alivio del deudor es obtenido a través de una descarga que es otorgada luego del transcurso de un periodo de tiempo determinado en el cual el deudor deberá dar cumplimiento a determinadas obligaciones, dentro de las cuales, especialmente, se encuentra la de realizar el mayor grado de sacrificio posible para satisfacer a sus acreedores.

A modo de ejemplo, la primera alternativa es contemplada por los modelos estadounidense y francés, respectivamente a través del Capítulo 7 del *Bankruptcy Code* y del *procédure de rétablissement personel* con o sin liquidación judicial. En tales modelos, tras una liquidación de la deuda, el deudor podrá obtener de manera directa la descarga de todas aquellas obligaciones que no hubieren sido cubiertas en la liquidación<sup>774</sup>. Por su parte, el modelo alemán contempla la segunda opción en la cual el deudor podrá obtener el alivio de la deuda tras un periodo de seis años en el cual deberá esmerarse por dar satisfacción a sus acreedores y cumplir una serie de obligaciones determinadas por la ley<sup>775</sup>.

Una de las particularidades que la doctrina ha resaltado de los ordenamientos europeos, en contraste con el modelo anglosajón, ha sido el carácter sociológico de los

---

<sup>774</sup> En esta misma concepción, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 168; LLEDÓ (2015) "La ley de segunda...", cit., p. 628.

<sup>775</sup> En este sentido, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 169. Describiendo de manera sucinta ambos modelos, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 73.



modelos europeos, en el que se visualiza el problema de la insolvencia como una patología social que afecta a los individuos y a la sociedad en su conjunto, de modo que esta debe asumir una responsabilidad para la reeducación del ciudadano o pequeño empresario con el fin de lograr de él un comportamiento económico responsable<sup>776</sup>.

Aunque respecto del modelo francés algunos autores lo catalogan como una categoría distinta a los modelos anglosajón y alemán, denominándolo de merecimiento<sup>777</sup>, no es menos cierto que, según nuestro entender, en una configuración procedimental genérica en donde se clasifique a los procedimientos concursales en orden al carácter directo o aplazado de la exoneración, el modelo francés entra en la primera categoría. En este sentido, y para lo que nos interesa, lo determinante para nuestra clasificación es que en los modelos, o se otorga la exoneración de manera directa, o se otorga de manera aplazada. El carácter determinante del modelo de merecimiento, esto es, la posibilidad de que el juez pueda evaluar la conducta del individuo para efectos de otorgarle una descarga de la deuda<sup>778</sup>, si miramos con detenimiento podemos apreciar que se encuentra presente en las dos formas, tanto de exoneración directa como de exoneración aplazada, en mayor o menor medida. En efecto, en ambos modelos el juez debe evaluar la conducta del deudor, sea para acceder al procedimiento concursal, sea en el transcurso, sea al final.

La diferencia estará, entonces, en el ámbito de injerencia que tenga el juez a efectos de otorgar o no una descarga de la deuda y las facultades que presente, las cuales, en ambos casos, o pueden ser amplias, o pueden ser muy reducidas. En la medida que sean amplias, tanto en el modelo de descarga directa como en el de descarga aplazada, el juez tendría amplias facultades para evaluar la conducta del deudor de manera de otorgar de manera más laxa una descarga; en el caso contrario, siendo restringidas, se limitará solo a las circunstancias y en los casos expresamente considerados por la ley.

La cuestión de la duración del procedimiento concursal de la persona física vinculada a un otorgamiento directo o aplazado de la descarga de la deuda significa la necesidad de contrastarlas con la finalidad de responder a la interrogante de ¿cuál es la mejor fórmula para otorgar la descarga de la deuda residual?. Sin perjuicio de ello, es

---

<sup>776</sup> LLEDÓ (2015) "La ley de segunda...", cit., p. 628.

<sup>777</sup> En torno al modelo francés como categoría de modelo de merecimiento, CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 747; SENDRA A., Álvaro (2018) *El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanc, p. 90.

<sup>778</sup> En tal sentido, CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 747.

preciso dejar en claro que la cuestión de fondo no pasará por un contraste entre cada una de las fórmulas entre sí, sino que a través del contraste de cada fórmula con el modelo estandar originado a partir de los fundamentos, finalidad y principio inspiradores de la moderna regulación concursal de la persona física, esto es, la finalidad de otorgar alivio al deudor y los objetivos contenidos en el principio del fresh start. Desde tal precisión, la cuestión de fondo es posible de reformular en el sentido de preguntarnos ¿cuál fórmula de otorgamiento de la descarga de la deuda es acorde o responde de mejor forma a una moderna regulación concursal de la persona física?.

Partiendo de la premisa de que una descarga directa, a diferencia de una aplazada, no impone al deudor un paso obligado por un periodo de tiempo previo al otorgamiento del alivio, para responder a la pregunta anterior se hace necesario efectuar un análisis de la fórmula aplazada de otorgamiento de la descarga de la deuda residual y, a partir de tal estudio, responder a la interrogante ¿es coincidente la fórmula de la descarga de la deuda aplazada con la moderna regulación concursal de la persona física?; cuestión que, desde otra perspectiva, bien puede ser formulada como: ¿se justifica una descarga de la deuda aplazada a partir de los fundamentos, finalidad y principio del fresh start inspiradores de la moderna regulación concursal de la persona física?. A continuación responderemos a estas interrogantes.

### **1.1. La forma automática de descarga de la deuda residual.**

En los modelos concursales de persona física que adoptan una fórmula directa de alivio, el *discharge* o exoneración de la deuda residual es otorgado inmediatamente después de que el deudor hubiere sido liquidado de sus bienes. De allí que a tal fórmula le otorguemos la denominación de "directa", que como sinónimo de inmediatez o continuidad, viene a significar que la descarga de la deuda se otorga de manera inmediata, continua o seguida, tras la liquidación de los bienes del deudor.

En el modelo estadounidense del Capítulo 7 del *Bankruptcy Code*, el deudor persona física renuncia a todos sus ingresos no exentos para ser distribuidos a sus acreedores a cambio de un *discharge* de sus deudas<sup>779</sup>. El *trustee* recolectará y reducirá a dinero los bienes respecto de los cuales el deudor no haya solicitado su excepción del

---

<sup>779</sup> LI (2007) "What do we know...", cit., p. 19; LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 68; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 96. THOMPSON (1990) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 248.

activo concursal<sup>780</sup>, distribuyéndolos de acuerdo al interés de los acreedores identificando los acreedores *secured* y *unsecured*<sup>781</sup>. Una vez hayan sido cubiertos los créditos de los *secured creditors*, el *trustee* liquidará los activos restantes del deudor para pagar los créditos de los *unsecured creditors*. Desde este punto de vista, el deudor recibirá una descarga de todas aquellas deudas que no sean exceptuadas y que tengan la categoría de *unsecured*<sup>782</sup>. El proceso de liquidación acompañado con un *discharge* de deudas le permite al deudor emerger del Capítulo 7 con un alivio<sup>783</sup>. Ahora bien, en la mayoría de los casos, lo anterior implica que el deudor no será capaz de retener su hogar<sup>784</sup>.

En el modelo francés, si del análisis de la Comisión de Sobreendeudamiento el deudor se encuentra en una situación económico-financiera irremediablemente comprometida y es deudor de buena fe, el órgano podrá orientar un procedimiento de reestablecimiento personal, el cual podrá o no estar integrado por una liquidación de bienes, dependiendo de si el deudor presenta o no bienes y recursos suficientes embargables con los cuales dar cumplimiento en parte a las obligaciones de sus acreedores<sup>785</sup>.

Si la Comisión recomienda un reestablecimiento sin liquidación judicial, y no existe contestación o alegación por alguno de los acreedores en el plazo de quince días, el juez otorgará fuerza obligatoria a la recomendación de la Comisión, luego de verificar la regularidad de su decisión y la buena fe del deudor<sup>786</sup>, lo que trae como efecto la condonación total de todas las deudas no profesionales<sup>787</sup> del deudor, a excepción de las originadas por incumplimiento de obligaciones alimenticias, por indemnizaciones a

---

<sup>780</sup> RUSHING (2016) "Use it or lose it...", cit., p. 907; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97, nota 43.

<sup>781</sup> MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1337. LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 579, nota al pie N° 39; MATEJKOVIC y RUCINSKI (2004) "Bankruptcy "reform"...", cit., p. 483; STEINFELD y STEINFELD (2004) "A brief overview...", cit., p. 128; BALSER (1986) "Section 707(b)...", cit., p. 1014.

<sup>782</sup> Sección 727(a) del *U.S. Code*; MATEJKOVIC y RUCINSKI (2004) "Bankruptcy "reform"...", cit., p. 483

<sup>783</sup> LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 69; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97.

<sup>784</sup> MATEJKOVIC y RUCINSKI (2004) "Bankruptcy "reform"...", cit., p. 484.

<sup>785</sup> VIGNEAU y LAURIAT (2010) "La reforma...", cit., p. 16; JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., p. 3726, indica que el procedimiento se incorpora en la regulación a través de la ley de 01 de agosto de 2003. FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 289; PAISANT (2001, N° 3) "Chroniques...", cit., p. 781.

<sup>786</sup> Artículo L. 7741-1 en relación al artículo L. 741-2.

<sup>787</sup> PAISANT (2008, N° 4) "Chroniques...", cit., p. 877.

víctimas de una infracción penal, multas penales y deudas cuyo origen se encuentre en maniobras fraudulentas en contra de órganos de protección social<sup>788</sup>.

En caso que la Comisión estime que el deudor tiene activos distintos a los considerados inembargables, instará al juez a que lleve a cabo un procedimiento de reestablecimiento con liquidación de bienes<sup>789</sup>. A través de este procedimiento, un liquidador nombrado a instancia del juez distribuirá el producto de la venta entre los acreedores en función del rango de las garantías con que cuenten sus créditos. A la conclusión del procedimiento, si con el producto de la realización de los bienes no se ha alcanzado a cubrir todos los créditos de los acreedores, la sentencia de cierre de procedimiento por insuficiencia de activos conllevará el efecto de condonar todas las deudas no cubiertas a excepción de las originadas en obligaciones que correspondan a las excepciones a la condonación<sup>790</sup>.

## **1.2. La forma aplazada de descarga de la deuda residual. Configuración del periodo de buena conducta.**

A diferencia de la fórmula directa de alivio, en los modelos concursales de persona física que adoptan una fórmula aplazada, el *discharge* o exoneración de la deuda residual también es otorgado tras un proceso de liquidación de los bienes del deudor, sin embargo, con posterioridad a tal liquidación y como requisito previo a la descarga, el deudor debe pasar por un periodo de tiempo determinado en el que deberá cumplir determinadas y específicas obligaciones; y que la doctrina denomina periodo de prueba<sup>791</sup> o periodo de buena conducta. De allí que a tal fórmula le otorguemos la denominación de "aplazada", la cual, en contraposición a la fórmula directa, viene a significar que la descarga de la deuda se otorga de manera dilatada, diferida o demorada en el tiempo tras la liquidación de los bienes del deudor.

En el modelo alemán, una vez que el deudor hubiere solicitado el alivio de la deuda residual, en la medida que no concurren causales de periodos de bloqueo, el tribunal emitirá resolución anunciando el alivio de la deuda residual en virtud de la § 291 InsO si cumple con las obligaciones de la §§ 295 y 287b InsO y las demás

---

<sup>788</sup> PAISANT, Gilles (2008) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 1, p. 194. Artículo L. 741-3. JIMÉNEZ (2015) "El tratamiento...", cit., p. 3728. RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 334.

<sup>789</sup> Artículo L. 742-1.

<sup>790</sup> Artículo L. 742-21; Artículo L. 741-3; FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 295.

<sup>791</sup> Así, CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 148, en referencia al modelo alemán de descarga de la deuda residual.

condiciones para una denegación del alivio no se producen; procediendo a asignar al deudor un fiduciario por el término general de seis años, el cual será responsable de administrar los recursos actuales y futuros del deudor y efectuar el pago a los acreedores.

En el periodo de seis años, o como la doctrina lo denomina, periodo de buena conducta, el deudor deberá dar cumplimiento a una serie de obligaciones, entre las cuales destacan, la obligación de información y cooperación y la obligación de efectuar una actividad remunerada apropiada que le provea de ingresos adecuados para pagar a sus acreedores (§§ 290 (1) (7) y 295, respectivamente, de la InsO)<sup>792</sup>.

La § 300 InsO dispone que los deudores deberán someterse a un periodo de seis años previos a la descarga de la deuda. La duración de este periodo, el cual tras la Reforma de la InsO de 2014<sup>793</sup> se configura por este término general, podrá ser rebajado en función de ciertas circunstancias vinculadas al interés de satisfacción de pago de los acreedores<sup>794</sup>. En efecto, los deudores podrán acceder a una disminución de la duración del término a 5 o 3 años, si logran haber solventado los costos del procedimiento o el 35% de los créditos de sus acreedores, respectivamente, dando cumplimiento a las obligaciones antes mencionadas<sup>795</sup>.

En casos en que los acreedores no hubiesen verificado sus créditos en el procedimiento concursal<sup>796</sup>, o hayan sido satisfechos por el deudor, el periodo de buena

---

<sup>792</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 280.

<sup>793</sup> En torno a los fundamentos de las modificaciones legislativas ocurridas en los últimos años, de acuerdo a PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 150 y STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 85, a partir del acuerdo de coalición de 2009, el proyecto de ley de 2012 cambia su objetivo, pasando a ser el acortamiento de la duración del procedimiento y el fortalecimiento de los derechos de los acreedores. De igual forma, HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 7. Según PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 150, BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", p. 232 y GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 202, el proyecto va más allá de meras propuestas para de acortamiento del procedimiento, con lo que los intereses de los deudores en un procedimiento razonablemente manejable, evidente y calculable apenas se toman en cuenta.

<sup>794</sup> La principal justificación utilizada por la Reforma de la InsO de 2014 para el acortamiento del procedimiento de alivio de la deuda residual fue el fomento al emprendimiento. Así, AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 429; STEPHAN (2011) "Die Reform des...", cit., p. 25; SCHMERBACH (2012) "Änderungen...", cit., p. 58.

<sup>795</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 224; SCHMERBACH (2012) "Änderungen...", cit., p. 58; STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 86. HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Der nächste...", cit., p. 91, son de la idea de que con el proyecto la atención se centra en la reducción procesal planificada, siempre que se cumpla con un cierto mínimo de tasa de satisfacción de los acreedores.

<sup>796</sup> SCHMERBACH, Ulrich (2016) "Aktuelle Probleme in Insolvenzverfahren natürlicher Personen", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 5, p. 35. De acuerdo a JÄGER, Ulrich (2014) "Die Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens gem. § 300 InsO n.F. – aus Gläubigersicht", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 223, esta excepción evita una extensión sin sentido del procedimiento al tiempo que los acreedores no se ven perjudicados con la posibilidad de quedar

conducta podrá obviarse si el deudor ha solventado los costos del procedimiento<sup>797</sup>, procediendo a una alivio de la deuda de manera directa.

En cada uno de estos casos, habiéndose cumplido con los requisitos que para cada uno exige la ley, una vez transcurrido el tiempo determinado, el juez procederá a declarar el alivio de la deuda residual del deudor. El alivio de la deuda residual, sea que se logre de manera prematura o al cabo de seis años, tendrá efecto en contra de todos los acreedores, incluso aquellos quienes no hayan verificado sus créditos en el procedimiento concursal<sup>798</sup> y respecto de todas las obligaciones adeudadas por el deudor con excepción de las señaladas en la § 302 InsO.

Como es posible apreciar, el acortamiento de la duración del periodo de buena conducta, por tanto, está condicionado al pago de cierto porcentaje de los créditos por parte del deudor<sup>799</sup>, salvo el caso en que no exista verificación de créditos por parte de los acreedores; caso este último que, no obstante y en esencia, también se relaciona con la protección de sus intereses.

### **1.3. Conceptualización y elementos de un periodo de buena conducta.**

La configuración de un procedimiento concursal de persona física en el que rige una exoneración aplazada tiene como elemento central y constitutivo al periodo de buena conducta.

De acuerdo a lo que podemos constatar de la experiencia comparada, un periodo de buena conducta puede ser definido como un término temporal determinado al cual es sometido el deudor persona física con carácter previo y obligatorio a la descarga de la deuda residual, en el cual deberá dar cumplimiento a determinadas y específicas

---

impedidos de la presentación de solicitudes de denegación, ya que en virtud del § 290 (1) InsO requieren de la presentación efectiva de la solicitud.

<sup>797</sup> RECK, Thomas, KÖSTER, Malte y WATHLING, Ulrike (2016) "1 ½ Jahre neues Verbraucherinsolvenzrecht – ein Zwischenstand", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, p. 7, crítica que la norma de § 300 InsO posibilite el alivio anticipado de la deuda sin un periodo de buena conducta cuando no existan reclamaciones de los créditos por parte de los acreedores, pero condicionándolo al pago de los costos del procedimiento, ya que tal condicionamiento no tendría sentido económico.

<sup>798</sup> WINTER (2010) "Die Verkürzung...", cit., p. 140.

<sup>799</sup> AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 429. De acuerdo a HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 219, siguiendo la exposición de motivos de la ley en BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 30, la reducción del procedimiento está vinculada, en sentido de sistema de incentivos, a una satisfacción parcial de los acreedores, que debe lograrse a través de apoyo financiero de familiares y amigos del deudor.

obligaciones, so pena de denegación o revocación de la descarga en caso de incumplimiento<sup>800</sup>.

Aunque en modelos comparados el periodo de buena conducta toma diversa duración, condicionándose la misma a través de diversas fórmulas que en la mayoría de los casos dirán relación con el cumplimiento por parte del deudor de un porcentaje determinado de créditos en favor de sus acreedores, los elementos constitutivos o que concretizan a un periodo de buena conducta son, y como se desprende del concepto antes indicado: un término temporal previo y obligatorio para la concesión de la descarga de la deuda, y el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte del deudor.

En aquellos casos en que el término temporal se encuentre disminuido o, en principio, pueda parecer inexistente, estaremos en estricto rigor frente a una modalidad de periodo de buena conducta genérico; modalidad constituida por la condición de que el deudor lleve a cabo una determinada actividad en beneficio de sus acreedores, esto es, cumpla un porcentaje determinado de los créditos. Tal es el caso, a modo de ejemplo, del modelo alemán en el que la disminución del término genérico de seis años se encuentra condicionada a que el deudor hubiere cumplido en el plazo de tres años con el pago de al menos el 35% de los créditos de sus acreedores. En tales circunstancias, el cumplimiento de tal condición permitirá que en favor del deudor nazca el derecho a la disminución del término temporal originario.

Por su parte, en los casos en que el término aparezca como inexistente, deberemos analizar si tal inexistencia se encuentra condicionada al cumplimiento por parte del deudor de una determinada actividad en favor o beneficio de sus acreedores. En la medida en que ello sea efectivo, podremos comprender que la inexistencia del periodo de buena conducta será solo aparente, toda vez que la condicionalidad de la inexistencia de un plazo será una modalidad de un término temporal determinado.

En cuanto a las obligaciones que el deudor persona física deberá cumplir durante el término temporal, aunque a ellas nos referiremos con mayor detalle en la parte cuarta de este trabajo, y a efectos de lo que nos interesa por el momento, en términos generales se constituyen en el conjunto de obligaciones que, con fundamento en la prevención del abuso, y vinculadas a una conducta proba, coincidente con la rectitud y verdad, tanto para con los intereses del procedimiento, tanto con respecto a los intereses de los

---

<sup>800</sup> LLEDÓ (2015) "La ley de segunda...", cit., p. 627, utiliza la expresión "exigiéndose un buen comportamiento".

acreedores, deberá llevar a cabo el deudor durante el término temporal respectivo a efectos de que le sea otorgado un alivio.

Considerando la experiencia de modelos comparados, de las diversas obligaciones que pueden ser establecidas en la ley, destaca aquella que obliga al deudor a efectuar pagos a sus acreedores durante el término temporal determinado. En efecto, y a modo de ejemplo, el modelo alemán contempla la obligación de adquisición y pago del deudor hacia sus acreedores, con lo cual deberá llevar a cabo los mayores esfuerzos para satisfacerlos<sup>801</sup>. Desde este punto de vista, la configuración de una fórmula de exoneración aplazada, en la mayoría de los casos, presentará un requerimiento al deudor de una determinada contribución de sus ingresos futuros para el pago de sus acreedores<sup>802</sup>.

En la visión de estos modelos, la obligación de llevar a cabo los mayores esfuerzos para la satisfacción de los acreedores<sup>803</sup> inmersa en un periodo de aplazamiento del *discharge* dirá relación, tanto con un deber de rectitud y probidad para con los intereses del procedimiento concursal, tanto con un deber de rectitud del deudor hacia los intereses de sus acreedores, puesto que, como veremos a continuación, en tales circunstancias el objetivo principal del procedimiento concursal de la persona física será la satisfacción de los mismos<sup>804</sup>.

---

<sup>801</sup> En este contexto, INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 300.

<sup>802</sup> GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 295; CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 73. MIRANDA SERRANO, Luis (2014) "¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?", en *Diario La Ley*, Nº 8276, Sección Doctrina, Editorial La Ley, expresa que "Contrariamente a lo que sucede en el modelo anglosajón, en el conocido como de la "rehabilitación" la condonación del pasivo no es nunca automática. Con anterioridad a que se proceda a ella, se exige al deudor pasar por un período de prueba a lo largo del cual habrá de demostrar que tiene un comportamiento honesto, destinando una parte de su renta al pago de la deuda pendiente.". ÁLVAREZ VEGA, María Isabel (2010) *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 556.

<sup>803</sup> En este sentido, ÁLVAREZ VEGA (2010) *La protección...*, cit., p. 557, refiriéndose a la obligación de ejercer una actividad remunerada por parte del deudor.

<sup>804</sup> De esta forma nos parece que se pronuncia LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 187, para quien, el objetivo del periodo de plan de pagos, en los ordenamientos que no establecen un porcentaje de satisfacción mínimo de los acreedores, es también "[...] que los acreedores cobren, pero la consecución del *discharge* no se supedita a un resultado concreto sino a la conducta del deudor durante el período de cumplimiento del plan, que deberá emplear la diligencia debida para que los acreedores resulten satisfechos."



## **2. Formas de exoneración de la deuda en la LC.**

Aunque nuestra LC contempló por primera vez el mecanismo de exoneración de deudas a partir de su introducción llevada a cabo por el legislador a través de la LAE, no fue sino hasta el año 2015 que, a través del artículo 178 bis introducido por la LSO, que se establece el actual modelo de exoneración de la deuda residual del deudor persona física en el ordenamiento concursal nacional.

### **2.1. La fórmula de exoneración automática en la LC.**

De acuerdo a la norma del artículo 178 bis.3.4° y 5° en relación con la disposición del apartado 6 del artículo 178 bis, podemos entender que la LC contempla dos formas de otorgar la exoneración de la deuda residual al deudor persona física: una forma automática cuando el deudor hubiere satisfecho los créditos contra la masa y los privilegiados, y al menos el 25% de los créditos ordinarios si no hubiere intentado un acuerdo extrajudicial de pagos<sup>805</sup>; y una aplazada a través de un periodo de plan de pagos de cinco años cuando no hubiere podido cumplir las exigencias anteriores<sup>806</sup>. En efecto, luego de que el número 4° del apartado 3 establece que se admitirá la solicitud de exoneración si el deudor hubiere satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los privilegiados, o al menos el 25% de los ordinarios si no hubiere intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el número 5° del apartado 3 expresa que se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo cuando el deudor, alternativamente al número anterior, i), acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6; que dispone que el plazo del plan de pagos será de cinco años.

La palabra "alternativamente" contenida en el número 5° del apartado 3 permite comprender que si el deudor no logró cumplir el porcentaje de pago de créditos que señala el número 4° del apartado 3, entonces podrá acogerse también al beneficio de exoneración de la deuda si cumple, en su lugar, el requisito del número 5° del apartado 3. De allí que entendemos que, considerando que la norma del número 5° del apartado 3 establece que "alternativamente al número anterior" para el alivio deberán someterse los deudores a un plan de pagos por cinco años, el número 4° establece la posibilidad de alivio de la deuda automático si se han pagado los porcentajes señalados en la

---

<sup>805</sup> En esta misma interpretación, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p.20; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., pp. 91 y 92.

<sup>806</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 19.

disposición; y en tal sentido, si el deudor no puede lograr cumplir el requisito para una exoneración automática, pueda, en su lugar, y cumpliendo el requisito del número 5º, obtener de igual forma una exoneración, aunque aplazada en el tiempo por cinco años atendido el numeral i), número 5º del apartado 3.

La interpretación anterior sería reafirmada por la norma del apartado 5 en relación con la del apartado 6 del artículo 178 bis. En efecto, el apartado 5 dispone que el beneficio de exoneración concedido a los deudores previsto en el número 5º del apartado 3 se entenderá a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendientes en la fecha de conclusión del concurso, y respecto a los créditos enumerados en el art. 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía. Por su parte, el apartado 6 del artículo 178 bis establece que las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso. Volveremos sobre este punto.

## **2.2. La fórmula de exoneración aplazada. Un periodo de buena conducta "camuflado" en la LC.**

La LC adopta como referencia en este punto al modelo de insolvencia de persona física alemán<sup>807</sup>, toda vez que propicia un alivio de la deuda aplazada en el tiempo. A la usanza de aquel modelo en el que el alivio de la deuda es otorgado tras seis años de duración de un plan de pagos en el que el deudor deberá esforzarse por dar cumplimiento a sus acreedores, la LC posibilita la exoneración de la deuda residual al cabo de un término de cinco años de plan de pagos al cual hace referencia el apartado 6 del artículo 178 bis en relación con el número 5º del apartado 3 de la misma disposición. A diferencia de lo pudiere estimarse<sup>808</sup>, entendemos que el carácter obligatorio del plan de pagos al que es sometido el deudor en la forma establecida por la

---

<sup>807</sup> BASTANTE, Víctor (2016) "La doctrina del "solidarismo contractual" y la quiebra del consumidor", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 39, septiembre-diciembre, Editorial Thomson Reuters, p. 237, concuerda en que la LC sigue al modelo alemán. En el mismo sentido, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 17; CUENA, Matilde (2016) "La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras resoluciones judiciales", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 25, Editorial Wolter Kluwer, p. 7 (Smarteca) ; LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 174; LATORRE, Nuria (2018) "El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 28, Editorial Wolter Kluwer, p. 2 (Smarteca).

<sup>808</sup> BASTANTE (2016) "La doctrina...", cit., p. 243, estima que la LC habría optado por el otorgamiento de una exoneración sin considerar la instauración de un plan de pagos coactivo que ofrecería la opción de cumplir el contrato en su plenitud, evitando de esta forma una posible liberación de deudas.

disposición, significa la imposición coactiva de un término en el cual deberá dar satisfacción a sus acreedores.

Comprendiendo y conociendo la conceptualización y elementos de lo que se ha denominado como periodo de buena conducta, podemos decir que el periodo de cinco años al cual la LC obliga al deudor para hacer pago a sus acreedores, sometido a una serie de obligaciones vinculadas a su conducta o, como la misma LC señala, a su buena fe<sup>809</sup>, viene a constituirse en un efectivo periodo de buena conducta para el deudor.

Aunque el legislador español lo designa de otra manera —periodo de plan de pagos—, no debemos olvidar que la naturaleza de la institución está dada precisamente por sus elementos configuradores: un tiempo determinado en el que el deudor es retrasado en el alivio de la deuda y en el que deberá cumplir una serie de obligaciones vinculadas a su comportamiento hacia el procedimiento y sus acreedores.

Tales elementos configuradores se encuentran presentes en las normas que regulan el plan de pagos del artículo 178 bis, toda vez que además del término de cinco años contemplado por el apartado 6, la redacción del apartado 7 comprende una serie de exigencias aplicables al periodo de cinco años del plan. Atendido el obligado cumplimiento de tales exigencias durante el término, ello reafirma la concepción de que con el periodo de cinco años nos encontramos ante un término en el cual el deudor es privado del derecho al alivio y sometido al cumplimiento de una serie de obligaciones, muchas de las cuales en efecto se vinculan con su conducta proba y recta para con el procedimiento concursal, así como especialmente para con sus acreedores. Volveremos más adelante sobre este último tema.

A partir de lo anterior, es posible colegir la naturaleza de periodo de buena conducta del término de cinco años consagrado en el apartado 6, y que es aplicado a la segunda forma de exoneración de deudas del número 5º del apartado 3. Ahora bien, debido a la imposibilidad de que el deudor pueda cumplir, en la mayoría de los casos, con el requisito del número 4º del apartado 3 para obtener una exoneración automática de la deuda<sup>810</sup>, el periodo de buena conducta será de alta aplicación en el modelo español.

---

<sup>809</sup> RUBIO VICENTE, Pedro (2016) "Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida en la Ley Concursal", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 24, Editorial Wolter Kluwer, pp. 18 y 19 (Smartecca).

<sup>810</sup> En tal sentido, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 73.

### **2.3. La satisfacción de un porcentaje mínimo de créditos en beneficio de los acreedores en la LC.**

Considerando la experiencia de modelos comparados, podríamos pensar a primera vista que es criticable que el legislador español, a diferencia de los ordenamientos como el alemán, no contemple excepciones a la duración del periodo de buena conducta en función de un porcentaje de cumplimiento mínimo de créditos en beneficio de los acreedores. Tal es la idea presente en alguna doctrina <sup>811</sup>, la cual entiende que la LC no prevé la posibilidad de que el deudor logre cumplir el plan de pagos antes del transcurso de cinco años, ni se contempla la posibilidad de reducción del plazo si el deudor paga un determinado porcentaje de la deuda. En teoría, la introducción de esta condicionalidad a la duración del aplazamiento sería beneficiosa para el deudor ante la presencia del periodo de buena conducta de la ley española, toda vez que permitiría que el deudor pudiera escapar a un largo aplazamiento de la exoneración con antelación al plazo originario de cinco años que establece el apartado 6 del artículo 178 bis.

Así las cosas, cuando todos los ordenamientos promueven periodos de duración del procedimiento de alivio de máximo seis años, pero estableciendo además excepciones de entre uno y tres años con cumplimiento de un porcentaje mínimo de pago de los créditos, lo cual, en teoría, proporciona al menos la esperanza de un alivio más rápido al deudor; apreciamos que el modelo español no lo ha contemplado, y al parecer se esforzaría por hacer más y más largo el periodo de aplazamiento de la exoneración.

La norma del artículo 178 bis.3.4º, establece que el deudor persona física se entenderá de buena fe, para efectos de concederle una exoneración del pasivo insatisfecho, cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial previo, al menos el 25% de los réditos concursales ordinarios. De acuerdo a lo que venimos planteando, la norma del número 4º establece la posibilidad de descarga de la deuda de manera directa, toda vez que, desde la conceptualización que hemos descrito, en principio posibilita que tras la liquidación del deudor, el mismo sea beneficiado con una descarga de la deuda de manera inmediata. Sin perjuicio que la norma del artículo 178

---

<sup>811</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 57, citando la reforma de la InsO alemana de 2014; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 19.

bis.3.4º fue introducida por la LSO, la forma de exoneración aludida surge por primera vez con la LAE<sup>812</sup>.

Ahora bien, aunque la normativa concursal española contempla en la norma en comento la posibilidad de una forma directa de descarga de la deuda en beneficio del deudor, el carácter de inmediata de tal posibilidad es más aparente que real. En efecto, si tomamos como punto de partida los modelos comparados, es claramente apreciable la diferencia que el modelo español presenta en relación a los modelos estadounidense y francés, en los cuales, luego de una liquidación, sin necesidad de cumplimiento de un porcentaje de los créditos en beneficio de los acreedores, sino solo de los costos del procedimiento, el deudor es beneficiado con una descarga de la deuda de manera directa.

Aunque el modelo español contempla la posibilidad de que el deudor pueda ser beneficiado con una descarga de la deuda de manera directa, lo cual en la práctica y desde nuestra conceptualización del periodo de buena conducta se constituiría en una excepción a la duración del aplazamiento de la exoneración original, ello se reserva solo a los deudores que han dado cumplimiento a un índice de satisfacción mínima de los acreedores<sup>813</sup>; índice que se ve representado por un porcentaje de créditos que el deudor deberá pagar a sus acreedores para ser beneficiado con una descarga de la deuda de manera directa.

De acuerdo a esto, comprendemos que el modelo español, tanto con la antigua redacción del artículo 178.2 de la LC, tanto con la actual regulación del artículo 178 bis.3.4º, sigue el modelo alemán de insolvencia de personas físicas, en el cual el alivio del deudor no solo se encuentra sujeto al cumplimiento de un periodo de tiempo determinado, sino que además, se condiciona el término de duración de tal periodo de tiempo al cumplimiento de un porcentaje de los créditos o índice de satisfacción mínima de los acreedores<sup>814</sup>. Es en este sentido que expresamos que la descarga directa, o como algunos la denominan<sup>815</sup>, automática, no sería tal.

---

<sup>812</sup> La norma del artículo 178.2 LC, tras la reforma introducida por el artículo 21, Cinco, de la LAE, en lo pertinente, expresa que "La resolución judicial que declara la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que [...] y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. [...]". CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 138.

<sup>813</sup> En mismo sentido, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 18; RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 12.

<sup>814</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 57. CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 19, estima que en el modelo alemán no existe un condicionamiento al abono de un umbral de pasivo. En este sentido, entendemos que la autora se refiere a un condicionamiento para la exoneración del pasivo

Ahora bien, no debemos desconocer que es claro que, de acuerdo a nuestras consideraciones, podamos comprender que aunque en principio el modelo español pudiera parecer contradictorio con modelos comparados que consagran excepciones a la duración del aplazamiento de la exoneración durante el transcurso del plazo, y por tanto, pudiere entenderse menos beneficioso para el deudor, en la práctica ello no es así. Por el contrario, siendo el modelo español concordante con aquellos ordenamiento, su regulación es mucho más restrictiva. En efecto, por un lado, la condicionalidad de la duración del periodo de buena conducta a través de la satisfacción de un porcentaje mínimo de los créditos de los acreedores efectivamente se encuentra presente en nuestra LC, solo que con un mayor grado de dureza, puesto que, por otro lado, la condicionalidad de la duración del aplazamiento de la exoneración limitada a estadios anteriores al inicio del cómputo del plazo, impide de forma más drástica que en modelos comparados la obtención de alivio a los deudores que tienen capacidad de pago para afrontar un plan de pagos a lo largo del tiempo, puesto que les obliga sin excepción a un largo e incondicional aplazamiento de la exoneración de deudas<sup>816</sup>.

Así las cosas, la disposición viene a establecer, de manera similar a la InsO, una condición a la duración del periodo de plan de pagos o periodo de buena conducta, la cual se vincula con el cumplimiento de un porcentaje determinado de los créditos en beneficio de los acreedores. Aunque la LC contempla la posibilidad de que la exoneración sea otorgada de manera directa sin plazo intermedio menor (de tres años como es el caso de la InsO) cuando el porcentaje de satisfacción de los acreedores es cumplido, el requisito de cumplimiento de un índice de satisfacción mínima de los acreedores para el otorgamiento de un alivio de la deuda o *discharge* está presente.

A mayor abundamiento, el legislador español incluso incorpora un porcentaje de cumplimiento mínimo o índice de satisfacción en beneficio de los acreedores en la fórmula de exoneración aplazada que contempla el apartado 6 del artículo 178 bis. En

---

exonerable, en el entendido que su interpretación sería que la LC condicionaría al deudor a tener que pagar sí o sí el pasivo no exonerable en el plazo de cinco años del plan de pagos para lograr una exoneración definitiva del pasivo exonerable.

<sup>815</sup> De acuerdo a esto, no compartimos lo señalado por LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 3, quien expresa que "Si se observa la situación del Derecho español antes de las reformas de 2015, se comprueba que el procedimiento de concesión del beneficio del anterior art. 178.2 LC era de tipo automático o inmediato, en el sentido de que se concedía de forma definitiva tan pronto se constatará la buena fe del concursado.". De igual forma, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., pp. 91 y 92.

<sup>816</sup> Para este último caso sí que tiene aplicación lo estimado por CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 57, al expresar que LC no prevé la posibilidad de que el deudor logre cumplir el plan de pagos antes del transcurso de cinco años, ni se contempla la posibilidad de reducción del plazo si el deudor paga un determinado porcentaje de la deuda.

efecto, de la redacción de la norma del apartado 8 del mismo precepto normativo se aprecia que el deudor deberá destinar al menos la mitad de la remuneración que hubiere percibido durante el transcurso del plazo de cinco años del plan de pagos para la satisfacción de sus acreedores. Tal obligación, aunque no establecida en términos automáticos por la LC, puesto que no impone un monto específico de créditos que deberá cubrir el deudor, se constituye en efecto en un porcentaje de satisfacción mínima para los acreedores, puesto que a través de esta norma se impone al deudor, aunque de manera indeterminada, la obligación de tener que cumplir un porcentaje de los créditos en beneficio de sus acreedores para lograr una exoneración definitiva de la deuda tras el transcurso del periodo de buena conducta del apartado 6 del artículo 178 bis<sup>817</sup>.

#### **2.4. Extensión de la exoneración del artículo 178 bis.5 en función de las formas de exoneración.**

Partiremos este apartado manifestando que es nuestra interpretación que el apartado 5 del artículo 178 bis se corresponde con la norma que en el ordenamiento español establece el efecto de la descarga de deudas de manera general, por tanto, aplicable tanto para la fórmula de exoneración a través del plan de pagos del apartado 6, así como para la fórmula de exoneración del número 4º del apartado 3<sup>818</sup>. En efecto, aunque la norma en comento parte señalando que se refiere al número 5º del apartado 3, con lo cual pareciera estar expresando que solo tiene aplicación en caso de exoneración a través del plan de pagos<sup>819</sup>, comprendemos que la redacción interna de la norma, que no establece distinción alguna, comprendería a ambas formas de exoneración.

Para explicar nuestro planteamiento, y en efecto, nuestra comprensión es que el apartado 5, al disponer "previstos en el número 5º del apartado 3" comete una

---

<sup>817</sup> En contra de nuestra postura crítica, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 191, para quien la posibilidad que otorga la ley en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 178 bis, rompe con la exigencia de satisfacer un mínimo de pasivo sobre la que se asienta la regulación, lo cual, desde esta visión, sería positivo, y donde "Las bondades de la institución se ponen de manifiesto precisamente con el supuesto excepcional contemplado por el legislador español, que por otra parte, supone un acercamiento a todas las demás regulaciones, consideradas mucho más benevolentes con el deudor por no exigir la satisfacción de un resultado mínimo."

<sup>818</sup> Aunque no refiriéndose al efecto de la exoneración propiamente tal, sino que a la concurrencia de la exoneración con carácter provisional, es interesante para lo que nos convoca que CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 20, estime que el artículo 178 bis.5, segundo párrafo, regula los efectos generales sin distinguir entre las hipótesis de exoneración a través del plan de pagos y la exoneración a través del número 4º del apartado 3. Por su parte, en nota al pie N° 20, es más categórica, indicando que su opinión es que "del texto de la norma no existe base legal para deducir que solo se refiere al deudor que se ha sujeto a un plan de pagos".

<sup>819</sup> En esta interpretación, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 283, para quien, por tanto, los efectos del apartado 5 se refieren solo a la exoneración provisional; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 173.

equivocación y en vez de referirse al número 5°, en realidad no quiso referirse a ninguna de las dos formas de exoneración; de manera de establecer el efecto general de la exoneración de la deuda residual en la LC.

Aunque se indica en la norma, de manera expresa, una referencia al número 5° del apartado 3, si ello fuese de tal manera, existiría una contradicción con el apartado 6 del artículo 178 bis. En efecto, si la norma del número 5° del apartado 3, que hace aplicable el apartado 6, que se refiere a las deudas que no hayan sido exoneradas conforme a la primera opción concedida en el número 4° del apartado 3, y de allí que indique que es una forma "alternativa" a tal opción del número 4° del apartado 3, para aplicarles la opción de exoneración a través del periodo de plan de pagos del apartado 6, es porque la opción del número 4° del apartado 3 es automática, respecto de la cual una cierta parte de los créditos (los no previstos en la norma) no pagados, serán exonerados de manera inmediata, tal como lo indica y pormenoriza, en cuanto efecto, la norma del apartado 5 en comentario.

Por otro lado, si estimamos que el apartado 5 efectivamente se refiere al número 5° del apartado 3, y no al número 4°, como la opción de exoneración del número 5° ya exige que el deudor se someta a un periodo de cinco años del plan de pagos del apartado 6, podría incluso estimarse que en atención al inicio del apartado 6, que se refiere a las deudas no exoneradas conforme al apartado 5, debiera someterse al deudor nuevamente a un plan de pagos por cinco años, para luego de ello y recién allí (en tal estado) aplicarse el apartado 8, párrafo uno y dos, para declarar la concesión definitiva del alivio respecto de las deudas que el apartado 5 declara no exonerables.

En efecto, podría pensarse o argumentarse lo anterior puesto que el apartado 5, en su texto, establece que solo se exonerará en esta opción, a través del plan de pagos en un plazo de cinco años que señala el numeral i) del número 5° del apartado 3, los créditos ordinarios y subordinados, y la parte de los créditos con privilegio especial hipotecario (etc.) no satisfecha por ejecución, quedando el resto de créditos con privilegio especial y general y los créditos contra la masa, por ley, sin exoneración, si sucede que el deudor no pudo dar cumplimiento al porcentaje de satisfacción mínimo exigido por el número 4° del apartado 3 y el plan de pagos de cinco años finalmente no se cumple. Ante esta interpretación, en aplicación del inicio del apartado 6, que se refiere en el texto a "la deuda no exonerada conforme lo dispuesto en el apartado anterior", y que a su vez se refiere en el texto al plan de pagos del número 5° del apartado 3, sería necesario someter al deudor a un nuevo plan de pagos por otros cinco



años para, recién al término de este nuevo aplazamiento de la exoneración, que en suma daría como resultado un aplazamiento aproximado de quince años, otorgar la concesión definitiva del alivio en aplicación del apartado 8, párrafo uno y dos.

A mayor abundamiento, si el apartado 5 se estuviera refiriendo a la opción de exoneración del número 5° del apartado 3, sin comprenderse que en realidad también se refiere al número 4°, ¿cuál sería el efecto de la exoneración en la opción del número 4° del apartado 3?, o en otros términos ¿qué pasaría con los créditos, especialmente los ordinarios o subordinados, a los que no se refiere la norma del número 4° del apartado 3?<sup>820</sup>, ¿qué sucedería con los efectos de la exoneración en caso del número 4° del apartado 3 en relación a los obligados solidariamente, fiadores y avalistas del deudor?<sup>821</sup>. O a contrario sensu, si el apartado 5 se estuviera refiriendo al caso de exoneración directa del número 4° del apartado 3, ¿cuál sería el efecto de la exoneración en la opción del número 5° del apartado 3 en relación al apartado 6?, o en otros términos, ¿qué pasaría con los créditos, especialmente los ordinarios o subordinados, a los que no se refiere la norma del apartado 6?. Ninguna norma haría referencia a los mismos, sin tener respuesta respecto a la suerte de tales créditos ante la exoneración<sup>822</sup>.

De acuerdo a lo anterior, comprendemos que la interpretación que mejor resguarda los intereses de los deudores y confiere armonía a la regulación es que el apartado 5 no se refiere a ninguna forma de exoneración en particular, sino que consagra el efecto de la exoneración de las deudas de manera general. En la base de esta estimación se encuentra una interpretación analógica cuyo punto de partida es la consideración de la naturaleza de la institución de la exoneración de la deuda residual, la cual, independientemente de que el apartado 5 haga aplicable sus efectos a la forma de exoneración del número 5°, impone no poder desconocer que los mismos habrán de ser aplicables de igual manera a la forma de exoneración del número 4° del apartado 3. Tales consideraciones pueden también ser inferidas de las Conclusiones del Seminario

---

<sup>820</sup> Cuestión que se pregunta RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 23, atendido a que en su punto de vista, la norma del apartado 5 se refiere en su literalidad al número 5°, apartado 3 del artículo 178 bis.

<sup>821</sup> Esta cuestión se la pregunta las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 11, para la que no ofrece una postura definida.

<sup>822</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Pilar (2016) "Acuerdo extrajudicial de pagos, segunda oportunidad, Administración y crédito público", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 24, Editorial Wolter Kluwer, p. 14 (Smarteca), expresa que respecto del deudor que satisface el umbral de pasivo mínimo la exoneración se extendería a todo su pasivo pendiente, incluyendo a los créditos de derecho público; lo cual comprendemos infundado puesto que, en la práctica, ninguna norma estaría estableciendo en realidad los efectos de la exoneración en caso de que proceda la forma del número 4° del apartado 3 si la norma del apartado 5 en realidad solo se estuviera refiriendo al número 5° del apartado 3.

de Segunda Oportunidad de 2016<sup>823</sup>, en el que, a pesar de la falta de determinación de una postura definida en torno a los efectos de la exoneración en los obligados solidariamente, fiadores y avalistas del deudor en caso de exoneración del número 4º del apartado 3, y aunque no lo declara de manera expresa, parece inferirse que la pretensión es estimar que el efecto de la exoneración, por su naturaleza, ha de ser aplicado a ambas formas de exoneración. En todo caso, las conclusiones referidas expresan que la literalidad de la disposición en comento "parece fruto de una deficiente numeración del precepto.", lo cual contribuiría a corroborar nuestra comprensión de que la LC se habría equivocado al contemplar la referencia al número 5º.

Nuestra interpretación también encuentra justificación en la Historia de la Ley 25/2015, desde que en cesión de discusión de convalidación o denegación del RDL 1/2015, al darse a conocer una visión general del funcionamiento del mecanismo de segunda oportunidad, se habrían planteado sus efectos generales aludiéndose, primero a la fórmula de exoneración del número 4º del apartado 3, para luego, y en seguida, señalarse que los créditos no exonerados de tal forma lo serían a través del sometimiento del deudor al plan de pagos de cinco años<sup>824</sup>.

Por todo ello, estimamos la referencia del apartado 5 es tanto al número 4º como al número 5º del apartado 3, interpretación que posibilita una mejor sistematización del procedimiento concursal de la persona física y, tal como vemos, posibilita una mayor protección a los intereses de los deudores personas naturales al permitir un trato adecuado a la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de persona física y del principio del fresh start. En efecto, en aplicación del apartado 5 a la exoneración a través del número 4º del apartado 3 no existe duda en cuanto a los efectos que la misma presenta<sup>825</sup>; por su parte, utilizando el apartado 5 la expresión "pasivo insatisfecho" para referirse a los efectos que sobre él tiene la exoneración, tanto en la forma de exoneración directa del número 4º del apartado 3, tanto en la fórmula aplazada del apartado 6, apreciamos que las expresiones "exoneración del pasivo insatisfecho"

---

<sup>823</sup> CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 11.

<sup>824</sup> Así, intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 18, expresó que "Este mecanismo funciona de la siguiente forma: en primer lugar se concede la exoneración de todos los créditos excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquellos que gocen de privilegio general. [entendiendo nosotros se habría referido a la fórmula de exoneración del número 4º del apartado 3] Para los créditos no exonerados, el deudor deberá someterse a un plan de pagos a cinco años que deberá ser aprobado por el juez [aludiendo en este caso a la fórmula de exoneración del número 5º del apartado 3]"

<sup>825</sup> Nuestra interpretación responde a las inquietudes planteadas por RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., pp. 25 y 28.

utilizadas por el apartado 8 estarían dando cuenta de una remisión de la norma a los efectos de la exoneración contemplados en el apartado 5.

En efecto, la clave para dilucidar la solución está en la redacción del apartado 8 en relación con el apartado 5 segunda parte. Comprendiendo nosotros que el apartado 5 establece el efecto general de la exoneración, aplicable a las dos fórmulas de exoneración, entendemos además que al contraponer la norma del número 1º del apartado 5 y el párrafo primero del apartado 8, esta última es una norma especial en relación a la primera. Como tal, su especialidad no se refiere a los efectos que la exoneración como tal presentaría en la fórmula aplazada —efecto que en todo caso está dado en el párrafo segundo del apartado 5—, sino que en la extensión de los efectos de la exoneración en las obligaciones; la cual alcanzaría a "todo el pasivo insatisfecho"; pasivo en el cual, no obstante, se encontrarán exceptuadas las obligaciones que han sido declaradas como tal.

En nuestra interpretación, entendemos que el legislador ha establecido las fórmulas de exoneración como consecuente la aplazada respecto de la automática. De allí que la fórmula aplazada sea solo una "alternativa" cuando no hubiere sido posible lograr la del número 4º del apartado 3. Estando establecidas en forma de orden consecutivo, la extensión de los efectos de la exoneración planteada en los numerales del apartado 5 es la regla genera comprendida para la fórmula de exoneración directa del número 4º del apartado 3, puesto que, como puede apreciarse, es una obviedad que en esta fórmula sea posible exonerar los créditos que allí señala puesto que el resto habría sido cubierto por el deudor. Por su parte, comprendiendo a la fórmula aplazada como una consecuencia de la directa, la extensión de sus efectos han sido expresados en una norma especial como es el párrafo primero del apartado 8. De allí que la norma del apartado 8 se encuentre establecida al final del artículo 178 bis, luego de contemplarse las reglas que regirán el periodo del plan de pagos.

## **2.5. La incongruencia de una exoneración provisional en la forma de exoneración directa en la LC.**

Considerando lo que venimos argumentando, con la redacción de la norma del párrafo segundo del apartado 4 del artículo 178 bis, surge la duda en torno a qué sucederá en el caso de la posibilidad de exoneración automática del número 4º del apartado 3, en que sería posible cumplir con el pago de los créditos descrito para acceder de forma directa a la exoneración, sin tener que someterse el deudor al plan de

pagos por cinco años. Ello puesto que la norma dispone que si los acreedores y administración concursal manifiestan conformidad o no se oponen en plazo indicado en la disposición, el juez "concederá con carácter provisional" el alivio de la deuda, con lo cual la exoneración provisional sería otorgada siempre y para todos los casos a pesar de que los deudores hubieren dado cumplimiento a los requisitos contemplados en la forma directa de exoneración<sup>826</sup>. De acuerdo a esto, por aplicación del apartado 8, párrafo uno, concluiríamos que también debería aplicarse el periodo de cinco años del plan en caso de procedencia de la forma de exoneración directa, y solo una vez concluido este plazo, se concedería el alivio de la deuda con carácter definitivo<sup>827</sup>.

Tal razonamiento atenta contra el interés de los deudores que efectivamente dan cumplimiento al requisito y proveen de pago considerable a sus acreedores. A ellos, cumplido el requisito, que entendemos se producirá en la minoría de casos, no se les puede someter a una espera o aplazamiento del alivio, puesto que ello no solo se encuentra en contraposición de los objetivos de los procedimientos concursales de la persona natural, sino que también en contradicción con el espíritu de la norma del número 4º del apartado 3, atendidas las pretensiones y objetivos del legislador español al tiempo de establecer la disposición y la posibilidad de exoneración automática.

En este sentido, tanto la Historia de la Ley<sup>828</sup> como la exposición de motivos de la LSO<sup>829</sup>, dan cuenta de que en una alternativa de exoneración dada al deudor, el mismo podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% de los créditos concursales ordinarios.

---

<sup>826</sup> Esta es la interpretación a la que llega CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., pp. 19 y 50, expresando que "no hay base legal, a [su] juicio, para entender que el efecto de la exoneración provisional solo se produzca para el deudor que se acoja al plan de pagos. De igual forma, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 19 y CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 77. En la misma interpretación, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 175; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 283; RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 23; ARJONA G., José Luis (2017) *La ley de segunda oportunidad y los acreedores del deudor exonerado. Un presupuesto de posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 22.

<sup>827</sup> En esta interpretación, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., pp. 147 y 182. CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 77, expresa que "Ciertamente es que este último apartado que regula cómo y en qué condiciones se concede la exoneración definitiva, inicia su redacción señalando que "transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos", parece abogar por la idea de que la provisionalidad solo es aplicable a los supuestos en los que el deudor se sujeta a un plan de pagos".

<sup>828</sup> Intervención del Ministro de Economía y Competitividad, De Guindos Jurado, en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 19.

<sup>829</sup> Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, III, p. 8.

Además, si conforme al apartado 6 en relación con el número 5° del apartado 3, las deudas no cubiertas por la exoneración del apartado 5 —en caso que no pudiera ser aplicada la exoneración del apartado 5 para la exoneración automática del número 4° del apartado 3— se someterán al plan de pagos por cinco años, en caso de cumplimiento del número 4° del apartado 3 —pago de los créditos o satisfacción de porcentaje mínimo que se menciona en la norma y posterior exoneración de los restantes créditos no cubiertos en aplicación del apartado 5—, la exoneración a la que se refiere sería en efecto automática y, por tanto, la concesión del alivio al que se refiere al apartado 4 ha de ser definitiva si la administración concursal y acreedores no se oponen en plazo respectivo.

Lo anterior es reforzado si se tiene en cuenta la comprensión que hemos descrito previamente, de que el apartado 5 del artículo 178 bis contiene el efecto general de la exoneración en la LC y que el apartado 8 fija la extensión del efecto de la exoneración para la fórmula aplazada. En efecto, es bajo estas consideraciones que se explica que el apartado 8 refiera la concesión o exoneración definitiva únicamente a la modalidad de plan de pagos, obviando cualquier indicación respecto a la que exige la satisfacción de un umbral de pasivo mínimo, puesto que en caso de exoneración directa del número 4° del apartado 3, no se hace necesaria la aplicación de un plan de pagos<sup>830</sup>, atendido a que los efectos de la fórmula de exoneración directa estarían, según nuestra interpretación, contemplados en el apartado 5<sup>831</sup>. Tal interpretación es reafirmada por las conclusiones del informe de Unificación de Criterios Interpretativos en torno a la exoneración del pasivo insatisfecho de 2016<sup>832</sup>, en la cual, al referirse a las formas de exoneración contempladas en la LC, se expresa que "Existen dos supuestos de exoneración: El supuesto del art. 178 bis 3 número 4°, que tiene la naturaleza de exoneración definitiva, aunque sometida al plazo de revocación y el supuesto del art. 178 bis 3 número 5°, que tiene la naturaleza de exención parcial y provisional, también sometida al plazo de

---

<sup>830</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", p. 23, manifiesta sorpresa por lo que sería una interpretación contradictoria de la norma que aplicaría la exoneración definitiva solo a la forma de exoneración a través del plan de pagos y no a la exoneración a través de la modalidad de umbral de pasivo mínimo cuando en su interpretación la misma también requiere, según la LC, una exoneración provisional.

<sup>831</sup> Es atendido esto por lo que, además, refutamos que nuestra interpretación sea inconcebible, puesto que contemplándose los efectos de la exoneración para el caso de la fórmula directa del número 4° del apartado 3 en el apartado 5, no cabe incertidumbre alguna respecto a tales efectos. Entiende como inconcebible que la fórmula directa conlleve una exoneración definitiva RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", p. 24.

<sup>832</sup> UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 3.

revocación. Este tipo de exoneración se puede convertir en exoneración definitiva en los términos del art. 178 bis 8."

Concordante con nuestra postura, se ha expresado<sup>833</sup> que, dado que la duración de la provisionalidad del beneficio queda circunscrita al plazo de duración de un plan de pagos, toda vez que la norma del apartado 8 del artículo 178 bis establece "plazo fijado" para el cumplimiento del plan de pagos, parece evidente que la inexistencia de un plazo fijado para un inexistente plan de pagos, cuanto determina es la inexistencia de tal provisionalidad.

Así las cosas, ante una posible reforma legislativa, la norma del apartado 4 debiere contemplar la salvedad de que en el caso del cumplimiento del número 4º del apartado 3, la concesión de la exoneración de los créditos no cubiertos será definitiva<sup>834</sup>. Por su parte, la norma del apartado 6 debiera considerar su ámbito de aplicación a los casos en que, según el número 5º del apartado 3, no hubiere sido posible la aplicación de la forma de exoneración directa del número 4º del apartado 3, enmendando la expresión "deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior" por "deudas que no queden exoneradas conforme al número 4º del apartado 3"<sup>835</sup>.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que una apropiada regulación del procedimiento concursal de la persona física coherente con un entendimiento adecuado de una moderna regulación, debiere contemplar la posibilidad de exoneración directa específica y claramente determinada de manera independiente de una forma de exoneración aplazada, en función de los lineamientos que anteriormente hemos establecido; fórmula que, posibilitando el logro de una efectiva exoneración definitiva de forma directa, propicie claridad y certeza jurídica a los deudores personas física que, aunque en la minoría de los casos, pudieren dar cumplimiento a un porcentaje de satisfacción mínima en beneficio de los acreedores.

---

<sup>833</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 184.

<sup>834</sup> Concuera con nosotros, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 264.

<sup>835</sup> De acuerdo a esto, es interesante destacar que la PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL. Dponible en: <http://diariolaley.laley.es/document/NE0001875838/20190321/Proyecto-de-Real-Decreto-Legislativo-por-el-que-se-aprueba-el-Texto-Refundido-de-la-Ley-Concursal> [Fecha de consulta: 8 de junio de 2019], p. 150, contempla, por un lado, la concesión de la exoneración de la forma directa del número 4º del apartado 3 del artículo 178 bis sería definitiva (artículo 489), aunque no obstante sujeta a revocación en los cinco años siguientes si consta una ocultación de bienes por parte del deudor (art. 491), y por otro, la concesión provisional y definitiva para la forma aplazada de exoneración a través del plan de pagos (arts. 495, 497 y 498).

Así las cosas, no estamos de acuerdo con que pudiese optarse por una forma de exoneración directa en la cual el deudor tuviera que esperar al agotamiento de un término de duración genérico del procedimiento concursal, de manera que quedara en una especie de periodo de observación que, aunque no muy largo, pudiese resultar conveniente para corroborar su condición de deudor honesto. Esta es una de las posibilidades que plantea ha planteado<sup>836</sup> ante la interpretación, que compartimos, de que la PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, artículo 20.1, que posibilitaría que una duración genérica del procedimiento concursal como límite máximo sea aplicada a pesar de que el deudor hubiere dado cumplimiento a un porcentaje mínimo de créditos en beneficio de los acreedores. Concordamos con la autora en que la mejor opción sería aquella en la cual se concede el beneficio de exoneración en el mismo momento en que el deudor satisface el pasivo necesario aunque no hubiese transcurrido un término de duración genérico del procedimiento concursal.

### **3. Naturaleza jurídica del periodo de buena conducta.**

Aunque en principio pudiera llamar la atención que tanto en la doctrina española como en la Historia de la Ley en torno a la incorporación de la exoneración de deuda al ordenamiento nacional no exista una especial atención de la institución del periodo de buena conducta y sus efectos e implicancias en el moderno procedimiento concursal de la persona física y en relación a los objetivos del principio del fresh start, el antecedente de la normativa concursal de persona física del ordenamiento español encontrado en el modelo alemán explica que un cuestionamiento o debate en torno a la institución no haya sido planteado durante la tramitación legislativa del RDL 1/2015, de la LSO, así como en lo sucesivo por la doctrina especializada española.

Desde este punto de partida, ¿qué implicancias o efectos presenta el periodo de buena conducta para la finalidad y objetivos del moderno procedimiento concursal de la persona física?. Para responder a esta interrogante es preciso, previamente, introducirnos en lo profundo de la institución con la finalidad de dilucidar su naturaleza jurídica; cuestión que no ha sido analizada por la doctrina, y que significará su mejor comprensión, al tiempo de permitirnos argumentar en torno a los efectos que la misma posee en el ordenamiento concursal de la persona física español.

---

<sup>836</sup> LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 12.

De acuerdo a lo anterior, comprendiendo nosotros que el modelo de exoneración de la deuda residual instaurado por el legislador tiene como antecedente el modelo alemán de alivio de la deuda de personas físicas (*restschuldbefreiung*)<sup>837</sup>, la comprensión de la naturaleza jurídica del periodo de buena conducta en nuestro sistema concursal necesariamente exige efectuar previamente un breve análisis de los fundamentos y objetivos tenidos en cuenta por el legislador alemán al momento de instaurar el procedimiento de alivio del deudor.

### 3.1. Fundamentos del periodo de buena conducta.

Para comprender los fundamentos y especialmente los objetivos del alivio de la deuda (*discharge*) y periodo de buena conducta en el modelo alemán, es preciso realizar una mirada breve a la historia en torno a la gestación y consagración del mecanismo de descarga en el ordenamiento jurídico.

Previo a 1999, la idea de legislar en torno al mecanismo de descarga de deudas fue poco considerada hasta 1986, cuando la Comisión para un Derecho de Insolvencia consideró la descarga de deuda como un tema de interés para los deudores personas físicas<sup>838</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, entendiéndose que de ninguna manera el derecho concursal funcionaba como un procedimiento de desvinculación de la deuda para ayudar al deudor a deshacerse de sus obligaciones, el principal objetivo de las normas vinculadas a la insolvencia continuaba siendo la satisfacción de los acreedores, entendiéndose que el derecho concursal siguió constituyéndose en una herramienta para forzar el pago del deudor<sup>839</sup>.

No fue sino hasta 1992 que el legislador alemán consideró formalmente, por primera vez, contemplar el mecanismo en el ordenamiento. Como principal factor de

---

<sup>837</sup> En esta misma idea, BASTANTE (2016) "La doctrina...", cit., p. 237, concuerda en que la LC sigue al modelo alemán. De la misma forma, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 17; MOLINA, Cecilio (2019) "La propuesta de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 46, enero-abril, Editorial Thomson Reuters, p. 109; LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 2.

<sup>838</sup> BALZ (1988) "Logik...", cit., p. 1438, plantea que la Comisión Alemana para la Ley de Insolvencia había propuesto un modelo regulatorio con sus informes publicados en 1985 y 1986, que seguían la idea prevaleciente en Alemania de que la rehabilitación era mejor que la liquidación, porque la quiebra era un destructor de valor negativo.

<sup>839</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 269, expresa que "'The Commission adhered firmly and unambiguously to the notion that debtors could escape their unpaid debts only by agreement with creditors. Bankruptcy law served in the first instance to facilitate creditor enforcement of the debtor's obligations, the Commission insisted, 'it is in no way to function as a 'debt-divestiture proceeding' to help the debtor to rid himself of his obligations.'". NIEMI-KIESILÄINEN (1997) "Changing...", cit., p. 135, expresa que "During the decades of drafting the Act, the needs of overindebted consumers were not recognized."



este cambio de paradigma fue el reconocimiento del aumento del endeudamiento del consumidor y sus consecuencias desfavorables que, en el plano económico-social, importaban un endeudamiento sin solución<sup>840</sup>.

A pesar de lo anterior, desde los inicios de la idea de legislar en torno a la descarga de la deuda, se aprecia que la mayor preocupación fue la prevención del abuso del deudor. Es así que en los comienzos de la regulación, el legislador pretendió —al igual que modelos europeos que habían iniciado una regulación de alivio de deuda— alejarse del modelo estadounidense, el cual se apreciaba en exceso amigable para el deudor<sup>841</sup>, lo cual a su turno, se entendía, incentivaba y propiciaba el abuso<sup>842</sup>. Considerando tales reparos, es que se estima la bondad de aceptar la descarga pero sujeta a estrictos requisitos, y en tal sentido, condicionar el alivio de la deuda a un periodo de pago de varios años<sup>843</sup>, con la finalidad de advertir al deudor, de manera de evitar solicitudes frívolas y abusivas, asegurando que la descarga estaría disponible solo para los deudores que estuvieren listos y dispuestos a renunciar a sus ingresos embargables y enfrentar las privaciones de —en los orígenes de la regulación— siete años de escasez<sup>844</sup>. En la visión del legislador alemán, un periodo de buena conducta largo desincentivaría a los deudores de hacer un mal uso del procedimiento ante la

---

<sup>840</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 270. En este sentido, NIEMI-KIESILÄINEN (1997) "Changing...", p. 134, refiriéndose a los cambios sociales que habrían influido para que los Estados europeos comenzaran a incorporar el *discharge* en sus ordenamientos.

<sup>841</sup> PROYECTO DE LEY DEL GOBIERNO FEDERAL DE ORDENAMIENTO DE INSOLVENCIA (InsO), BUNDES RAT - DRUCKSACHE 1/92, de 03 de enero de 1992, BR-DRUCKS. 1/92, p. 100 y 188. Así también, NIEMI-KIESILÄINEN (1997) "Changing...", cit., p. 135, apreciando en los modelos europeos, en general, una tendencia a atribuir connotaciones morales a la quiebra del consumidor, expresa luego que además de la dura reputación de la palabra quiebra, "Also, the too lenient reputation of U.S. consumer bankruptcy law makes the word repugnant to some Europeans."

<sup>842</sup> Las justificaciones dadas por JÄGER (2005) "Masselose...", cit., p. 17, para no admitir un alivio de la deuda automático, esto es, sin un periodo de buena conducta, principalmente dicen relación con la prevención del abuso de los deudores. Indica que una disminución del periodo de buena conducta, además de significar un no pago a los acreedores, importaría que no solo los deudores honestos tuvieran acceso al alivio de la deuda, sino también los deshonestos, y además, propiciaría una falta de cuidado de los deudores a la hora de asumir deudas.

<sup>843</sup> NIEMI-KIESILÄINEN (1997) "Changing...", cit., p. 135, expresa que "The principles of U.S. consumer bankruptcy law have not been accepted in Europe as such, however. The most important difference is the insistence on an obligatory payment plan for all consumer debtors. The discharge is either conditional or granted after the completion of the payment plan. The duration of the plan varies from three to seven years." Así también se manifestaría SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 7, al comprender nosotros que en el trasfondo de sus comentarios se encuentra una idea de vinculación directa entre la duración del procedimiento a través del periodo de buena conducta y la prevención del abuso de los deudores.

<sup>844</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., pp. 279 y 281, expresa que "Instead, requiring the debtor to assign several years of nonexempt income and endeavor to obtain and hold suitable employment would serve a "warning function" to protect the courts from a flood of frivolous and abusive petitions, ensuring that discharge would be available only to those debtors ready and willing to give up their garnishable income and confront the deprivations of seven lean years."

posibilidad de encontrarse por un largo tiempo a la espera del alivio de la deuda residual<sup>845</sup>.

De acuerdo a tales consideraciones, se aprecia la primigenia pretensión del legislador de prevenir el abuso que eventualmente conllevaba un muy benevolente *discharge*<sup>846</sup> a través de su diseño, en parte para motivar al deudor a un comportamiento honesto<sup>847</sup>.

Sin perjuicio se lo anterior, llama la atención que el legislador alemán haya entendido el periodo de buena conducta, además, como una herramienta para proteger el mercado del crédito al consumo. En efecto, del análisis de los fundamentos de la legislación, y de acuerdo a cierta doctrina<sup>848</sup>, entendemos que bajo la pretensión de no afectarse el mercado del crédito, equilibrando el eventual aumento de costo y/o la baja disponibilidad que la regulación del mecanismo del alivio de deuda produciría en el otorgamiento de crédito, y tras criticar que la regulación concursal a la fecha no se había preocupado por unirse al ritmo de desarrollo de la industria financiera, el legislador consideró oportuno restringir los derechos del deudor y vincular sus ingresos futuros al pago de los acreedores<sup>849</sup>, de manera de hacerlo partícipe en su satisfacción<sup>850</sup>.

---

<sup>845</sup> De acuerdo a lo indicado por SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 5, bajo las pretendidas razones indicadas por el grupo de trabajo del borrador de la enmienda de la InsO de 2005 del Ministerio Federal de Justicia para la necesidad de mantener y aumentar el periodo de buena conducta, se encuentra subyacente su justificación en la prevención del abuso por parte del deudor. La autora señala que el temor de un mal uso del procedimiento no debería ser tal, pues por ello es que la propuesta de enmienda contemplaría un periodo de buena conducta de ocho años.

<sup>846</sup> De acuerdo a lo indicado por OHLE, SCHATZ y JÄGER (2006) "Zur Reform...", cit., p. 483, la exposición de motivos del borrador del Ministerio Federal de Justicia de enmienda a la InsO de 2005, habría indicado que un periodo de tiempo tan corto se prestaría con especial atención para un abuso por parte de los deudores.

<sup>847</sup> Las fundamentaciones del alivio de la deuda en BR-DRUCKS. 1/92, p. 188, expresa que al mismo tiempo, esta disposición aumenta las posibilidades de que los acreedores insolventes realmente obtengan la satisfacción del deudor, ya que el deudor está motivado para comportarse de manera honesta y creíble antes, durante y después del procedimiento de insolvencia.

<sup>848</sup> KAMLAH, Klaus (1996) "The new german Insolvency Act: Insolvenzordnung, en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 70, p. 421 y KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 282, entienden que los redactores de la InsO habrían sido influenciados por las consideraciones de JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., pp. 1431-1435, en torno a las justificaciones del *discharge* a través de una teoría económica. En este sentido, BALZ (1988) "Logik...", cit., p. 1438, expresa que el borrador tiene varios puntos de contacto dignos de mención con las ideas desarrolladas simultáneamente de Jackson, y que el tratamiento de la ley de insolvencia de una variedad de puntos, contempla el alivio de la deuda que si bien se basa en soluciones estadounidenses, desvía conscientemente del modelo en puntos destacados.

<sup>849</sup> BR-DRUCKS. 1/92, cit., pp. 100 y 101; PROYECTO DE LEY DEL GOBIERNO FEDERAL DE ORDENAMIENTO DE INSOLVENCIA (InsO), DEUTSCHER BUNDESTAG - DRUCKSACHE 12/2443, de 15 de abril de 1992, BT-DRUCKS. 12/2443, pp. 100 y 101.

<sup>850</sup> JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1430 y JACKSON (1986) *The logic...*, cit., p. 250, entiende en relación inversamente proporcional el costo del *discharge* con el costo y disponibilidad del crédito, en el entendido de que toda baja en el costo asociado al otorgamiento del *discharge* tendrá como consecuencia un aumento en el costo y/o baja en la disponibilidad del crédito al consumo. Si bien Jackson no lo señala expresamente, creemos que es bajo la premisa anterior, y considerando además que de

La idea base del entendimiento de los redactores de la InsO es que si el otorgamiento del crédito en el mercado financiero actual se efectúa en consideración, no solo a los activos existentes, sino también, y en mayor medida, a las adquisiciones futuras del deudor, entonces el deudor debe poner a disposición de los acreedores sus recursos futuros de manera tal de que los particulares insolventes tengan fondos para la satisfacción de los acreedores<sup>851</sup>. Es así que, alejándose también en este punto de la legislación estadounidense, la legislación alemana optó por no dar protección al capital humano y de esta forma extender la responsabilidad por las deudas a los ingresos futuros del deudor<sup>852</sup>.

A modo de precisión, entendiéndose como un factor de producción —que a su vez se define como todo recurso actual existente para la producción o elaboración de bienes y servicios, y que, para lo que nos interesa, podemos extender a recursos futuros—, el capital humano es un factor de producción de recursos que depende de la formación y cualificación productiva de las personas. En estricto rigor, se refiere al conjunto de conocimientos y grado de especialización o cualificación de una persona, que repercuten en la producción de recursos, y que en específico se pueden agrupar en un tipo de bien actual —denominado capital humano— que posibilita la generación de recursos futuros a través de la puesta en práctica de los mismos en una actividad determinada como el trabajo. Desde esta perspectiva el capital humano sería un factor de producción entendido como una medida de la calidad del trabajo<sup>853</sup>.

---

acuerdo al autor no sería necesario en todos los casos proteger el capital humano de una persona en el concurso (JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1432, entiende que en caso que una persona posea grandes cantidades de riqueza en forma de capital humano se le puede exigir sujetar el producto de su capital humano al pago de ciertas deudas), que el legislador alemán habría concebido el periodo de buena conducta como una herramienta que permitiría mantener en equilibrio el costo y disponibilidad del crédito al consumo ante una regulación del *discharge*, a través de la destinación de los recursos futuros del deudor para la satisfacción de los acreedores.

<sup>851</sup>KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 282. Aunque si bien JACKSON (1986) *The logic...*, cit., pp. 250 a 252, utiliza el ejemplo de los créditos educacionales para dar cuenta de la justificación de su consideración como exentos del *discharge*, creemos que a esto es a lo que se refiere BALZ (1988) "Logik...", cit., p. 1444, cuando señala que Jackson, habría establecido bases para una restricción del alivio de la deuda, toda vez que en aquellos casos en que —de acuerdo al ejemplo dado por Jackson para los créditos educacionales— siendo las condiciones de crédito no negociadas individualmente en el mercado sino normativas, y no siendo el préstamo otorgado para uso gratuito sino para la adquisición de capital humano, existirían buenas razones para que el deudor no quedara exento de la deuda.

<sup>852</sup>BALZ (1988) "Logik...", cit., p. 1445, expresa que en términos de capital humano, la fuerza de trabajo del deudor, el proyecto de ley adopta una posición completamente diferente al Capítulo 7 del *Bankruptcy Code*. El capital humano no debe excluirse del acceso a la responsabilidad, sino que aprovechar la satisfacción del acreedor.

<sup>853</sup>Es desde este punto de vista que JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1432, expresa que de las diversas formas de riqueza, el capital humano no solo es el más diversificable, sino que también tiene una influencia más directa en el bienestar futuro del individuo y las personas que dependen de él. JACKSON (1986) *The logic...*, cit., p. 256 y 257, considera justificada la protección de capital humano (que se

Partiendo de las consideraciones de ser el capital humano susceptible de apoderamiento a través de la apropiación de sus productos<sup>854</sup>, entendemos que el legislador alemán, considerando las justificaciones de la protección del capital humano en la legislación estadounidense, a través de la regulación del alivio de la deuda pretende salvar las consecuencias desfavorables que se generarían en la persona del deudor ante una falta de protección del capital humano por la descarga de deuda. Es así que establece un periodo de buena conducta —en el que el deudor deberá poner a disposición de los acreedores todos sus ingresos futuros embargables— flanqueado por la obligación del deudor de efectuar todos los esfuerzos que sean necesarios para pagar a sus acreedores, y que se manifiesta a través del establecimiento de las obligaciones de realizar una actividad apropiada y percibir ingresos adecuados para pagar a sus acreedores. Así, la eventual externalidad de que algunas personas, para contrarrestar un embargo, podrían sustituir el salario por ocio, y el problema de la difícil valoración actual del producto del capital humano atendido la variabilidad de tales ingresos por depender de los futuros esfuerzos del deudor para adquirir tal capital y respecto de los que no tendría control ni serían exigidos por la sociedad, serían salvados por el legislador a través de la obligación del deudor de efectuar los mayores esfuerzos para pagar a sus acreedores a través de la obligación de trabajar y de adquisición<sup>855</sup> durante un periodo de tiempo determinado.

Es desde esta visión que el legislador alemán entiende que una restricción de los derechos del deudor es esencial si los procedimientos de insolvencia, incluso en la quiebra de los consumidores, deben cumplir su tarea de garantizar la satisfacción de las expectativas de cobro del acreedor<sup>856</sup>. De acuerdo a tal redacción, el entendimiento que podemos apreciar subyacente a la idea del legislador, es que la configuración de un

---

manifiesta en los ingresos futuros del deudor) en la evitación del arrepentimiento, prevención de externalidades y difícil evaluación del producto, que conllevaría la posibilidad de que el capital humano no fuera excluido de la responsabilidad en las deudas. Sin perjuicio de lo anterior, señalando en pp. 227 y 228, que no es evidente que el *discharge* debería proteger ante todo el capital humano de una persona en lugar de sus otros bienes, el autor en p. 256, entiende que no porque el capital humano sea digno de protección, de ello se siga que la especial protección sea justificable en todos los casos.

<sup>854</sup> JACKSON (1986) *The logic...*, cit., p. 257.

<sup>855</sup> A esto es a lo que se refiere BALZ (1988) "Logik...", cit., p. 1445, cuando hablando del capital humano expresa que su valor depende de si el deudor quiere o no usarlo, donde el procedimiento alemán propuesto crea incentivos para que el deudor use su fuerza de trabajo y satisfaga a sus acreedores lo mejor que pueda. En este mismo sentido, SCHOLZ, Franz Josef (1988) "Schwerpunkte einer Verbraucherinsolvenz-Regelung", en *ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 18, p. 1161.

<sup>856</sup> BR-DRUCKS. 1/92, cit., p. 101, expresa que una limitación de los derechos del deudor es indispensable si los procedimientos de insolvencia deben hacer justicia a su tarea de garantizar la satisfacción de los acreedores conjuntos.

mecanismo de alivio de deuda se encontraría supeditado a la satisfacción de los acreedores, como objetivo de los procedimientos concursales<sup>857</sup>.

Siguiendo las ideas de alguna doctrina<sup>858</sup>, podemos inferir que el choque entre los fundamentos de bienestar social originados por la preocupación en torno a las consecuencias del sobreendeudamiento en las personas físicas y su entorno familiar, y la necesidad de dar protección al mercado del crédito, como manifestación de una preocupación por no influir en la obligación moral de pago de las deudas y porque la posición de los acreedores no se vea desmedrada, surge una configuración particular de concurso de la persona física y en específico del *discharge* en el ámbito europeo, respecto del cual cada uno de los enfoques (bienestar social y moralista, respectivamente) se imprime en mayor o menor medida en la configuración del procedimiento y del mecanismo del alivio de la deuda, dándole un matiz que podríamos caracterizar como de mayor cercanía a los intereses del deudor, o bien, de mayor cercanía a los intereses del acreedor, respectivamente: el enfoque de bienestar social se relaciona a un modelo en el que el *discharge* es un derecho vinculado a condiciones objetivas de insolvencia, mientras que el enfoque moralista, es relacionado con un modelo en el que el *discharge* es otorgado a individuos merecedores que sin culpa han caído en problemas. Bajo estas consideraciones, el modelo alemán, entendemos, estaría configurado considerando en mayor medida el enfoque moralista, y por tanto, imprime a la configuración del modelo concursal de persona física y *discharge* un matiz que podemos caracterizar como de mayor cercanía a los intereses de los acreedores.

Teniendo en cuenta lo señalado, los redactores de la InsO habrían diseñado el requisito de un período extendido de pago de salarios futuros para mantener el ritmo de la evolución de la economía de crédito al consumo moderno, en la que los salarios futuros juegan un papel integral en la extensión del crédito al consumo<sup>859</sup>.

---

<sup>857</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 126. En este sentido, ya BALZ (1988) "Logik...", cit., p. 1445, luego de referirse a las reglas que incentivarían el mayor esfuerzo por parte del deudor para pagar a sus acreedores y tras indicar que cumpliéndose tales incentivos los acreedores estarían en mejor posición que aquella en que detentaran un derecho de ejecución perpetuo inútil en contra de un deudor que ha desaparecido en la economía sumergida, expresa que el alivio de la deuda residual está subordinado al objetivo de la realización de la responsabilidad. Por otro lado, lo indicado sería corroborado por NIEMI-KIESILÄINEN (1997) "Changing...", cit., p. 137, al expresar que "*In the European preparatory works of the debt adjustment laws, it is repeated over and over again that the proposed legislation may not deter the general attitude of the public towards payment of debt.*"

<sup>858</sup> GRAVE, Hans Petter (1997) "Consumer Bankruptcy: a right or a Privilege? The role of the Courts in establishing moral standards of economic conduct", en *Journal of Consumer Policy*, N° 20, pp. 163 y 164.

<sup>859</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 282.

### 3.2. Objetivos y naturaleza jurídica del periodo de buena conducta en la LC.

De lo señalado anteriormente, es fácilmente apreciable que los fundamentos de la instauración de un periodo de buena conducta en el derecho alemán fueron: por un lado, la prevención del abuso por parte del deudor, y por el otro, la protección del mercado del crédito. Teniendo esto en mente, ¿qué podemos decir del modelo concursal de persona física de la LC?

#### 3.2.1. Prevenir el abuso y la insolvencia. Escarmentar al deudor.

Si bien respecto del periodo de buena conducta se ha expresado en el ordenamiento alemán que busca posibilitar el cumplimiento del objetivo de la § 1 oración 1 InsO, esto es, satisfacer a los acreedores, lo cual es replicado por la LC al considerar como objetivo principal del procedimiento concursal la satisfacción de los acreedores<sup>860</sup>, así como por la Historia de la LSO, desde la cual se desprende que el mecanismo de exoneración se encuentra supeditado al pago de los acreedores desde sus bases de fundamento<sup>861</sup>; de la historia en torno a su configuración apreciamos que el mismo tiene también pretensiones preventivas del abuso de los deudores.

En efecto, el periodo de buena conducta tiene su génesis en la intención del legislador de prevenir el abuso del procedimiento concursal por parte de los deudores, bajo la idea de que una larga duración del procedimiento conllevaría un desincentivo para los deudores deshonestos<sup>862</sup>. En efecto, como hemos podido constatar, considerando la primigenia pretensión del legislador alemán de prevenir el abuso que eventualmente conllevaba un muy benevolente *discharge*, es que se estima la bondad de aceptar la descarga pero sujeta a estrictos requisitos, y en tal sentido, condicionar el alivio de la deuda a un periodo de pago de varios años<sup>863</sup>.

La misma idea la podemos encontrar subyacente y como razonamiento justificativo en torno al establecimiento del mecanismo de segunda oportunidad en

---

<sup>860</sup> Exposición de Motivos de la LC, II, p. 6. CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 2.

<sup>861</sup> La intervención del Ministro de Economía y Competitividad, De Guindos Jurado, en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 16, en torno al mecanismo de segunda oportunidad, expresa que "[...] Se trata de conciliar los intereses de acreedores y deudores, salvaguardando la cultura de pago, pero ofreciendo al mismo tiempo una segunda oportunidad para los deudores de buena fe; [...]"

<sup>862</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., pp. 279 y 281

<sup>863</sup> En tal sentido, OHLE, SCHATZ y JÄGER (2006) "Zur Reform...", cit., p. 483; NIEMI-KIESILÄINEN (1997) "Changing...", cit., p. 135. En la misma línea, PULGAR EZQUERRA, Juana (2015) "Acuerdos extrajudiciales de pago, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", en *Diario La Ley*, N° 8538, Sección Doctrina, Ref. D-188.

nuestra legislación española. En efecto, del análisis de la Historia de la Ley 25/2015, apreciamos que la introducción del mecanismo de exoneración de deudas fue considerado como un cambio significativo en el marco del derecho de la insolvencia, el cual por tanto requería de un tratamiento "con los debidos resguardos y cautelas", razón por la que se establece un tipo de regulación especial, en la cual es contemplada una forma de exoneración de deudas aplazada<sup>864</sup>.

Aunque en el mismo texto no se establece respecto de qué o quién debería ser tomados los debidos resguardos al momento de establecerse un mecanismo de exoneración de deudas, la concreción de esta precisión, ligada a la mención de que uno de los requisitos para la obtención del alivio de la deuda es que el deudor sea de buena fe, para continuar luego explicando a grandes rasgos las formas de exoneración, dentro de la cual se encuentra la fórmula aplazada; permite la comprensión de que el legislador español estableció la fórmula aplazada de alivio de la deuda con motivación en la prevención del abuso del deudor persona física. En este contexto, se estima<sup>865</sup> que una explicación para el periodo de prueba establecido en la LC es que el plazo legal actúa de período de comprobación a posteriori de los presupuestos de buena fe, donde se trata de verificar que, efectivamente, el deudor era merecedor del beneficio cuando se le concedió, pero también descartar que hubiera sido una buena fe ocasional o pasajera y que no se está ante un deudor proclive a generar nuevas insolvencias.

Pues bien, sentado lo anterior, ¿cómo debemos entender aplicado el objetivo de prevención del abuso a través de un periodo de buena conducta?

Entendiéndose que tanto la InsO como la LC —tal como veremos en la parte cuarta de este trabajo— consagran motivos de denegación del alivio de la deuda en casos en que el deudor haya tenido alguna conducta deshonesta en contra de los acreedores o en contra del curso progresivo del procedimiento, con lo cual se pretende incentivar la buena conducta del deudor en el procedimiento, y a contrario sensu, desincentivar conductas deshonestas vinculadas a la acción del deudor contra acreedores

---

<sup>864</sup> En intervención del Ministro de Economía y Competitividad, De Guindos Jurado, en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 18, en torno a las justificaciones de la forma de regulación del mecanismo de segunda oportunidad, expresa que "Coincidirán conmigo en que esta exoneración supone un salto cualitativo en nuestro marco de insolvencia que ha de establecerse con las debidas cautelas. Por ello se establecen los siguientes requisitos: [...]. En segundo lugar, tiene que tratarse de un deudor de buena fe. Se prevén dos mecanismos de exoneración [...] Alternativamente, y como novedad, se establece que cuando no haya podido satisfacer tras la liquidación los anteriores créditos, el deudor podrá quedar exonerado del resto de sus créditos [...]", entendemos nosotros, a través del sometimiento al periodo de plan de pagos de cinco años establecido en el apartado 6 del artículo 178 bis.

<sup>865</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 175.

o contra el curso del procedimiento concursal, apreciamos que el trasfondo preventivo y, por tanto, el objetivo del periodo de buena conducta, es otro.

Si de acuerdo a la historia de la configuración del periodo de buena conducta, y con fundamento en la prevención del abuso, se configuró el mecanismo con la finalidad de advertir al deudor, de manera de evitar solicitudes frívolas y abusivas, asegurando que la descarga estaría disponible solo para los deudores que estuvieren listos y dispuestos a renunciar a sus ingresos embargables y enfrentar las privaciones de siete años de escasez<sup>866</sup>, comprendemos que la pretensión del legislador en estricto rigor fue prevenir al deudor de una consecuencia determinada, en nuestro caso, una consecuencia desfavorable, para que estuviere atento o actuare con precaución<sup>867</sup>.

Entendiéndose que la consecuencias determinada es la situación desfavorable impuesta por el procedimiento concursal a todo deudor que se encuentra en insolvencia, de permanecer por largos años en espera del alivio de deudas, y sabiéndose que los motivos de denegación se encargan de salvaguardar la conducta honesta del deudor para con sus acreedores y con respecto al procedimiento, la precaución del deudor que es buscada y/o fomentada por el legislador se relaciona con su actividad económico-financiera en torno a la prevención de la insolvencia. Desde este punto de vista, el objetivo del legislador con la imposición de un periodo de buena conducta es prevenir al deudor de una consecuencia desfavorable para él en caso de insolvencia; y más específicamente, advertir al deudor de que en caso de caer en insolvencia, deberá esperar por un largo término temporal en la escasez, debiendo destinar todos sus ingresos futuros embargables al pago de los acreedores, en espera de un alivio de deudas.

Desde este punto de vista, el periodo de buena conducta se constituye en un mecanismo cuyo objetivo no es solo fomentar la honestidad del deudor —determinado por la declaración explícita del legislador en el modelo alemán—, sino que en esencia e implícitamente subyacente, desincentivar a los deudores de la insolvencia<sup>868</sup>.

---

<sup>866</sup> KILBORN (2004) "The innovative german...", cit., p. 279 y 281.

<sup>867</sup> El Diccionario de la Real Academia señala que prevenir es advertir, decir a alguien una cosa de la que se deriva una consecuencia, para que esté atento, actúe con precaución o no se sorprenda; avisar con amenazas.

<sup>868</sup> Esto es corroborado por JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 226, para quien, considerando que la duración del periodo de buena conducta tiene un efecto inhibitorio en las prácticas de endeudamiento de los deudores, entendemos existe una relación directamente proporcional entre la duración del periodo de buena conducta y el efecto inhibitorio para el sobreendeudamiento. Así, expresa que con la reducción del periodo de buena conducta a la mitad el umbral de inhibición para que deudores se comporten se reducirá significativamente, agregando que en un futuro previsible lo anterior conducirá a un mayor



Sin perjuicio de lo anterior, que el periodo de buena conducta pretenda prevenir a los deudores de la insolvencia, se relación tanto con los deudores que no se encuentran en la misma, como con aquellos que en tal situación son sujetos activos en el procedimiento concursal. En efecto, se ha estimado por la doctrina e históricamente por los tribunales que el periodo de buena conducta tiene una función pedagógica o educativa<sup>869</sup>; visión que considera, bajo la lógica o entendido de que no debe hacerse demasiado fácil el alivio para el deudor, que el concursado debe aprender a ser más cuidadoso con sus finanzas, de manera de evitarse una nueva y futura insolvencia y, por tanto, el incumplimiento de sus obligaciones para con sus acreedores<sup>870</sup>. Cuestión que solo se entiende posible a través de la imposición de un largo periodo de tiempo<sup>871</sup>. El periodo de buena conducta funciona así como un mecanismo que, con pretensión preventivo-educativa<sup>872</sup>, busca impedir que los deudores que sean parte en un procedimiento de alivio de deuda vuelvan a caer en situación de insolvencia<sup>873</sup>. Ahora bien, en la práctica, ¿cómo se logra lo anterior?

---

deterioro del comportamiento de pago, y finalmente, a un aumento porcentual de la deuda de las personas físicas en general.

<sup>869</sup> LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96; JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 226. De lo señalado por LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96, consideramos que el entendimiento del autor detrás de su estimación del periodo de buena conducta pedagógico, es que si bien con el acortamiento del término se produciría un rápido *discharge*, ello no quiere decir que el deudor tenga un real *fresh start*, lo cual es coincidente con una idea de un retorno al sobreendeudamiento incluso con posterioridad al alivio de la deuda.

<sup>870</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 175, en relación al, que interpreta, sometimiento del deudor cumplidor al periodo de prueba de la LC, estima que, además de una explicación vinculada a la comprobación de la buena fe del deudor, "[...] la medida tiene un marcado carácter moralizante. [En el entendido que] El legislador ha debido considerar que si el concursado quedara exonerado del pasivo insatisfecho desde la conclusión del concurso, no estaría soportando ningún sacrificio que lo hiciera merecedor de una segunda oportunidad.". Reitera esta idea en p. 188. De igual forma, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 257. Puede rescatarse esta consideración de LLEDÓ (2015) "La ley de segunda...", cit., p. 626.

<sup>871</sup> WINTER, Ulrich (2003) "Vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung vor Ablauf der Wohlverhaltenszeit", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, pp. 451 y 452, señala que históricamente la administración de justicia ha estimado que el periodo de buena conducta tiene una función educativa, donde no debe hacerse demasiado fácil para el deudor. El deudor debe aprender a ser más cuidadoso con sus recursos financieros y este objetivo educativo solo podría llevar mucho tiempo. LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96, expresa que el efecto pedagógico del periodo de seis años, que no debe subestimarse, también supone que un periodo más largo de tiempo servirá para cambiar el comportamiento del deudor. De la misma forma, MIRANDA (2014) "¿Qué hay tras...", cit., expresa que "[...] el modelo de la "rehabilitación" se construye sobre la base de considerar que el deudor ha cometido una falta y tiene que recibir ayuda. A diferencia del *fresh start* o *discharge*, entiende que en estos casos hay que hablar de un sobreendeudamiento culpable del deudor persona física, bien por falta de previsión o por negligencia."

<sup>872</sup> Esta misma idea es considerada por el INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 317; LLEDÓ (2015) "La ley de segunda...", cit., p. 628.

<sup>873</sup> JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 226, establece una relación inversamente proporcional entre la duración del periodo de buena conducta y el nuevo sobreendeudamiento de los deudores. Expresa que al reducirse a la mitad el periodo de buena conducta aumentará la puerta giratoria de los deudores.

El periodo de buena conducta en estricto rigor significa para el deudor la privación del derecho al alivio, que se logra por medio de la privación de la descarga de la deuda, por un periodo de tiempo. Desde la lógica de este apartado, tal privación se efectúa con la finalidad de que, a través de una reflexión, el deudor logre aprender y ser más cuidadoso con sus finanzas de manera tal de evitar una insolvencia futura.

Ahora bien, de acuerdo a lo que hemos corroborado previamente, sabiendo que la herramienta de la asesoría de deuda es un mecanismo que no tiene injerencia en el procedimiento concursal de la persona física en nuestro modelo de la LC, sin abarcar una asesoría integral y social de la deuda a lo largo de todo el procedimiento; podemos apreciar que durante el periodo de buena conducta español no existe un mecanismo como el de la asesoría de deuda que permita comprender que a partir del mismo el deudor logrará aprender a prevenir una situación de insolvencia futura.

Teniendo en cuenta lo inmediatamente anterior, la pretensión educativa del periodo de buena conducta solo es posible de comprender si tenemos en cuenta el efecto privativo del derecho al alivio que el mismo impone en el deudor. En efecto, si sabemos que el periodo de buena conducta pretende educar al deudor, y si sabemos además que el periodo de buena conducta determina la privación de la descarga de la deuda como una consecuencia desfavorable o negativa para el deudor —considerándose su interés de obtener un alivio—, apreciamos que la función pedagógica que es pretendida a través de la imposición del periodo de buena conducta se logra mediante la imposición de una consecuencia desfavorable o negativa. Así, el legislador pretende lograr un aprendizaje del deudor a través de la imposición de una consecuencia desfavorable.

### 3.2.1.1. *Naturaleza sancionatoria.*

Desde el punto de vista pedagógico, dentro de las muchas formas de educación de la corriente conductista asentada en la autoridad existe aquella basada en la imposición o restricción de premios y castigos. Desde este punto de vista, la enseñanza-aprendizaje de una conducta determinada se logra en base al otorgamiento de un premio, y especialmente y en la mayoría de los casos, en base a la restricción de un premio o la imposición de un castigo<sup>874</sup>. Respecto a la educación basada en la imposición de un

---

<sup>874</sup> Según CASTILLEJO, J. L., et. al. (2009) *Premios, castigos y educación*, Ponencia Encuentro de Teoría de la educación. Valencia. Disponible en: [http://webspersoais.usc.es/export9/sites/persoais/persoais/josemanuel.tourinan/descargas/PREMIO\\_Y\\_CASTIGOS.pdf](http://webspersoais.usc.es/export9/sites/persoais/persoais/josemanuel.tourinan/descargas/PREMIO_Y_CASTIGOS.pdf) [Fecha de consulta: 12 de junio de 2018], p. 6, desde la teoría conductista del aprendizaje, se busca tildar con una asociación aversiva las conductas que se pretenden eliminar.

castigo, a su turno, es posible encontrar diversas clasificaciones entre las cuales se encuentra la privación de un bien, ventaja o beneficio<sup>875</sup>.

Desde estas consideraciones, apreciamos que el periodo de buena conducta ha sido concebido como una herramienta que posibilita un aprendizaje del deudor, traducido en que debe aprender a no volver a caer en situación de insolvencia a través de un castigo<sup>876</sup> como es la privación de la descarga de la deuda por un largo periodo de tiempo.

Desde el punto de vista de la filosofía jurídica, la definición funcional<sup>877</sup> de sanción considerarla como un motivo<sup>878</sup> para guiar la conducta del ser humano. Las sanciones están dispuestas para obtener un determinado comportamiento del individuo que se considera deseable<sup>879</sup> a partir del temor que infunde un mal asociado condicionalmente y como consecuencia de la inobservancia de la conducta esperada. La sanción no solo conlleva la función de compeler al individuo a la obediencia en caso de

---

<sup>875</sup> De acuerdo a CASTILLEJO, et. al. (2009) *Premios...*, cit., p. 6, desde la teoría conductista del aprendizaje, que pretende evitar siempre la conducta incorrecta, el castigo es entendido como la privación de un beneficio; y que se denomina "refuerzo negativo".

<sup>876</sup> CASTILLEJO, et. al. (2009) *Premios...*, cit., p. 6, consideran sinónimas las expresiones refuerzo negativo y sanción.

<sup>877</sup> AUSTIN, John (1972) *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 5a edición, revisada y editada por Robert Campbell, Tomo I y II, Alemania, pp. 443 y sgtes., preguntándose para qué sirven las sanciones, realizan un estudio de las mismas desde un enfoque funcional.

<sup>878</sup> De acuerdo a LARA-CHAGOYAN, Roberto (2000) *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3661/1/Lara-Chagoyan-Roberto.pdf> [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2018], p. 116, en el pensamiento de Austin la sanción no es el motivo exclusivo que induce a una persona a realizar o no una determinada conducta, sino que es un refuerzo de las razones o motivaciones que inducen a una persona efectuarla o no. El mismo autor, en p. 325, expresa que por sanción jurídica Bobbio entiende el conjunto de medidas dispuestas por un ordenamiento jurídico para reforzar la observancia y para poner remedio a la inobservancia de las propias normas siendo la finalidad de estas medidas la conservación del sistema. NINO, Carlos S. (1985) *La validez del derecho*, Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 202, analizando el razonamiento de Kelsen, entiende que el derecho consiste en no indicar el comportamiento deseable, sino en inducir oblicuamente ese comportamiento al prescribir una consecuencia desagradable para el comportamiento indeseable. KELSEN, Hans (2008) *¿Qué es justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Barcelona: Editorial Ariel, pp. 152 a 157, da cuenta de la técnica motivacional indirecta del derecho en base al establecimiento de una sanción para una conducta contraria a lo esperado.

<sup>879</sup> BENTHAM, Jeremy (1970) *Of laws in general. Principles of legislation*, editado por H. L. Hart, University of London, The Athlone Press, p. 68, considera que tanto los premios como las coerciones o castigos son los motivos que inducen al ser humano a actuar, entendiendo por motivo en BENTHAM, Jeremy (1970) *An introduction to the principles of morals and legislation*, editado por J.H. Burns and y H. L. Hart, University of London, The Athlone Press, p. 96, todo aquello que puede influir en el nacimiento de, o a prevenir, cualquier género de acción. Para el autor, las sanciones son la fuente de las motivaciones prácticas, a su vez expectativas de placer y de dolor, que inducen a una persona a actuar. En tal sentido LARA-CHAGOYAN (2000) *El concepto...*, cit., p. 40. Considerando que BOBBIO, Norberto (1980) "El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas", en *Contribución a la teoría del derecho*, edición y traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Editorial Debate, pp. 383 y sgtes., estima que existen tanto sanciones negativas como positivas, respecto de las primeras, que conllevan un tipo de mal, pueden clasificarse, entre otras, en privativas, como sería la privación de una ventaja o, agregamos nosotros, un derecho.

que se aparte de la conducta esperada, sino que además, y de acuerdo a algunos autores, conlleva una función pedagógica<sup>880</sup>. Desde este punto de vista, al igual que las nulidades son consideradas una sanción, pues a través de la motivación de la acción producida por la amenaza de la invalidez del acto jurídico se posibilitan pautas de conducta deseadas en las personas que querrán evitar el mal, el periodo de buena conducta busca la motivación de la conducta de los

---

<sup>880</sup> De acuerdo a LARA-CHAGOYAN (2000) *El concepto...*, cit., pp. 90 y 91, entendiendo que Austin parte de la función motivacional que la sanción tiene respecto de los individuos, entiende que de allí parte su consideración de una doble función de la sanción: directa o inmediata e indirecta o pedagógica. AUSTIN (1972) *Lectures...*, cit., pp. 448 y 449, expresa que aunque los males por los que nuestros deberes son sancionados no pueden extinguir instantánea o directamente el deseo o aversión que nos impulsa a violar nuestro deber, el miedo a aquellos males pueden extinguir aquellos deseos y aversiones gradualmente o por vía de asociación, en lo que importaría una función pedagógica de la sanción.

MONTORO (1992) "El derecho...", cit., p. 205, desde una concepción filosófica jurídica, efectuando un análisis de, y defendiendo, la función paidética o educadora del derecho, expresa que entre los medios o técnicas que tiene el derecho para llevar a cabo la función compulsiva, dirigida a mover o impulsar la conducta humana a la aceptación y obediencia del derecho, como medida disuasoria o represiva y complemento lógico de las medidas preventivas, "la sanción consiste en una consecuencia jurídica desfavorable (privación de un bien de carácter personal, patrimonial, jurídico, político, etc.) que el Derecho vincula o atribuye a los actos que violan sus normas. Desde la perspectiva que aquí nos interesa —la función paidética del derecho— la sanción cumple, ante todo, una doble función en la que evidencia, una vez más, como lo ha subrayado la doctrina, la misión pedagógica del Derecho. Esa doble función, a la que aludimos, consiste, de un lado, en disuadir —"desalentar", en la terminología de Bobbio—, mediante la amenaza de un mal, de realizar determinados comportamientos que el Derecho prohíbe; de otro lado, la amenaza de ese mal induce, estimula, "alienta" a obedecer al derecho, operando como factor coadyuvante en el proceso de generación del hábito de obediencia al mismo, juntándose e integrándose la función específicamente disuasoria con una tarea de carácter promocional".

En torno a las funciones del derecho, BOBBIO (1980) "El análisis...", cit., pp. 381 a 383, distinguiendo los ordenamientos represivos y los promocionales, señala que hacer imposible una acción no querida para los ordenamientos represivos, o hacer necesaria una acción querida para los ordenamientos promocionales, consiste en hacer que el destinatario de la norma no pueda en el primer caso, violarla; o en el segundo caso, que le resulte (en la práctica) imposible dejar de realizar la acción querida dada la magnitud de la medida promocional. En torno a los ordenamientos represivos, siendo la finalidad impedir que la conducta se lleve a cabo, las medidas "directas", se caracterizan porque actuando sobre el individuo impiden preventivamente la violación o fuerzan preventivamente la ejecución, mientras que las "indirectas", actuando sobre la psiquis de la persona, producen consecuencias desagradables en la persona que dificulta el comportamiento no querido. Así, en un ordenamiento represivo la técnica típica es la del "desalentamiento" que tiene como base una amenaza, esto es, una operación con la que A trata de influir en el comportamiento de B obstaculizando o atribuyéndole consecuencias desagradables.

LARA-CHAGOYAN (2000) *El concepto...*, cit., pp. 136 y 137, da cuenta que de acuerdo a Cotterrell, quien desde las consideraciones de Austin efectúa una interpretación amplia de su concepto de sanción, y en específico de su máxima que una sanción está presente donde existe la más mínima posibilidad del más mínimo daño, considera por tanto sanción no solo un mal que proviene de normas de mandato sino también los males que provienen de otro tipo de normas (como las que confieren poderes públicos o privados). Estima que cualquier desventaja formalmente especificada directa o indirectamente por una norma en cuanto a ser impuesta en caso de desobediencia puede ser considerada como sanción jurídica. La sanción tiene un efecto educacional que repercute en el comportamiento de la sociedad. De acuerdo a LARA-CHAGOYAN (2000) *El concepto...*, cit., pp. 144, desde la concepción amplia de sanción de Cotterrell, es posible de entender que incluso el no nacimiento de un derecho subjetivo deseado por una persona se puede ver como una desventaja, es decir, un mal que puede ser equiparado a una sanción. Por su parte, desde el concepto amplísimo de sanción de KELSEN, Hans (1999) *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Editorial Eudeba, p. 55, se puede considerar que por sanción no ha de entenderse la reacción frente a una conducta humana determinada, sino también la reacción ante otras conductas socialmente indeseadas. En tal sentido, LARA-CHAGOYAN (2000) *El concepto...*, cit., pp. 171.

individuos hacia la evitación de la insolvencia a través de la amenaza, y por tanto el miedo consecuente, de la privación del alivio de la deuda por un largo periodo de tiempo<sup>881</sup>.

Así las cosas, desde la configuración y consideración preventivo educativa del periodo de buena conducta, identificamos su naturaleza jurídica sancionatoria<sup>882</sup>. En efecto, a través del periodo de buena conducta se pretende, por una parte, instar a la obediencia, esto es, instar al deudor a no realizar actividades tendentes a la insolvencia —y de paso, incentivar su honestidad—, por tanto, prevenirla; y por otro, formar un hábito de obediencia que posibilite que el deudor, a largo plazo, voluntariamente evitará realizar actos que tiendan a la insolvencia, esto es, educar al deudor.

Finalmente, si entendemos que el periodo de buena conducta tiene una pretensión preventivo-educativa basada en la imposición de una consecuencias desfavorable al deudor que no lleva a cabo la conducta esperada, es que en esencia estamos hablando de la imposición de un eventual castigo al deudor que no es insolvente, para prevenir la situación de insolvencia, y de imponer el castigo a los deudores en caso de insolvencia, para que aprendan a no volver a caer en insolvencia. En estricto rigor, entendemos ello es coincidente con la idea de escarmiento<sup>883</sup> o castigo.

Así las cosas, comprendemos que el periodo de buena conducta concebido por nuestra LC a partir del modelo alemán, tiene como objetivo fomentar el aprendizaje del deudor a través del castigo, imposición de una sanción o consecuencias desfavorable.

---

<sup>881</sup> NINO (1985) *La validez...*, cit., p. 281, considera que en ciertos casos, para cierto tipo de normas —aquellas que confieren poderes; en torno al problema de la nulidad como sanción—, la sanción puede ser vista como un motivo para la acción, más que como la privación de un bien o la generación de un mal, en el entendido de que en casos de nulidad el bien afectado se trataría de la negativa a prestar la coacción estatal que sufre el interesado por la validez del acto en cuestión. Desde este punto de vista, al igual que una eventual falta de coacción estatal para el cumplimiento del contrato motiva a un individuo a cumplir con los requisitos de validez de un acto jurídico, una eventual falta de acción estatal para otorgar un alivio de la deuda motivaría al deudor a llevar a cabo una conducta que le permitiera no caer en situación de insolvencia.

<sup>882</sup> Esto lo podemos ver corroborado por las consideraciones de JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 226, para quien, criticando la disminución de la duración del periodo de buena conducta debido a que ello influiría en el aumento de las situaciones de abuso de los deudores, cuanto menos drástica sean las consecuencias del comercio económico irracional [refiriéndose con ello a la duración del periodo de buena conducta], mayor será el descuido y la disposición a asumir riesgo por parte de los deudores, lo que sería una manifestación del abuso de los mismos. A contrario sensu, una consecuencia drástica, que para el autor se configuraría con el mantenimiento del periodo de buena conducta de seis años, influiría en una disminución de la conducta abusiva de los deudores a la hora de asumir riesgo, y por tanto, de endeudarse.

<sup>883</sup> El Diccionario de la Real Academia Española señala que escarmantar es: desde el punto de vista del sujeto activo, imponer o aplicar un castigo a alguien, o corregirlo con rigor por haber cometido una falta; desde el punto de vista del sujeto pasivo, aprender de la experiencia ajena o propia para evitar caer en los mismos errores. En este sentido, el mismo Diccionario estima que enseñar, en segunda acepción, significa dar advertencia, ejemplo o escarmiento que sirva de experiencia y guía para obrar en lo sucesivo.

### 3.2.2. *Protección del mercado del crédito, por tanto, satisfacción de los acreedores.*

Siendo uno de los fundamentos del periodo de buena conducta la protección del mercado del crédito, bajo el entendimiento del legislador de que ello se producirá solo a través de la participación del deudor en la satisfacción de los acreedores por medio de sus ingresos futuros, y estando ello en concordancia con la idea de primacía del objetivo de satisfacción de los acreedores por sobre el alivio de deuda, el objetivo del periodo de buena conducta vinculado a este fundamento es la satisfacción de los créditos o el cumplimiento de las expectativas de cobro de los acreedores a través del pago<sup>884</sup>.

Tal idea es replicada por nuestra LC tanto en su exposición de motivos, como a través de los fundamentos tenidos en cuenta por el legislador al tiempo de introducir el formato de mecanismo de segunda oportunidad consagrado en el artículo 178 bis. Así, tanto de la exposición de motivos de la LC se desprende<sup>885</sup>, como del Preámbulo de la LAE<sup>886</sup> y de los razonamientos justificativos del mecanismo de segunda oportunidad en la LSO<sup>887</sup>, se establece, que la exoneración de la deuda se encuentra supeditada a la satisfacción de los acreedores<sup>888</sup>.

Por otro lado, conociendo que la justificación por la cual había sido rechazada una regulación del mecanismo de segunda oportunidad con anterioridad en el Parlamento era el efecto contraproducente que tal herramienta eventualmente produciría en el mercado del crédito<sup>889</sup>, la propuesta de regulación del mecanismo de segunda

---

<sup>884</sup> Así, el INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 300. HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 130. AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 430. En la misma línea, GUNDLACH, Ulf, FRENZEL, Volkhard y SCHMIDT, Nikolaus (2002) "Fünf Jahre Wohlverhaltensperiode auch noch nach der InsO-Änderung 2001?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 5, p. 141, expresan que porque el alivio de la deuda afecta los derechos de los acreedores, tal descarga no debe ser fácil para los deudores, y por tanto, imponiéndosele un periodo de buena conducta en el cual debe poner sus ingresos a disposición de sus acreedores. De las justificaciones indicadas por JÄGER (2005) "Masselose...", cit., p. 17, para considerar que un alivio automático de la deuda no es posible, se encuentran, entre otros alusivos a la prevención del abuso de los deudores, que ello importaría un no pago a los acreedores, respecto de los cuales, indica, es necesario y obligatorio tener un margen para efectuar pagos.

<sup>885</sup> Exposición de Motivos de la LC, II, p. 6.

<sup>886</sup> Preámbulo de la LAE, II, p. 5, expresa que "La reforma incluye una regulación suficiente de la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, [...] siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho."

<sup>887</sup> Intervención del Ministro de Economía y Competitividad, De Guindos Jurado, en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 16.

<sup>888</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 173, expresa que con el RDL 1/2015 "El artículo 178.2 de la Ley Concursal fue nuevamente modificado para resaltar que el principio general sigue siendo la responsabilidad limitada por las deudas subsistentes tras el concurso, a no ser que el deudor obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho conforme al artículo 178 bis."

<sup>889</sup> La intervención del Sr. Martínez Gorriarán, por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 31, manifiesta que "La excusa con la que se rechazaba las anteriores [propuestas de regulación de segunda oportunidad] es

oportunidad a través de RDL 1/2015 por el mismo Grupo Parlamentario que con anterioridad la había rechazado, entendemos, habría mantenido aquel razonamiento. En este mismo sentido, se ha señalado<sup>890</sup> que en España la medida de exoneración de deudas se había ralentizado por el temor al impacto que pudiera tener en las cuentas de resultados de las entidades financieras, a que se alterara la cultura de pago y a que se produjera un colapso judicial. En atención a esto, podemos decir que la justificación de la regulación actual del mecanismo de segunda oportunidad plasmado en la LC se encuentra en la protección de los intereses de los acreedores, especialmente pertenecientes al mercado del crédito, manteniendo este objetivo como primario y como marco de referencia o modelador del tipo de regulación establecida.

La duración del periodo de buena conducta, en su génesis, y por tanto del procedimiento de alivio o exoneración de la deuda, se justifican de esta forma en la protección de los intereses de los acreedores, y en específico, de sus expectativas de cobro<sup>891</sup>.

Considerándose las bases de fundamento legislativo de la InsO y de nuestra LC al momento del establecimiento del mecanismo de exoneración de la deuda, la idea tras el periodo de buena conducta es que una vez concluido el procedimiento de insolvencia o la liquidación, en un periodo de tiempo determinado, el deudor asigne la parte embargable de sus bienes a un fideicomisario, que luego los distribuirá entre sus acreedores<sup>892</sup>. Así, el periodo de buena conducta se configura como una herramienta cuyo objetivo es la recolección y distribución entre los acreedores de los ingresos disponibles del deudor<sup>893</sup>.

---

que ello ponía en peligro la solvencia del sistema bancario y, de hecho, tendría efectos contraproducentes como encarecer el crédito hipotecario y por tanto ralentizar aún más el despegue de la economía."

<sup>890</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 16.

<sup>891</sup> De los fundamentos del PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA INSO DE 2012, BD-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 13, se puede inferir la idea del legislador de una relación directamente proporcional entre la duración del periodo de buena conducta y las expectativas de pago de los acreedores. Así, expresándose en el Proyecto que cualquier disminución en la duración del procedimiento de alivio repercute directamente en la disminución de las perspectivas de satisfacción de los acreedores, podemos apreciar que de acuerdo a las consideraciones del legislador, la duración del periodo de buena conducta cumpliría una función de protección de las expectativas de cobro de los acreedores.

<sup>892</sup> BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 188

<sup>893</sup> La intervención del Sr. Martínez-Pujalde López, por el Grupo Parlamentario Popular, en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit. p. 41, en torno al mecanismo de segunda oportunidad para el deudor, manifiesta que "Se le ofrece una oportunidad y se le dice: si ha hecho todo lo posible por pagar, si ha hecho todo lo posible por afrontar sus compromisos, si ha hecho todo lo posible por cumplir y no puede por razones sobrevenidas, nosotros dejamos que tenga una segunda oportunidad para que no esté sumergido en el otracismo porque te quedan unas deudas pendientes que se comerían tu sueldo, pensión o lo que sea". En la misma línea, GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 262; LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 142.

### 3.2.2.1. *Naturaleza compensatoria.*

Si bien es cierto la InsO original contemplaba un periodo de buena conducta de siete años sin posibilidad de reducción, el Proyecto de Ley de Reforma de la InsO de 2012<sup>894</sup>, que pasaría a configurar la Reforma de la InsO de 2014, condiciona la reducción del periodo de alivio de la deuda a la satisfacción de una tasa mínima de los créditos de los acreedores<sup>895</sup>. En el mismo sentido, tal como ya lo hemos descrito, el modelo español condiciona el acortamiento del periodo de plan al pago de un determinado porcentaje de los créditos de los acreedores<sup>896</sup>.

Las justificaciones del proyecto de reforma alemán, en este punto, dan cuenta del mantenimiento de la idea de una estrecha vinculación entre la duración del periodo de buena conducta y la protección de los intereses de los acreedores en torno a la satisfacción de sus créditos<sup>897</sup>. En efecto, el borrador justifica la exigencia de una tasa mínima por el hecho de que solo con tal regulación se garantizaría un equilibrio equitativo de intereses<sup>898</sup>, toda vez que cualquier acortamiento de la fase de alivio generalmente empeora las perspectivas de satisfacción de los acreedores, siendo por tanto problemático un acortamiento del periodo de buena conducta si no existe un nivel mínimo de satisfacción de los acreedores<sup>899</sup>. Así las cosas, las motivaciones del

---

<sup>894</sup> PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA INSO DE 2012, BD-DRUCKS. 17/11268.

<sup>895</sup> Tanto el Proyecto de Ley para acortar el procedimiento de alivio de la deuda residual y para reforzar los derechos de los acreedores, de 18 de enero de 2012, del Ministerio Federal de Justicia (Proyecto de Reforma del Ministerio Federal de Justicia de 2012), así como el Proyecto de Ley de Reforma del Gobierno Federal de 2012, contemplan una rebaja en la duración del procedimiento de alivio a tres o cinco años, si el deudor cumplía con el requisito de satisfacción mínima del 25% de los créditos de los acreedores, o el pago de los costos del procedimiento, respectivamente. ENTWURF EINES GESETZES ZUR VERKÜRZUNG DES RESTSCHULDBEFREIUNGSVERFAHRENS, ZUR STÄRKUNG DER GLÄUBIGERRECHTE UND ZUR INSOLVENZFESTIGKEIT VON LIZENZEN (Stand: 18.1.2012) (2012), en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 2, p. 1; BD-DRUCKS. 17/11268, p. 13.

La delimitación del porcentaje de tasa mínima en el Proyecto de Ley de Reforma de la InsO de 2012, de acuerdo a BACZAKO (2013) "Was lange...", cit., p. 212, y según lo explicitado por BD-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 14, habría sido orientado por el procedimiento concursal austriaco, en el cual, el alivio de la deuda se lograría en tres años (de un total de siete) si el deudor era capaz de cubrir el 50% de los créditos de los acreedores, mientras que al cabo de siete años se otorgaba un alivio de la deuda si el deudor cubría el 10% de las acreencias. El legislador alemán, tomando modelo de este ordenamiento, habría considerado que el nivel de satisfacción debería ser significativamente más alto que el 10%, pero inferior al 50% del que consagraba el ordenamiento austriaco. De acuerdo a RITTER (2013) "Die neue...", cit., p. 135, habiéndose dejado claro en el Proyecto de Ley de Reforma de la InsO de 2012 que no existían declaraciones válidas disponibles respecto al nivel de satisfacción realmente logrado, la cuota del 25% era bastante gratuita en torno a su establecimiento, sin saberse cuántos deudores, en realidad, podrían lograrla.

<sup>896</sup> Artículo 178 bis.3.4°.

<sup>897</sup> De acuerdo BACZAKO (2013) "Was lange...", cit., p. 212, el aumento del porcentaje de tasa mínima de satisfacción de los acreedores habría subido del 25% al 35% debido a una fuerte crítica de los representantes de los intereses de los acreedores. En la misma línea, GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 2020 y RITTER (2013) "Die neue...", cit., p. 135.

<sup>898</sup> LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96.

<sup>899</sup> BD-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 13. BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 224.



proyecto justifican la necesidad de pago de una tasa mínima como compensación<sup>900</sup> para los acreedores de tal forma de mantener con ello el equilibrio equitativo de intereses<sup>901</sup>.

La misma idea es posible de inferir desde las justificaciones que contempla el RDL 1/2015 en torno a la introducción de la fórmula de exoneración de la deuda que, en principio aplazada por el término de cinco años, es posible de disminuir a cero en caso de que el deudor haya cumplido un determinado porcentaje de los créditos en beneficio de sus acreedores. Del análisis de la Historia de la Ley 25/2015, entendiéndose que la justificación subyacente al tipo de regulación del mecanismo de segunda oportunidad en la LC es la protección del mercado del crédito y la satisfacción de los acreedores<sup>902</sup>, y considerándose la introducción del mecanismo de exoneración de deudas un cambio significativo que requería un tratamiento con resguardos y cautelas, razonamos que el establecimiento de una forma de exoneración automática pero limitada a una determinada satisfacción previa de los acreedores<sup>903</sup> obedece en efecto al objetivo de satisfacción de los acreedores como guía o marco de referencia para la regulación en la LC.

Bajo la lógica de fundamentos y justificación del Proyecto de Reforma de la InsO de 2012, así como de los fundamentos y justificación de la introducción del mecanismo de segunda oportunidad en la LC, se hace necesario un monto mínimo de pago hacia los acreedores para proteger sus intereses en torno a la satisfacción de sus créditos<sup>904</sup>. De esta forma, al reducirse el periodo de alivio de deuda, con la consecuente

---

<sup>900</sup> BACZAKO (2013) "Was lange...", cit., p. 212.

<sup>901</sup> El Proyecto, justificando primero la necesidad de un periodo más reducido de alivio de la deuda en razones sociopolíticas y económicas, indicando luego que el nivel de tasa de satisfacción mínima del 25% es el resultado de un equilibrio apropiado entre los intereses de los deudores y acreedores, expresa que, además del alivio para los deudores, los derechos de los acreedores deben tenerse en cuenta. BD-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 14; ENTWURF EINES GESETZES ZUR VERKÜRZUNG DES RESTSCHULDBEFREIUNGSVERFAHRENS, ZUR STÄRKUNG DER GLÄUBIGERRECHTE UND ZUR INSOLVENZFESTIGKEIT VON LIZENZEN (Stand: 18.1.2012) (2012), cit., p. 2

<sup>902</sup> Apartado 2.2.2., Sección 1ª, Parte Segunda.

<sup>903</sup> En intervención del Ministro de Economía y Competitividad, De Guindos Jurado, en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 18, en torno a las justificaciones de la forma de regulación del mecanismo de segunda oportunidad, expresa que "Coincidirán conmigo en que esta exoneración supone un salto cualitativo en nuestro marco de insolvencia que ha de establecerse con las debidas cautelas. [...] Se prevén dos mecanismos de exoneración: Se mantiene la posibilidad actualmente vigente de exoneración al concluir la liquidación del patrimonio siempre que en estos momentos se paguen los créditos privilegiados, contra la masa y si no se ha intentado un acuerdo extrajudicial el 25% de los créditos ordinarios. [...]", entendemos nosotros, a través del sometimiento al periodo de plan de pagos de cinco años establecido en el apartado 6 del artículo 178 bis.

<sup>904</sup> AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 430, expresa que las perspectivas de satisfacción de los acreedores insolventes constituyen una razón central legitimadora para la duración del procedimiento de exención de deuda residual; en el ordenamiento español, MOLINA (2019) "La propuesta...", cit., p. 117, expresa que "En España, donde se busca fundamentalmente la satisfacción de un mayor número de

disminución de las expectativa de cobro de los acreedores, se exige el cumplimiento de un porcentaje mínimo de créditos como forma de compensación<sup>905</sup> de los acreedores, de manera tal de mantener con ello el equilibrio de intereses.

De estas consideraciones, entendiéndose que la duración normal de seis años del periodo de buena conducta en la InsO cumple una función de protección de las expectativas de cobro de los acreedores mediante el mantenimiento del deudor por un periodo de tiempo en la obligación de realizar los mayores esfuerzos para efectuar el pago de lo que pueda a sus acreedores<sup>906</sup>, y configurándose la tasa mínima como una forma de compensación para los acreedores, el periodo de buena en su duración de seis años, así como en su versión disminuida con sujeción a un requisito de satisfacción de un porcentaje mínimo de créditos en beneficio de los acreedores, tiene una eminente naturaleza compensatoria<sup>907</sup>.

Coherente con la configuración de un periodo de buena conducta sancionatorio, tanto este como el procedimiento de alivio se habrían gestado como herramientas para tratar la insolvencia desde la base de un entendimiento del deudor como una persona que requiere una lección-sanción para propiciar una modificación de su comportamiento en torno a la asunción de las deudas, al tiempo que se intenta reparar o compensar en parte a los acreedores que, sobre la base del otorgamiento de un alivio de la deuda, serían perjudicados tanto por la acción del deudor, como por el efecto del *discharge* que les priva de la satisfacción de sus créditos. Bajo esta lógica tiene sentido el entendimiento del periodo de buena conducta y el requisito de satisfacción de un porcentaje mínimo de créditos en beneficio de los acreedores como una compensación<sup>908</sup>.

---

créditos, compensa para el deudor la disposición de más tiempo para hacer frente a los créditos no exonerables."

<sup>905</sup> JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 224, aunque critica el monto de la tasa mínima destinada a las satisfacción de los acreedores, identifica a la misma como una compensación ante la disminución del periodo de buena conducta.

<sup>906</sup> AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 430; SENENT MARTÍNEZ, Santiago (2015) "El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 23, Editorial La Ley, p. 6 (Smartecca).

<sup>907</sup> WINTER (2003) "Vorzeitige...", cit., p. 452, analizando una de las primeras sentencias que se pronuncian sobre la posibilidad de acortamiento del periodo de buena conducta con fundamento en la falta de verificación de créditos de los acreedores, entiende que la interpretación de la LG. Frankfurt, en sentencia de 20 de junio de 2003 estima que el periodo de buena conducta debe aplicarse puesto que el mismo compensaría o conciliaría significativamente los intereses entre deudor y acreedores, en torno al alivio de la deuda, por un lado, y la satisfacción de la deuda, por otro.

<sup>908</sup> En este contexto, y solo para efectos de dar un ejemplo que describe la anterior comprensión, en cuanto a la idea de compensación de los acreedores, podríamos encontrar un símil con lo que en la legislación española se conoce como compensación por riesgo de tipo de interés que el mercado del crédito ha introducido en algunos tipos de contratos hipotecarios en virtud del artículo 9 de la Ley

## **II. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE UN ADECUADO PERIODO DE REHABILITACIÓN DEL DEUDOR.**

Las razones que ha planteado la doctrina para desestimar una concesión inmediata del alivio de la deuda, prescindiéndose por tanto de una eliminación del periodo de buena conducta, son: 1. que la falta de un periodo de buena conducta determinaría que no solo los deudores honestos gozaran del alivio de la deuda; 2. que incentivaría una falta de cuidado por parte del deudor en la asunción de la deuda; 3. que repercutiría en un no pago a los acreedores, respecto de los cuales es preciso tener un margen de cumplimiento en función del objetivo de satisfacción de los procedimientos concursales<sup>909</sup>.

### **1. Injustificación de un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores en la LC.**

De acuerdo a lo que hemos podido constatar, la LC contempla una fórmula de exoneración directa, pero aparente. En efecto, el número 4º del apartado 3 del artículo 178 bis establece la posibilidad de que la exoneración de la deuda sea otorgada de manera directa, sin plazo intermedio menor al máximo de cinco años del plan de pagos; sin embargo, esta posibilidad se encuentra supeditada al requisito de cumplimiento de un determinado porcentaje de satisfacción mínima de créditos en beneficio de los acreedores.

En este sentido, y en atención a la PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, la redacción original de su artículo 19 permitiría la posibilidad de que una regulación

---

41/2007, de 07 de diciembre. La norma permite que en caso de cancelación de contratos hipotecarios de plazo mayor a doce meses y en los que se haya pactado una cuota a tipo fijo, se podrá pactar una compensación por riesgo de tipo de interés, que dependerá de si la cancelación anticipada del contrato genera una ganancia o pérdida para el capital de la entidad acreedora. En tal sentido, la norma prevé que se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora. De esta forma, con justificación en la protección de los intereses de los prestamistas, en casos en que los prestatarios pretendan amortizar anticipadamente de manera total o parcial, deberán cubrir el monto de la compensación cuando ello signifique una pérdida de capital.

<sup>909</sup> Así lo describen, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 164; CUENA (2011) "Fresh start...", cit., p. 23; JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., pp. 224 y sgtes., de manera extensa, da cuenta de tales argumentos, que aunque aplicados al acortamiento del procedimiento de alivio con requisito de índice mínimo de satisfacción del 35%, son de todo extensibles a una eventual inexistencia del periodo de alivio de la deuda. JÄGER (2005) "Masselose...", cit., p. 17, extiende los argumentos dados para descartar un acortamiento de los plazos de prescripción.

concurzal de la persona física pueda contener una fórmula de exoneración directa sujeta a un porcentaje de satisfacción de los acreedores<sup>910</sup>.

Si bien pudiere parecer adecuado que la LC contemple la posibilidad de un otorgamiento directo de la exoneración cuando el deudor hubiere cumplido el porcentaje de satisfacción mínimo de los acreedores al que alude la norma, pues a diferencia de la InsO no se contemplaría el requisito de tener que cumplir el deudor al menos tres años en un periodo de buena conducta o plan de pagos para acceder a la descarga de la deuda, y aunque la Propuesta de Directiva posibilite una fórmula de exoneración directa sujeta al cumplimiento de un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores, es posible efectuar las siguientes críticas:

### **1.1. Injustificación del porcentaje de satisfacción mínima desde su vinculación con la mala fe del deudor persona física.**

La norma del artículo 178 bis.3.4º limita la fórmula directa de exoneración a los deudores que hubieren cumplido un porcentaje mínimo de los créditos en beneficio de los acreedores. Es desde este punto de vista que se explica que el legislador español haya vinculado la posibilidad de una exoneración directa del deudor a su conducta o buena fe<sup>911</sup>. En efecto, de la redacción de la norma es posible colegir que, en lo pertinente, se otorgará una descarga directa al deudor que se encuentre de buena fe, entendiéndose tal circunstancia cuando, en los casos respectivos que señala la norma, el deudor hubiere dado cumplimiento al porcentaje de créditos específico en beneficio de sus acreedores.

Lo primero que podemos criticar es que con esta exigencia, en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa, nunca será posible para el deudor el cumplimiento de este requisito y, por tanto, siempre tendrá que acudir al número 5º del apartado 3, que habla de "alternativamente al número anterior", esto es, al plan de pagos o periodo de buena conducta de la LC<sup>912</sup>. En efecto, siempre y en todo caso que el concurso concluya por insuficiencia de masa, al deudor se le someterá de manera obligatoria por cinco años a un periodo de buena conducta, a pesar de la finalidad del

---

<sup>910</sup> En este sentido, LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 12.

<sup>911</sup> MOLINA (2019) "La propuesta...", cit., p. 116.

<sup>912</sup> Concuerda con nosotros, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 6; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 8; CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 114.

procedimiento concursal de la persona física de otorgar un alivio al deudor de manera oportuna.

Si a ello se agrega que, tal como hemos planteado previamente<sup>913</sup>, la institución de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa no comprende una efectiva y adecuada evaluación del nivel de endeudamiento y de la capacidad de pago del deudor, tenemos que en muchos casos deudores sin posibilidad alguna de pago estarán de igual forma sometidos al periodo de cinco años para obtener el alivio de la deuda o exoneración, a pesar de ser deudores de buena fe<sup>914</sup>.

En este sentido, decimos que son deudores de buena fe, a pesar que LC los categoriza como carentes de buena fe, ya que las circunstancias de falta de pago de un porcentaje de créditos en el concurso, que la LC equipara a una circunstancia que caracteriza al deudor como carente de buena fe, no conlleva o significa necesariamente, y en general o en la mayoría de los casos, una conducta abusiva del procedimiento concursal o perjudicial para los intereses de los acreedores<sup>915</sup>.

En efecto, desde que la LC comprende que para otorgar una exoneración directa son deudores de buena fe aquellos que cumplen con un porcentaje de pasivo mínimo en favor de sus acreedores, a contrario sensu, los deudores que no cumplen este requisito son considerados por la LC como carentes de buena fe. Ahora bien, vinculándose la mala fe con una circunstancia de hecho en la que el deudor ha obrado de manera manifiestamente negligente o maliciosa en perjuicio de sus acreedores o del procedimiento concursal y sus intereses; ante una falta de pago de un porcentaje mínimo de créditos, aquello no es necesariamente así.

Aunque se pretende justificar la limitación de la exoneración directa en la protección de los intereses de los acreedores, de manera de que una exoneración directa no prive a los acreedores de la posibilidad de cobro, el legislador español establece caprichosamente una causal de falta de buena fe sin tomar en consideración la esencia de la institución de limitaciones al principio del fresh start con fundamento en la prevención del abuso del deudor<sup>916</sup>. Se extralimita, y con ello agrupa a todos los

---

<sup>913</sup> Apartado II.5.3, Sección 2ª, Parte Segunda

<sup>914</sup> Aunque no en los mismos términos, también esta idea puede inferirse de lo expresado por CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 114.

<sup>915</sup> CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 113.

<sup>916</sup> CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 748; CUENA, Matilde (2017) "Crédito público y exoneración de deudas. A propósito de la sentencia de TJUE de 16 de marzo de 2017", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 27, Editorial Wolter Kluwer, p. 10 (Smarteca), expresa que "[...] en España la LC discrimina dentro del régimen de exoneración a los deudores convirtiendo su capacidad económica en criterio para evaluar la buena fe."

deudores que no pueden pagar un porcentaje determinado de créditos y los cataloga como carentes de buena fe de manera automática, sin considerar las circunstancias que rodean la falta de pago o satisfacción de un porcentaje de la deuda en el mismo procedimiento concursal.

De ello es posible deducir que como el legislador español entiende que la falta de pago de estos porcentajes mínimos se constituye en una circunstancia que posibilita catalogar al deudor como carente de buena fe, por tanto una causal para denegar la forma directa de exoneración de la deuda, entonces esta causal en esencia se configura como una sanción para el deudor ante la circunstancia de falta de cumplimiento de los porcentajes de pago mínimo de créditos. En efecto, la falta de pago de los créditos mencionados en la norma, siendo ello constitutivo de falta de buena fe del deudor, posibilita privar al deudor de la descarga o beneficio del alivio de la deuda de manera directa. Es esta una consecuencia desfavorable para el deudor que surge como resultado de una determinada circunstancia que le afecta.

El problema es que el fundamento de la limitación del fresh start en torno al requisito de buena fe o buena conducta, y la falta de malicia, deliberada o grave negligencia o falta de cuidado en el cumplimiento del pago, que además no depende de la intención del deudor, sino de la simple circunstancia, ajena a su voluntad en general, de falta de recursos para cubrir los límites exigidos o dispuestos en la norma, no justifican que tal circunstancia se presente o equipare como una propia falta de buena fe, que a su turno justifique la imposición de una sanción de la gravedad como es la pérdida del beneficio de descarga directa.

De esta forma, no es dable privar al deudor del derecho al alivio de la deuda a pretexto de que en el mismo procedimiento concursal de liquidación no se alcanzó a cubrir un porcentaje determinado de los créditos. Desde el punto de vista de las justificaciones y finalidades de la institución de la denegación del alivio de la deuda residual ello carece de toda justificación.

Por otro lado, en caso de que el deudor no hubiese intentado un AEP, la norma del número 4º del apartado 3 del artículo 178 bis establece la consecuencia desfavorable para el deudor de tener que asumir un porcentaje mayor de satisfacción de los acreedores para obtener el beneficio de la descarga directa, por tanto, una carga mayor para obtener el alivio. Desde otro punto de vista, la norma dificulta la obtención del alivio del deudor, pues le obliga a asumir una mayor cantidad de deuda, si no se ha intentado un AEP. El legislador dificulta el alivio a pretexto de considerar que el deudor

que no insta un AEP carece de buena fe. Ahora, sin considerar que en este caso el deudor carece de malicia, grave negligencia o culpa o deliberada intención de causar un mal a los acreedores, el legislador obstaculiza el alivio con justificación en la falta de buena fe del deudor, cuestión que se constituye en una manifiesta contradicción.

Así las cosas, para la frase final del número 4° del apartado 3 se aprecia que es doble la injustificación de la estimación de la falta de buena fe del deudor, puesto que por un lado y desde la visión del legislador, carece de buena fe el deudor que no instó o intentó un AEP, y por otro, también carece de buena fe porque no alcanzó a cubrir el 25% de los créditos ordinarios. Siendo una frase copulativa de ambas circunstancias se tiene que en la visión del legislador hay falta de buena fe por parte del deudor cuando no insta un AEP y cuando no logra el cumplimiento de al menos el 25% de los créditos ordinarios. Ambas circunstancias, en su esencia, no buscan perjudicar al procedimiento concursal o a los acreedores.

## **1.2. Innecesariedad e injustificación de un índice de satisfacción mínima de los acreedores.**

Se ha entendido que la inclusión de un requisito de cumplimiento de un porcentaje mínimo de pago tiene su fundamento en la protección de los intereses de los acreedores<sup>917</sup> y que una duración menor o la eliminación del periodo de buena conducta genera menores posibilidades de pago<sup>918</sup>. Ahora bien, lo cierto es que predominando en la actualidad los procedimientos sin masa<sup>919</sup>, tal cuestionamiento no tiene injerencia decisiva<sup>920</sup>.

---

<sup>917</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 224; ENTWURF EINES GESETZES ZUR VERKÜRZUNG DES RESTSCHULDBEFREIUNGSVERFAHRENS, ZUR STÄRKUNG DER GLÄUBIGERRECHTE UND ZUR INSOLVENZFESTIGKEIT VON LIZENZEN (Stand: 18.1.2012) (2012), cit., p. 2; BD-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 13.

<sup>918</sup> BD-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 13. JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 224. BACZAKO (2013) "Was lange...", cit., p. 212, da cuenta que la expectativa de los representantes de los acreedores al momento de evaluar el Proyecto de Ley de Reforma de la InsO en el año 2012, era que con la disminución del periodo de buena conducta, la tasa global de satisfacción de los acreedores disminuiría.

<sup>919</sup> GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 262; DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino (2012) "La posición jurídica del consumidor insolvente", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 25, Editorial Thomson Reuters, p. 121, 122 y 141; PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 27. En el mismo sentido, SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 2; PULGAR (2015) "Acuerdos extrajudiciales...", cit.

<sup>920</sup> HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 130. De igual forma, refiriéndose a la duración de los planes de pagos, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 78.

La experiencia en modelos comparados, ha demostrado que la situación económica del deudor no cambia significativamente en el periodo de buena conducta<sup>921</sup>, lo cual es más claro en aquellos casos de masa cero en los que el deudor no alcanza si quiera el nivel mínimo de subsistencia<sup>922</sup>. En efecto, teniendo presente que nuestra LC contempla un porcentaje de cumplimiento de la totalidad de ciertos créditos hasta llegar al 25% de los créditos ordinarios en caso de falta de intento de acuerdo extrajudicial de pagos, considerándose datos empíricos<sup>923</sup>, gran parte de la doctrina alemana está de acuerdo en que incluso una cuota de cumplimiento del 35% para acortar el periodo de buena conducta a 3 años es muy elevada<sup>924</sup>.

En esta línea, tanto al tiempo de redactarse el Proyecto de Ley de Reforma de la InsO de 2012, como al tiempo de establecerse en el modelo español una limitación a la exoneración en base a un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores por la LAE, para la doctrina era evidente, especialmente en el caso los deudores sin masa, que el cumplimiento de tales índices de satisfacción mínimos de los acreedores se hacía escandalosamente elevado y restrictivo<sup>925</sup>, puesto que muy pocos deudores se encontrarían en situación económica que permitiera el pago de tal cantidad de pasivo<sup>926</sup>,

---

<sup>921</sup> GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 296.

<sup>922</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 652. PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 154. LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96, reconoce que el establecimiento de una tasa mínima de satisfacción de los acreedores representa una injusticia para los deudores necesitados o indigentes. En la misma línea, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 189. RITTER (2013) "Die neue...", cit., p. 135, señala que lo mencionado por la asociación bancaria al tiempo de establecerse la tasa mínima de satisfacción, de que la mayoría de los ingresos para los bancos acreedores se logran entre el tercer y el sexto año del período de asignación, es absolutamente incomprensible a partir de su experiencia.

<sup>923</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 225, indica que en los procedimientos de consumidores las cifras de la Oficina Federal de Estadísticas indican que más del 75% tiene ingresos familiares de menos de 1500 € al mes y que siendo dos personas, el ingreso estaría por debajo el límite de incautación del ZPO. El 40% de hogares tiene ingresos inferiores a 900 €. AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 430, señala que el 55% de los deudores sobreindeudados tienen ingresos por debajo de los 900 €. DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 124, señala que el 80% de las personas sobreindeudadas tiene ingresos inferiores a 1000 €. Por su parte, el Centro de Asesoría a Deudor de Mainz, indica que en el 80% de todos los procedimientos no se efectúan los pagos al fiduciario, y que casi 40% de deudores pagan hasta 10.000 €, 20% entre 10.000 y 25.000 €, 17% entre 25.000 y 50.000 €. Los deudores en procedimiento de insolvencia de consumidores, casi sin excepción, no serían capaces de pagar la tasa mínima exigida por la InsO para la descarga prematura de la deuda residual. HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 221, criticando el monto del 35% de la Reforma de la InsO de 2014, en torno al cálculo de la cuota mínima, expresa que LIOPOLD (2013), ZInsO, p. 2052, habría calculado que en caso que un tercero pague por el deudor, para un pasivo de 40.000 €, considerando la tasa de 35% y los demás costos asociados, se requeriría en definitiva un monto de 30.000 €, esto es, una tasa real del 75% que se burlaría del deudor honesto. En iguales términos, STEPHAN (2011) "Die Reform des...", cit., p. 26.

<sup>924</sup> HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 13; HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 221; HOFMEISTER (2014), cit., p. 250.

<sup>925</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 19. En el mismo sentido, SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 2; Concuerta con nosotros, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 12; PULGAR (2015) "Acuerdos extrajudiciales...", cit.

<sup>926</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., pp. 133 y 139; MIRANDA (2014) "¿Qué hay tras...", cit.



y porque no presentaba ninguna solución<sup>927</sup>, sino que se constituía en un instrumento normativo que beneficiaba a ciertos casos particulares o minoría de deudores<sup>928</sup>.

Por otro lado, se ha indicado que, estadísticamente, incluso con un periodo de buena conducta de seis años el 80% de los acreedores pierden el 90%<sup>929</sup> de sus créditos y que en el 75% de los casos el 100% de las acreencias no son cubiertas<sup>930</sup>.

Además de especificar las motivaciones generales que intentan dar razón a la necesidad de una tasa mínima de pago a los acreedores, las motivaciones del Proyecto de Reforma de la InsO de 2012, justificaron la posibilidad de que los deudores podrían dar cumplimiento a una tasa de satisfacción mínima de los acreedores en base a sus esfuerzos<sup>931</sup>. En tal sentido y para ello, se argumentó que los deudores podrían renunciar a algunos ingresos y activos no disponibles, que podrían acudir a ayudas o préstamos familiares fomentándose la cooperación para con el deudor, que el deudor podría hacer pagos adicionales a través de la realización de actividades complementarias, y que la regulación incentivaría las solicitudes anticipadas de apertura del procedimiento<sup>932</sup>.

---

<sup>927</sup> GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 2020. STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 86, amparándose en estadísticas relativas al sobreendeudamiento de personas físicas de 31 de enero de 2011, de la oficina Federal de Estadísticas, expresaba que la mayoría de los deudores, según estudios, no podría cumplir con el mínimo de 25% que exigía el proyecto de reforma de la InsO. STEPHAN (2011) "Die Reform des...", cit., p. 26. RITTER (2013) "Die neue...", cit., p. 135, señala que de acuerdo a un estudio particular de casos llevados como fiduciario en el AG. Hamburg, en relación a la posibilidades de generación de masa de los deudores, la cuota del 25% es en gran medida inalcanzable, agregando que en el 90% de los casos no se logró pago a los acreedores, y que en aquellos que sí, en la mayoría la tasa permanece por debajo del 10% de satisfacción. Termina señalando que el temor de que el acortamiento del periodo de buena conducta genere pérdidas significativas para los acreedores en su conjunto ya es en gran medida infundado. Además, la generación de masa sustancial tiene lugar en los procedimientos de insolvencia de los consumidores, en su mayor parte a través de la liquidación de activos en el procedimiento de insolvencia y en menor medida a través de la base imponible del periodo de buena conducta.

<sup>928</sup> BACZAKO (2013) "Was lange...", cit., p. 213, expresa en nota al pie N° 17, que ya el índice de satisfacción del 25% había sido criticado en el Proyecto de Ley de Reforma de la InsO de 2012 por ser difícilmente alcanzable en el marco de la audiencia de expertos del Comité de Asuntos Legales del Bundestag, añadiendo que Hayer habría declarado que el AG Oldenburg en 2012 "casi el 97% de las quiebras de consumidores solo podían abrirse mediante un aplazamiento de los costos legales porque los deudores ni siquiera podían pagar los costos del procedimiento". Por su parte, LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96, reconoce que con la fijación de un índice de tasa mínima de satisfacción de los acreedores, cualquier deudor que no pueda recaudar fondos, por ejemplo a través del trabajo calificado o mediante donaciones de terceros, se dejará en el desamparo. HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 219, expresa que, en el modelo alemán, incluso el experto Nocke, quien como representante de las asociaciones comerciales bancarias a menudo es nombrado como una de los artífices del aumento en la tasa de pago, señaló que una tasa del 25% era probable que fuera demasiado elevada.

<sup>929</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 55 y CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 73, citando un Informe de Jan-Ocko Herder, "Social inclusión and exclusión in European Consumer Bankruptcy Systems", p. 14; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., pp. 8.

<sup>930</sup> Considerando lo anterior, BECK (2012) "Der Referententwurf...", cit., p. 227, expresa que la nueva regulación, en contraposición a lo expresado en las propias fundamentaciones del cambio legislativo, estaría dando un mayor beneficio a los acreedores, esto es, mayores perspectivas de cobro.

<sup>931</sup> En el mismo contexto, STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87.

<sup>932</sup> BD-DRUCKS. 17/11268, cit., pp. 14 y 30.

Aunque tales justificaciones no son consagradas expresamente por la LC, la LAE contempla una pretensión de incentivo al deudor a la cooperación en el procedimiento concursal, especialmente si consideramos que la introducción de la regulación del AEP y la fórmula de exoneración de la deuda residual originalmente contempladas, con justificación en el fomento del emprendimiento y la protección de los intereses de los acreedores, busca que el deudor inicie de manera oportuna un procedimiento concursal<sup>933</sup>.

Sentado lo anterior, se ha señalado que el entendimiento del acortamiento del periodo de buena conducta a través del cumplimiento de un porcentaje mínimo de créditos como un incentivo a la ayuda y cooperación del deudor, se constituye en un instrumento normativo que beneficia solo a ciertos casos particulares<sup>934</sup>, y no es aplicable para los deudores que, en su gran mayoría, no cuenta con familiares<sup>935</sup> y para los que no encontrándose inmersos en el mercado laboral, a pesar de realizar esfuerzos para encontrar trabajo, no lo logran<sup>936</sup>.

De igual forma, las causas de un retraso en el inicio de un procedimiento concursal no pueden ser solucionadas a través del supuesto incentivo, toda vez que los deudores aprecian que el sistema concursal en estricto rigor no les proporciona un instrumento percibido como aceptable, que posibilite una solución eficiente de la difícil situación y, si ello falla, un alivio rápido<sup>937</sup>.

Que contrario al objetivo pretendido de fomento al esfuerzo, la regulación favorece el abuso de deudores, en su minoría, de altos ingresos, quienes podrían rápidamente cumplir solo con la tasa mínima de pago y liberarse de gran parte de la deuda<sup>938</sup>, mientras que los deudores esforzados, considerando los datos estadísticos, aún tendrían que permanecer cinco años, como es el caso de nuestra LC, a la espera del

---

<sup>933</sup> Apartado 2.2.1., Sección 1ª, Parte Segunda.

<sup>934</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87, indica que la nueva regulación solo servirá para casos muy poco probables de enriquecimiento imprevisto, dando como ejemplo una herencia o un premio de lotería. De igual forma, BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 224 y 225.

<sup>935</sup> RITTER (2013) "Die neue...", cit., p. 136, expresa que es cuestionable cuántos deudores tienen tales posibilidades de recibir ayudas de sus familiares. Indica el autor que ello debería ser la excepción, al menos en el sector del consumo.

<sup>936</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., pp. 225 y 226.

<sup>937</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 228.

<sup>938</sup> Refiriéndose al acortamiento del periodo de buena conducta a tres años en el ordenamiento alemán, JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 224 y 225, da cuenta que el abuso de los deudores se manifestaría en que los acreedores no recibirían una compensación apropiada, disminuyendo su tasa de satisfacción en el resultado final. Así, señala que en la práctica, sin embargo, se frustrará la expectativa expresada en la declaración explicativa de que los deudores estarán motivados para proporcionar beneficios extra obligatorios para la satisfacción de los acreedores.

alivio de la deuda<sup>939</sup>. Ello, finalmente, podría conducir a financiamiento con transacciones riesgosas o especulativas para aliviar la deuda de manera más rápida<sup>940</sup>.

A pesar de que se entiende por algunos que otorgar un alivio de la deuda anticipado sin considerar una cuota mínima de pago a los acreedores en pos del interés fiscal de intervenir al menor costo posible atenta contra uno de los valores básicos del ordenamiento, la *pacta sunt servanda* o cumplimiento de los contratos libremente celebrados; afectándose con ello la certeza jurídica<sup>941</sup> y propiciando una transgresión al derecho fundamental de propiedad de los acreedores<sup>942</sup>; sabiendo que el principio del fresh start contiene el mandato de otorgar alivio a los deudores en difícil situación económica, y que el mecanismo de exoneración de deudas sirve al equilibrio constitucional de los intereses de acreedores y deudor<sup>943</sup>; una descarga temprana de la deuda es necesaria en casos en que los acreedores no se encuentren en mejor posición para llevar a cabo el procedimiento concursal<sup>944</sup>, lo cual a su vez significa que el cumplimiento de un porcentaje mínimo de satisfacción de los acreedores no es de relevancia<sup>945</sup>.

---

<sup>939</sup> Para el caso del ordenamiento alemán con un periodo de buena conducta genérico de seis años, STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87.

<sup>940</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87. JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 225, expresa que la disminución del periodo de buena conducta lleva a que los deudores calculen una liberación anticipada, lo cual sería coincidente con un abuso. BACZAKO (2013) "Was lange...", cit., pp. 212 y 213, señala que estas últimas serían críticas que expresaban los acreedores al tiempo de tramitarse el Proyecto de Ley de Reforma de la InsO de 2012. Cabe hacer presente que aunque JÄGER (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 225, pretenda hacer ver el comentario de STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87, como una crítica a la tasa mínima de satisfacción de los acreedores para dar cuenta que, en definitiva, la disminución del periodo de buena conducta no sería adecuada, el comentario de STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", pretende dar cuenta de una crítica a la tasa mínima de satisfacción misma en torno, creemos, a su innecesariedad. En tal sentido, RITTER (2013) "Die neue...", cit., p. 156, expresa que el abuso en la forma en que un deudor asegura los activos para poder cumplir con la cuota del 25% más adelante, ciertamente no se verá agravado por la nueva regulación, toda vez que un deudor que usa tales métodos lo hará incluso a la luz de las regulaciones actuales.

<sup>941</sup> OHLE, SCHATZ y JÄGER (2006) "Zur Reform...", cit., pp. 483 y 484.

<sup>942</sup> De acuerdo a BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 226, una de las razones otorgadas por el Proyecto de Ley de Reforma de la InsO de 2012 para justificar la implementación de una tasa mínima de satisfacción de los acreedores como compensación ante el alivio de la deuda residual, es la protección del derecho fundamental de propiedad del acreedor.

<sup>943</sup> PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., p. 240.

<sup>944</sup> Ya CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 140, en torno a la antigua regulación de la exoneración condicionada al pago de un porcentaje mínimo de los créditos establecida por la LAE, señalaba que "no hay segunda oportunidad para el que menos tiene", y que la regulación solo se corresponde con un "brindis al sol" de escasa eficacia práctica, haciéndose caso omiso de las ventajas económicas que la misma comporta y de las recomendaciones que se ha hecho a nivel internacional."

<sup>945</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 124, expresa que aunque la exposición de motivos del Borrador del Ministerio Federal de 2007, en torno al endurecimiento de los motivos de denegación, da cuenta que un alivio de la deuda conllevaría un fomento al incumplimiento de los contratos, sin embargo ello no estaría respaldado por datos empíricos. OHLE, SCHATZ y JÄGER (2006) "Zur Reform...", cit., pp. 483, considerando la propuesta del borrador del Ministerio Federal de enmienda de la InsO de 2005, ante lo que estiman una clara transgresión de los intereses de los acreedores y una errónea estimación de las

En este sentido, a pesar de la protección constitucional del derecho del acreedor para cobrar y exigir el pago en función de la protección del derecho de propiedad, si en el ordenamiento alemán se implementó el alivio de la deuda en 1999, rebajándose posteriormente a seis años el periodo de buena conducta, y si en ordenamientos comparados como el inglés o francés, respectivamente, se ha rebajado a un año el periodo de buena conducta o derechamente no existe, es injustificado que la fórmula considerada por el ordenamiento concursal español sea la única constitucionalmente admisible<sup>946</sup>. Estando el derecho de propiedad de los acreedores sobrevalorado debido a que el activo del deudor ha perdido su valor desde que ha caído en situación de insolvencia, incluso antes del inicio del procedimiento concursal, lo mismo que pudiere decirse para justificar la expropiación de la propiedad en base a su proporcionalidad es posible de aplicar al eventual efecto expropiatorio que pudiere presentar una descarga de la deuda residual<sup>947</sup>.

Por otro lado, estando el fundamento del principio del fresh start en derechos inherentes a la persona humana como es el derecho humano al fresh start, el derecho a hacer la vida y el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>948</sup>, y comprendiéndose que de acuerdo a la teoría de la imprevisión el principio de la *pacta sunt servanda* debe ser matizado<sup>949</sup> de manera tal de dar cabida a los objetivos del principio del fresh start, el carácter compensatorio del porcentaje de cumplimiento mínimo de los créditos en beneficio de los acreedores determina su injustificación en aquellos casos en que los deudores personas físicas no presenten posibilidades efectivas de cumplimiento de los créditos<sup>950</sup>.

Teniendo en cuenta lo argumentado, y comprendiendo que la exigencia de un porcentaje de satisfacción mínima en beneficio de los acreedores no se justifica para el grupo de deudores carente de capacidad de pago, la cuestión de la eventual discriminación que sufrirían los deudores al no permitírseles la posibilidad de presentar

---

motivaciones del borrador al entender que el procedimiento de alivio de la deuda no tendría como principal propósito la satisfacción de los acreedores, proponían que el acortamiento del procedimiento se llevara a cabo solo en casos en que los acreedores no se encontraran en mejor posición en el periodo de buena conducta.

<sup>946</sup> En esta línea y refiriéndose al ordenamiento alemán, BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., pp. 226 y 227.

<sup>947</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 227.

<sup>948</sup> Apartado 4.3., Sección 3ª, Parte Primera.

<sup>949</sup> BASTANTE (2016) "La doctrina...".

<sup>950</sup> Así, CUENA, Matilde (2016) "La propuesta de Directiva europea sobre "segunda oportunidad" para empresarios personas físicas", en *Hay Derecho*, Expansión. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2016/12/19/la-propuesta-de-directiva-europea-sobre-segunda-oportunidad-para-empresarios-persona-fisicas/> [Fecha de consulta: 14 de febrero de 2019].

un plan de pagos a pesar de no tener capacidad de pago<sup>951</sup>, creemos que no es tal debido al beneficio que representa para los intereses del deudor el otorgamiento del alivio definitivo o fresh start. Aunque pudiésemos argumentar que esta cuestión pudiere fácilmente solucionarse a través de un derecho de opción a través del cual se faculte al deudor de buena fe sin capacidad de pago a que escoja entre presentar un plan de pagos o acogerse de manera directa a una liquidación y consecuente exoneración de la deuda, comprendemos que el mayor beneficio del logro de un alivio del deudor implica que la supuesta infracción al derecho de igualdad sea más aparente que real.

Finalmente la cuestión en torno a la asunción de los costos del procedimiento para un acceso debe zanjarse en beneficio de los deudores personas físicas, considerando especialmente el objetivo de otorgar alivio al deudor contenido en el principio del fresh start. Desde estas consideraciones, y en atención al evidente menor costo que tendría un procedimiento concursal en el que se prescindiera del periodo de buena conducta e incluso en la gran mayoría de los casos de una liquidación, pasándose directamente a una exoneración definitiva de la deuda, bien podría considerarse una fórmula en la que los costos del procedimiento no sean asumidos directamente por el deudor persona física concursada, sino bien a través del establecimiento de una gratuidad, o bien, con cargo a un fondo constituido por los acreedores destinado a hacer frente a los problemas de la crisis económico financiera de este tipo de deudores. Como ejemplo de ello, en modelo belga, considerándose la necesidad de que los acreedores compartan el riesgo de la insolvencia, el fondo posibilita que los costos de los procedimientos concursales sean absorbidos por este montante. En este sentido, en la experiencia belga, respondiendo a los temores de obstaculizar el acceso para deudores de bajos ingresos obligados a asumir los costos del mediador, los legisladores razonaron que cambiar estos costos al altamente lucrativo y extremadamente grande y creciente mercado de crédito al consumidor era un pequeño precio a pagar por el bálsamo que apacigua el dolor causado por este mercado<sup>952</sup>.

---

<sup>951</sup> INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 311.

<sup>952</sup> KILBORN, Jason J. (2006) "Continuity, change and innovation in emerging consumer bankruptcy systems: belgium and luxembourg, en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, N° 14, p. 104.

## **2. Injustificación del periodo de buena conducta desde un análisis de proporcionalidad.**

El entendimiento de una sanción en función del castigo a un individuo para el logro de una finalidad determinada, como en nuestro caso es la prevención y educación del deudor, debe cumplir ciertas exigencias o requisitos: debe existir una ofensa previa y por tanto basarse en una pretensión justa; debe ser un medio indispensable para el logro de la finalidad esperada; debe ser proporcional, impuesto por la autoridad legítima sin ánimo de venganza y para alcanzar la finalidad determinada<sup>953</sup>. Desde estas consideraciones nos preguntamos si el periodo de buena conducta, atendido su naturaleza sancionatoria, cumple los requisitos antes mencionados.

### **2.1. El obligado periodo de buena conducta en la LC.**

Es criticable que a pesar de que la fase de convenio fuere infructuosa, o que no se logre por el deudor el cumplimiento de un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores en la liquidación, se obligue al deudor a pasar nuevamente por una fase de plan de pagos o de reliquidación aplazada, respectivamente, bajo la única justificación de posibilitar con ello una satisfacción, aunque sea en parte, de los acreedores.

La realidad es que no habiendo dado resultado la fase de convenio, muy poco o nada se podrá hacer obligando al deudor a volver a pasar por otra fase de convenio, por si acaso fuere posible pagar algo a los acreedores<sup>954</sup>, para lograr un alivio de la deuda. En efecto, la fase de convenio no ha funcionado, toda vez que las posibilidades de encontrarnos precisamente ante esta forma de exoneración (del apartado 6 del artículo 178 bis) obedecen específicamente al fallo del convenio, sea por incumplimiento, sea por falta de acuerdo, sea por insuficiencia de masa, con la posterior ineptitud de la liquidación en orden a la satisfacción mínima de los acreedores que el legislador español considera de importancia.

Lamentablemente, y a pesar de todo lo anterior, la idea del legislador es que un nuevo sometimiento del deudor a un término de convenio podría, como última oportunidad, compensar en parte a los acreedores. Ello es solo una hipótesis que no tiene base de fundamento cierto.

---

<sup>953</sup> FALCÓN Y TELLA, María José y FALCÓN Y TELLA, Fernando (2005) *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 25.

<sup>954</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 57.

Por otro lado, es muy poco probable que los deudores que no pudieron cumplir un plan de pagos, o que no tengan capacidad de pago, lo hagan con posterioridad a una liquidación. Ya hemos señalado previamente que, incluso, en el derecho alemán, donde se complementa el periodo de duración del periodo de buena conducta con la obligación de adquisición y pago del deudor, no es posible mantener a todo deudor impedido de un alivio, puesto que para ciertos deudores las circunstancias obligan a otorgarle un nuevo comienzo más oportuno. En este mismo sentido, y en referencia a la regulación del periodo de plan de pagos de cinco años contemplado en la legislación, se ha indicado<sup>955</sup> que resulta insólito que un deudor pueda proponer un plan de pagos cuando ya se ha liquidado su patrimonio y "no tiene nada".

Tal como se configura en el procedimiento español, y ante la imposibilidad del logro del objetivo buscado por el legislador, esto es, satisfacer aunque sea en parte a los acreedores, el sometimiento del deudor a este plan de pagos, nueva fase de convenio si se quiere llamar así, sin certidumbre de cumplimiento, y con la única certeza de que estará privado por otros cinco años de un alivio, no puede encontrar justificación en la satisfacción de los acreedores. En efecto, no cumpliéndose a través de esta nueva fase de convenio el objetivo de satisfacer a los acreedores, y no teniendo justificación la necesidad de que a través del procedimiento concursal se otorgue una eventual compensación a los acreedores atendido a la falta de certeza de tal consideración, la única razón que permite justificar la existencia del periodo de cinco años es una cuestión sancionatoria: la privación del legítimo derecho al alivio del deudor persona natural.

Sin discriminar entre deudores capaces o no de hacer frente a sus obligaciones en este periodo, el legislador priva del derecho al alivio a todos los deudores; siendo esta una consecuencia desfavorable que es consecuencia del hecho de constituirse en deudores insolventes y no haber sido capaces de cumplir la parte de los créditos que, al parecer, la legislación española considera los más importantes desde lo dispuesto por la norma del número 4º del apartado 3 del artículo 178 bis. Si el legislador pretendió a través del plan de pagos satisfacer en parte a los acreedores, al no cumplirse este objetivo, el plan y su periodo de cumplimiento, carecen de justificación y por tanto sentido. Su mantenimiento solo puede obedecer a otra justificación: una sanción al deudor persona física insolvente.

---

<sup>955</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p.19; CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 762.

## **2.2. El principio del fresh start como límite a la actividad de los acreedores y de los poderes públicos.**

En el comienzo de nuestro trabajo<sup>956</sup> llegamos a la conclusión y dimos por establecida la existencia efectiva del principio del fresh start, el cual, justificábamos, tiene su origen o deriva de un cúmulo de derechos inherentes a la dignidad humana que propician en el ámbito de la vida económica del deudor persona física el logro del libre desarrollo de su personalidad. Tal cúmulo de derechos fueron identificados como: el derecho a libertad general de acción para el libre desarrollo de la personalidad, el derecho fundamental a la vida en su contenido de derecho a hacer la vida, y el derecho humano al fresh start.

Desde el concepto normativo de dignidad que manejamos, dimos por sentado además que la misma tiene una doble función en los ordenamientos jurídicos: la primera, de fundamento y finalidad de derechos inherentes al ser humano, esto es, derechos que propician el logro del libre desarrollo de su personalidad, como son los mencionados previamente, y que a su turno dan fundamento a nuestro principio del fresh start; y en segundo, una función de límite a la actividad de otro ser humanos o poder público, toda vez que con tal actividad no debe coartar o limitar la dignidad entendida como autonomía para el logro del desarrollo de la personalidad.

Derivado el principio del fresh start de derechos inherentes a la dignidad humana, y teniendo en cuenta la función limitadora de esta hacia la actividad de toda persona o poder público, el principio del fresh start participa de esta cualidad toda vez que cualquier vulneración de aquel, significará una transgresión del especial valor de la dignidad humana de una persona determinada. Ahora bien, ¿cómo es posible de concretar esta idea en la práctica?.

### ***2.2.1. Las consecuencias del principio del fresh start como derivación de la dignidad humana en cuanto límite.***

Ostentando la persona un especial valor debido a la autonomía que todo ser humano posee para el libre desarrollo de su personalidad, y constituyéndose la persona, por esta aptitud, en fin en sí misma, es que todos deben respetar este especial valor que los seres humanos poseen<sup>957</sup>. Es desde este punto de vista que, como corolario de la dignidad entendida como límite a la actividad de otro, surge un deber de respeto de la

---

<sup>956</sup> Sección 3ª, Parte Primera.

<sup>957</sup> Así, ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 55.



dignidad de la persona, esto es, surge un deber de todos, incluido el poder público, de respetar la autonomía o capacidad de todo ser humano para el libre desarrollo de su personalidad<sup>958</sup>.

Si bien toda persona tiene la capacidad de desarrollar su personalidad a través de un plan de vida adecuado que posibilite el cumplimiento de tal finalidad, en tal cometido el individuo debe respetar la igual capacidad que el resto de seres humanos tienen para el mismo fin. Así las cosas, como concepto normativo con función limitadora, desde un ámbito positivo, la dignidad exige que a todo ser humano le sea respetada y no vulnerada la capacidad para definir y desarrollar el plan de vida que estime pertinente para el logro del desarrollo de su personalidad de manera libre. Por otro lado, desde un ámbito negativo, la dignidad se constituye en límite al ejercicio de los derechos de los demás seres humanos de manera que la dignidad inherente a cada uno no sea vulnerada, esto es, impone que el ejercicio de los derechos de cada ser humano para el logro del fin de su dignidad no coarte, restrinja o vulnere la dignidad de otro ser humano. Si esto es así, si en el ejercicio de sus derechos un ser humano restringe, coarta o vulnera la autonomía que otro ser humano posee para el desarrollo de su personalidad de manera libre, estará impidiendo tal finalidad y, por tanto, estará vulnerando su dignidad. Los derechos inherentes a la persona que propician el libre desarrollo de la personalidad de todo ser humano, y cuyo fundamento por tanto se encuentra en la dignidad humana, encuentran su límite en la dignidad o autonomía de todos los seres humanos para lograr tal finalidad. En tal sentido, los límites de la autonomía personal comienzan o se encuentran en el mismo lugar donde inicia la autonomía de terceros<sup>959</sup>.

Desde tales consideraciones, si bien la dignidad misma como valor de la persona humana no puede ser limitada, constituyéndose en inderrotable frente a cualquier actividad de otro ser humano o ente público el cual no puede coartar, restringir o vulnerar la dignidad inherente al ser humano, sí es limitado el libre desarrollo de la personalidad entendido como derecho de libertad de acción general para el desarrollo de la personalidad. El límite del libre desarrollo de la personalidad, y en fin, del derecho de

---

<sup>958</sup> En este contexto, CAMPS (2009) "La dignidad...", cit., p. 147, refiriéndose al imperativo categórico de Kant referente a la dignidad humana, señala que "Al tener autonomía, la persona se quiere sobre todo a sí misma, y esa finalidad —aduce el filósofo— debe ser respetada en cualquier caso. De esta manera, Kant no está diciendo solo que el ser humano tiene una dignidad fundamental que le confiere su autonomía para determinarse, sino que está diciendo que esa condición merece ser respetada siempre y por todos sin excepción".

<sup>959</sup> VÁZQUEZ (2009) "Autonomía...", cit., p. 202.

libertad general para el desarrollo de la personalidad, se encuentra en el orden jurídico y en la dignidad de los demás. Aunque algún<sup>960</sup> autor plantea que el problema estará en justificar en cada caso en qué medida se restringe esa libertad, entendemos que una justificación para la restricción de la misma es clara: en el punto donde tal libertad atente la dignidad de otro ser humano. Se hace necesario, en este contexto, la ponderación por parte del juez de los derechos que respecto de cada una de las partes se encuentren en juego.

Para los poderes públicos, el deber de respeto de la dignidad se traduce tanto en un mandato de orden negativo, de no vulnerar la dignidad, como de orden positivo, esto es, de generar las condiciones necesarias para que el ser humano ostente y mantenga su dignidad, su capacidad para el libre desarrollo de la personalidad a través de un plan de vida determinado. Esto a su vez conlleva que los poderes públicos, especialmente el poder legislativo, deben establecer regulaciones que, por un lado, no atenten, restrinjan, coarten o limiten la dignidad de los seres humanos, y por otro, que propicien que los seres humanos ostenten la capacidad para el libre desarrollo de su personalidad, esto es, la autonomía necesaria que les permita lograr el desarrollo de su personalidad de manera libre. Si lo anterior no se produce, si en el ejercicio de sus atribuciones los poderes públicos coartan, restringen, transgreden la dignidad del ser humano, o no propician las condiciones para que la misma sea manifestada a través del fomento de la autonomía del ser humano para el logro del desarrollo de su personalidad, estarán vulnerando su dignidad.

De acuerdo a lo planteado, el respeto a la dignidad de un ser humano, según alguna doctrina, es por consiguiente la base del derecho, y un estado de derecho significa no solo que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino que tal ordenamiento jurídico debe realizar lo que sea adecuado para que la persona ostente una plena dignidad y pueda desarrollar libremente su personalidad<sup>961</sup>. En virtud del deber de respeto de la dignidad por los poderes públicos, su función solo adquiere sentido si en cada una de las actividades que llevan a cabo en el ejercicio de sus atribuciones, administrativas, de política pública económica o social, legislativa y judicial, es puesta al servicio de la

---

<sup>960</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 56.

<sup>961</sup> ALEGRE (1996) *La dignidad...*, cit., p. 56, citando a Sánchez Agesta, L (1978) *Sistema político de la Constitución española de 1978*, p. 91.

dignidad de la persona, orto axiológico de todo el sistema constitucional y jurídico<sup>962</sup>. Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben intervenir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución<sup>963</sup>.

Así las cosas, la dignidad, y la autonomía y respeto en que aquella consiste, articuladas entre sí, ponen de manifiesto que el respeto debido a la dignidad del otro en cuanto respeto a su autonomía para desarrollar su personalidad de manera libre, puede significar un límite para la propia autonomía. En tal sentido, y considerando las palabras de alguna doctrina<sup>964</sup>, podemos decir que la situación descrita se pone de manifiesto cuando el interés de la ciencia — o el interés de la protección del emprendimiento —, o incluso el interés de un profesional —, o incluso el interés de un acreedor para el cobro de la deuda —, se ve frenado por el respeto a la integridad del paciente — se ve frenado, o debiere verse frenado, por el respeto al derecho de libertad para el desarrollo de la personalidad, derecho a hacer la vida y derecho humano al fresh start del deudor —, en la forma de no hacer uso mercantil o estrictamente utilitario de su cuerpo o de alguno de sus órganos — en la forma de no hacer uso utilitario del deudor —. O desde otro ángulo o perspectiva: el respeto a la salud pública — el respeto al derecho de libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad, el derecho fundamental a hacer la vida y el derecho humano al fresh start del deudor — obliga a controlar una epidemia — obligan a controla el problema de la eterna deuda y sus consecuencias para el deudor y la sociedad — con una serie de medidas que sin duda coartan la libertad individual — con una serie de medidas que integran la concepción de un real alivio que sin duda coartan la libertad individual de los acreedores de exigir sus créditos —.

En este contexto, y desde un punto de vista liberal igualitario, la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la de los menos autónomos y se procura no producir efectos negativos en la de estos últimos o, en su caso, compensar los daños sufridos. Lo anterior supone la necesidad de deberes positivos por parte del Estado para promover la autonomía de los

---

<sup>962</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 55.

<sup>963</sup> VÁZQUEZ (2009) "Autonomía...", cit., p. 200, citando a NINO, Carlos S. (1989) *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 204.

<sup>964</sup> Así, CAMPS (2009) "La dignidad...", cit., p. 147.

menos autónomos y, también, el reconocimiento de necesidades básicas y capacidades —alimentación, salud, vivienda, educación, agregamos nosotros, fresh start, etc.— compatibles con la autonomía personal en la medida que se identifican como estado de cosas que son prerequisites para la materialización de los planes de vida libremente elegidos por los seres humanos en virtud de su dignidad<sup>965</sup>.

### ***2.2.2. Las consecuencias del principio del fresh start en cuanto derivación de un cúmulo de derechos inherentes a la dignidad.***

Participando del carácter de la dignidad humana de límite a la actividad de los particulares y de los agentes públicos, y como derivación de un cúmulo de derechos a ella inherentes, el principio del fresh start no solo exige el respeto de la norma en él contenida, tanto desde el plano positivo como negativo, de manera de no afectarse la dignidad de los deudores personas físicas. Además, el principio del fresh start reclama el respeto y promoción del cúmulo de derechos de los cuales deriva y que se constituyen en inherentes a la persona humana del deudor por propiciar la autonomía necesaria para el libre desarrollo de su personalidad.

En el acápite anterior, ya dimos cuenta de la obligación de respeto que la dignidad reclama respecto del resto de seres humanos y respecto de los agentes públicos, tanto desde un punto de vista positivo como negativo. Desde tales consideraciones, y desde un punto de vista positivo, el respeto a la dignidad humana impone un deber de respeto hacia los derechos inherentes a la misma, esto es, derechos cuya función es de promoción de la autonomía necesaria de un ser humano para el logro del libre desarrollo de su personalidad.

Los derechos inherentes a la dignidad constituyen el aspecto estático de la dignidad humana y, por tal motivo, es que son inviolables o inalienables; son aquellos derechos que se tienen por el mero hecho de ser persona, sin necesidad de hacer nada para conseguirlos, puesto que se encuentran justificados en la dignidad del ser humano, y que el ordenamiento jurídico reconoce como valores que expresan en su conjunto el valor que compendia la dignidad del ser humano<sup>966</sup>. El derecho fundamental a la vida en su contenido de derecho a hacer la vida, y los derechos humanos, derecho de libertad general para el desarrollo de la personal y derecho al alivio, participan del carácter de inherentes a la dignidad humana por propiciar en el ámbito concreto de la vida

---

<sup>965</sup> VÁZQUEZ (2009) "Autonomía...", cit., p. 200.

<sup>966</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 47.

económica del deudor persona física las condiciones de autonomía necesarias para el logro de un desarrollo de la personalidad de manera libre. Por tales circunstancias, siendo inherentes a la dignidad del ser humano, son también inviolables.

Ahora bien, es preciso resaltar que un derecho no es inviolable por el hecho de estar más protegido, toda vez que incluso el derecho con mayor protección directa constitucional —donde encontramos a todos los derechos fundamentales— puede ser fácilmente vulnerado. Un derecho es inviolable porque su vulneración se constituye en un ataque directo al libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, a la dignidad del ser humano<sup>967</sup>.

A pesar del carácter de fundamental del derecho a la vida desde cuyo contenido como "derecho a hacer la vida" deriva el principio del fresh start, su incipiente reconocimiento a nivel internacional, añadido ello al carácter de derecho humano de los derechos de libertad general para el desarrollo de la personalidad y derecho al alivio, pudiere significar poner en duda la exigibilidad de tales derechos por carecer del carácter de fundamentales que les sería otorgado si contaran con una especial protección en los textos constitucionales

Es importante destacar que, aunque nuestras apreciaciones las referimos de manera general, con la finalidad de homogeneizar la argumentación y conclusiones de manera tal que sean aplicables con pretensión de generalidad a diversos ordenamientos, es de gran relevancia el dar cuenta de la legislación alemana en este punto, no tanto porque nuestro estudio contempla el modelo alemán como punto de comparación, o porque de acuerdo a lo que venimos argumentando el modelo español tomó como referencia el modelo alemán, aunque no de manera expresa, sino porque la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz; GG) contempla, tanto a la dignidad, como al libre desarrollo de la personalidad, como derechos fundamentales a los cuales otorga la especial protección constitucional en los artículos 1.3 y 2.1 GG. Así las cosas, el precepto alemán no se limita solo a considerar el libre desarrollo de la personalidad como un principio, sino que lo configura claramente como un derecho fundamental inmediatamente después de proclamar el carácter intangible de la dignidad humana y de reconocer los derechos humanos como inviolables e inalienables<sup>968</sup>.

Si bien en la mayoría de los ordenamientos no ocurre lo que en el modelo alemán, siguiendo a alguna doctrina estimamos que aunque el cúmulo de derechos del

---

<sup>967</sup> ALEGRE (1996) *La dignidad...*, cit., p. 52.

<sup>968</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 51.

que deriva el principio del fresh start no sean fundamentales, el hecho de pertenecer al contenido de la dignidad humana por ser expresiones concretas en un ámbito de la vida determinado de la libertad general contenida en el libre desarrollo de la personalidad —entendido como principio axiológico y de fundamento del resto de derechos inherentes a la dignidad humana por propiciar la autonomía necesaria para un desarrollo de la personalidad de manera libre<sup>969</sup>—, les otorga el carácter de derechos humanos<sup>970</sup>, por tanto bienes jurídicos protegibles, que pueden ser invocados tanto en vía de recurso de inconstitucionalidad contra una ley que parezca conculcarlos, como en cualquier otra vía judicial, habida cuenta de que los poderes públicos están sujetos a las normas constitucionales y, por consiguiente, están obligados a respetar y hacer respetar tales derechos. Por su parte, como bienes jurídicos protegibles, ello es posible a través de las instancias y procedimientos judiciales ordinarios que el derecho pone a disposición de la protección de cualquier derecho<sup>971</sup>.

Finalmente, habiendo dado por sentado que, aunque la dignidad como absoluto axiológico es intangible o inderrotable, sí es posible la limitación de los derechos derivados del libre desarrollo de la personalidad —entendido como principio axiológico y de fundamento de derechos que propician la autonomía del individuo en un ámbito determinado de la vida para el logro del desarrollo de su personalidad—, habiéndose manifestado que el límite de tales derechos se encuentra en el orden jurídico y en la dignidad de los demás, y entendiéndose que una justificación para la restricción de aquellos la encontraremos en el punto donde el ejercicio de tales derechos atente la dignidad de otro ser humano; de todo lo anterior se desprende que la actividad de los poderes públicos, en el ejercicio de sus atribuciones, especialmente el legislativo como fuere a través de la promulgación de una normativa jurídica determinada, no puede llevar a cabo actos que transgredan injustificadamente<sup>972</sup> los derechos inherentes a la dignidad del deudor persona física so pena de ser considerados inconstitucionales por transgredir el contenido de la dignidad de aquel ser humano. En tal contexto, se hace

---

<sup>969</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 51 y 52.

<sup>970</sup> En tal contexto, MASSINI, C.I. y SERNA, P. (1998) *El Derecho a la vida*, Pamplona: Eunsa, p. 183, para quienes la noción de derechos humanos denota la existencia de ciertos derechos cuyo fundamento exclusivo es la dignidad personal de todo ente humano; tratándose de ciertos derechos cuyo fundamento o justificación objetiva, tanto mediata como inmediata, se vincula al carácter personal del viviente humano y a la dignidad que corresponde a toda persona.

<sup>971</sup> ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 51.

<sup>972</sup> Como señala ROBLES (1995) "El libre...", cit., p. 56, "el problema será justificar en cada caso en qué medida se restringe el libre desarrollo de la personalidad [entendido como derecho de libertad general para el libre desarrollo de la personalidad] y por qué".

necesaria la ponderación, donde el principio exige una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas<sup>973</sup>.

### **2.3. Idoneidad (congruencia) del periodo de buena conducta.**

Desde el punto de vista de la idoneidad, la medida legislativa debe tener un fin legítimo y válido, y debe ser objetivamente adecuada para alcanzarlo<sup>974</sup>. Lo anterior entraña que el fin sea una consecuencia necesaria o natural de la medida legislativa.

Para que el periodo de buena conducta se encuentre justificado desde la idoneidad, primero, deberá cumplir con tener un fin legítimo y ser objetivamente válido para alcanzar tal finalidad. Por otro lado, en torno al castigo, se precisa que exista una ofensa previa por parte del individuo en contra de quien se dirige la sanción, en nuestro caso, la privación del derecho al fresh start.

Ya hemos indicado que el legislador instituye el periodo de buena conducta en respuesta a —o para prevenir— la insolvencia del deudor persona física. Bajo tales consideraciones, el legislador entiende que la situación de insolvencia se constituye en una "ofensa" o circunstancia indeseada respecto a la cual debe asociarse una sanción determinada.

De acuerdo a ello, es que debemos preguntarnos si la insolvencia debe ser entendida como una situación ofensiva, o en otros términos, una circunstancia indeseada atendido un eventual carácter o connotación negativa, o un mal intrínseco, de la misma. Para ello, debemos señalar que es bien sabido que la insolvencia en efecto impone una desventaja considerable a los intereses de los acreedores, lo cual a su turno, repercute en el interés del mercado y finalmente en la economía. Ello, en fin, puede significar que la insolvencia en efecto podría constituirse en causal de perjuicio a los intereses de un grupo determinado de personas, los acreedores, e indeterminado, los cuales están representados por la expresión interés general.

Así las cosas, la pretensión legislativa de prevenir la insolvencia se constituiría en una finalidad legítimamente válida que posibilita la toma de medidas para lograr tal propósito. Desde este punto de vista, el periodo de buena conducta se encuentra

---

<sup>973</sup> ALEXY, Robert (2016) *La doble naturaleza del derecho*, Madrid: Editorial Trotta, p. 21. En torno a un concepto del principio de proporcionalidad y su naturaleza de regla de ponderación, FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2008) *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Rey Juan Carlos, pp. 292 y 334 y sgtes.

<sup>974</sup> FERNÁNDEZ NIETO (2008) *Principio...*, cit., p. 417 y 423.

justificado atendido la pretensión del legislador de evitar un eventual mal u ofensa que impone la insolvencia a un número determinado de personas, los acreedores, y al colectivo en general.

#### **2.4. Innecesariedad del periodo de buena conducta. Necesaria consideración de herramientas distintas a las sancionatorias para educar efectivamente al deudor.**

Desde una evaluación de la necesidad, la medida legislativa restrictiva debe ser estrictamente indispensable para satisfacer los fines impuestos, lo cual solo se logra cuando la medida, en cuanto a su intensidad, es la menos gravosa para el derecho afectado y cuando no existen otras opciones menos agresivas para satisfacer el fin perseguido<sup>975</sup>. De esta forma, para que el periodo de buena conducta se encuentre justificado desde el test de necesidad, debe cumplir el requisito de ser un medio indispensable para el logro de una finalidad concreta.

Sabiendo que el periodo de buena conducta, como sanción, se instituye con la finalidad de prevenir y educar al deudor en torno a la prevención de una conducta que implique la insolvencia futura o la reincidencia en la insolvencia, para que la institución como tal se encuentre justificada requiere que la sanción, esto es, la privación del derecho al alivio, sea indispensable para el logro del objetivo preventivo-educativo antes aludido, lo que solo se logra cuando la medida sea la menos gravosa para el derecho afectado y cuando no existan otras opciones menos agresivas para satisfacer el fin perseguido.

De acuerdo a lo manifestado previamente<sup>976</sup>, una de las justificaciones otorgadas al periodo de buena conducta es prevenir el abuso del deudor. Bajo esta lógica, y coincidente con su antecedente en el ordenamiento alemán, el legislador español ha establecido el periodo de buena conducta del apartado 6 del artículo 178 bis como una sanción cuyo objetivo es la prevención y educación del deudor en torno a la insolvencia<sup>977</sup>.

Sentado lo anterior, es preciso criticar que la educación basada en la autoridad no conlleva aprendizaje puesto que la conducta del individuo es condicionada a una

---

<sup>975</sup> FERNÁNDEZ NIETO (2008) *Principio...*, cit., p. 375 y 428.

<sup>976</sup> Apartado I.3.2.1., de esta Sección 1ª, Parte Tercera.

<sup>977</sup> De esta forma, y a modo de ejemplo, el grupo de trabajo en el proyecto de reforma para la implementación de una regulación para las personas sin recursos del año 2006, intenta justificar la necesidad de un periodo de buena conducta en la prevención del abuso, bajo la lógica de que un periodo de buena conducta largo desincentivaría a los deudores de hacer un mal uso del procedimiento ante la posibilidad de encontrarse por un largo tiempo a la espera del alivio de la deuda residual. OHLE, SCHATZ y JÄGER (2006) "Zur Reform...", cit., p. 483 y SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 5.



externalidad que no depende de sí mismo. Dado que el condicionamiento externo tiene como consecuencia la consideración por el individuo que su conducta debe estar regulada por la intervención de agentes externos diferentes a sí mismo<sup>978</sup>, a través de la imposición de un castigo —basado en la fuerza de la autoridad— solo se posibilita la obediencia<sup>979</sup> temporal —mientras el estímulo negativo está presente—<sup>980</sup>. En la obediencia no existe aprendizaje pues, por esencia, no existe en ella autonomía voluntaria por parte de la persona en la realización de la conducta, pues al individuo no se le dan las herramientas, el conocimiento, motivaciones y razones, para que sea capaz, de manera voluntaria, de efectuar la conducta buscada, en forma individual. En este sentido, la educación basada en premios y castigos impide de manera absoluta la autorregulación de la persona<sup>981</sup>.

Desde el punto de vista de la filosofía jurídica y de la función paidética del derecho, la idea anterior no es ajena, desde que se espera que el individuo desarrolle una conducta que se considera ajustada a derecho, acorde con lo esperado, o justa en la sociedad, de manera voluntaria, sin que sea necesario, en principio, acudir a la coacción<sup>982</sup>. El cumplimiento voluntario de las exigencias o pretensiones del orden social a través de la conducta del individuo se constituye en el modo más perfecto de realizar las exigencias de la justicia. El orden social que, desde este entendimiento, no se ejerce desde fuera sino que se constituye en un equilibrio que se suscita en el interior

---

<sup>978</sup> Así, CASTILLEJO, et. al. (2009) *Premios...*, cit., p. 6.

<sup>979</sup> LARA-CHAGOYAN (2000) *El concepto...*, cit., pp. 103, entiende que Austin considera que el efecto directo de una sanción es la compulsión a obedecer. De acuerdo al autor, en pp. 106 y 107, entendiendo Austin que la amenaza del daño que viene unido a la sanción se dirige hacia nuestros deseos, y no hacia nuestra voluntad, el deseo del ser humano de evitar el mal puede dominar a otros deseos —como el de no llevar a cabo una conducta determinada—, y que unido al proceso de asociación gradual de los deseos, produce el efecto directo de la sanción, de compeler a la obediencia (en la función directa), o de formar un hábito de obediencia (en su función indirecta o pedagógica) que elimina gradualmente el deseo que originariamente impulsa al individuo a violar un deber y finalmente posibilita que el individuo voluntariamente realice la conducta esperada.

<sup>980</sup> Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, a esto es a lo que se referiría TAPPER, Colin (1965) "Austin on sanction", en *The Cambridge Law Journal*, Volumen 23, Nº 2, p. 283, en su crítica a Austin, al señalar que el miedo a la sanción que es gradualmente engendrado para compeler y formar un hábito de obediencia no se podría aplicar a todos los casos, sino a cada individuo y hasta el momento en que esa "transferencia" sea realizada. LARA-CHAGOYAN (2000) *El concepto...*, cit., pp. 127 y 128.

<sup>981</sup> El Diccionario de la Real Academia señala que es la capacidad de una persona para modificar y controlar su comportamiento en función de sus propias necesidades y de las demandas de situaciones específicas.

<sup>982</sup> MONTORO (1992) "El derecho...", cit., p. 197, expresa que "El control y la coacción social constituyen técnicas que, en sí mismas, resultan insuficientes para explicar y legitimar, en su plenitud, la función ordenadora del Derecho. Por esta razón, el control y la coacción social precisan ser entendidas e interpretadas —y solo así se logra una verdadera de la naturaleza y significado de ellas— como funciones parciales o momentos de ese proceso más amplio, complejo y humano en que consiste la función paidética del Derecho. Desde esta perspectiva se comprende fácilmente, por ejemplo, que el castigo con que el Derecho sanciona determinados comportamientos no constituya más que una fase o momento de un proceso más amplio, de carácter educativo, que el Derecho debe impulsar y desarrollar."

de la sociedad, es una consecuencia y requiere, por tanto, de un recto conocimiento y una libre aceptación y cumplimiento de lo que a cada uno le corresponde<sup>983</sup>.

Se busca por tanto una voluntaria y autónoma actividad del individuo, en búsqueda de la realización o modificación de una conducta determinada<sup>984</sup>, obtenida en base a herramientas metodológicas completamente opuestas a la metodología basada en la autoridad (imponer, ordenar, amenazar), esto es, en base a una guía, enseñanza y motivación. Desde este punto de vista, motivar es lograr que un individuo adopte o modifique una conducta, que se considera positiva para él, pero de manera voluntaria<sup>985</sup>. La función primaria del derecho no consiste, entonces, en la imposición coactiva de sus normas, sino ante todo y fundamentalmente, en la promoción del conocimiento de lo que las normas prescriben y lo que es esperado por el ordenamiento jurídico, así como de su aceptación y voluntario cumplimiento<sup>986</sup>.

La adecuada comprensión de la función preventivo-educativa del procedimiento concursal de la persona física requiere un acompañamiento con políticas públicas que apunten a una educación previa a la asunción de la deuda, y a mecanismos que permitan a lo largo del procedimiento una efectiva educación del deudor para prevenir futuras situaciones de insolvencia. Entendiéndose al procedimiento de insolvencia como de *última ratio*<sup>987</sup>, el cual operará solo cuando el deudor ya está en situación de crisis, no se puede esperar que solucione los casos de falta de educación de los deudores a la hora de endeudarse<sup>988</sup> si no existen políticas asociadas al fomento e incentivo de una real guía, enseñanza y sobre todo motivación de los deudores para evitar el sobreendeudamiento,

---

<sup>983</sup> MONTORO (1992) "El derecho...", cit., pp. 198

<sup>984</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 126, refiriéndose a los motivos de denegación, expresa que la salida de este comportamiento hacia uno sensato que no dañe a los contratistas es un requisito previo para el alivio de la deuda sostenible. El alivio de la deuda solo es posible en tales casos si este comportamiento se ha detenido. Aunque si bien LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96, entiende, creemos nosotros erradamente, que el periodo de buena conducta favorece el aprendizaje del deudor, sí está en lo cierto al expresar que la idea de un fresh start es difícil de implementar a menos que el deudor cambie su estilo de vida.

<sup>985</sup> CASTILLEJO, et. al. (2009) *Premios...*, cit., p. 6, "La concepción cognitivista del aprendizaje tiene a la motivación personal como referente, de modo que los procesos pedagógicos y didácticos buscan ser atractivos y comprendidos por los educandos para lograr tal motivación, que se pretende sea de carácter intrínseco, esto es, que se busque el aprendizaje por el valor que tiene en sí mismo, no por las consecuencias externas que pueda comportar [...]"

<sup>986</sup> MONTORO (1992) "El derecho...", cit., p. 199.

<sup>987</sup> STEPHAN (2013) "Die Neufassung...", cit., p. 10, expresa que los procedimientos de insolvencia de los consumidores han sido y son el último recurso para abrir un camino viable para quienes se ven afectados por su crisis financiera individual, que en su mayoría es desesperada.

<sup>988</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 652, dando cuenta que la situación económica del deudor no cambia significativamente en el periodo de buena conducta, lo que es más claro en aquellos casos de masa cero en los que el deudor no alcanza si quiera el nivel mínimo de subsistencia, expresa que a final de cuentas con un periodo de buena conducta ni siquiera el intento de disciplinar al deudor se logra.

antes y durante el procedimiento concursal<sup>989</sup>. En tal sentido, el Estado es responsable y la asesoría integral, socio educativa y continua de la deuda, tal como la hemos definido y descrito<sup>990</sup> cumple estos requerimientos; volviéndose por tanto en necesaria<sup>991</sup>.

## 2.5. Desproporcionalidad del periodo de buena conducta.

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, se relaciona con la valoración entre el derecho afectado por la media legislativa y el fin legislativo que provoca la afectación, con la finalidad de dilucidar si el grado de beneficio obtenido por el fin legislativo justifica la intensidad en la afectación del derecho determinado<sup>992</sup>. A través de la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho con el grado de importancia del fin o derecho en que se sostiene la conducta o medida que genera la colisión; consiste en acreditar o constatar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida que limita un derecho o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien determinado o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor<sup>993</sup>

Sentado lo anterior, ya hemos corroborado que el periodo de buena conducta, como sanción, no se justifica por ser innecesario para el logro del fin perseguido por el legislador en relación a la prevención y educación del deudor en torno a la insolvencia. Sin embargo, si hipotéticamente nos pusiéramos en el caso de que el periodo de buena conducta hubiese superado el test de necesidad, para estar justificado, aún debería ponderarse si el grado o intensidad del logro del principio o interés promocionado con la medida justifica la intensidad de la afectación del derecho al alivio del deudor.

Considerándose que la finalidad perseguida por el legislador a la hora de establecer el periodo de buena conducta fue la prevención de la insolvencia y

---

<sup>989</sup> WINTER (2010) "Die Verkürzung...", cit., p. 143, expresa que no podría ser el propósito de la InsO castigar al deudor a través de un periodo de buena conducta lo más largo posible. En tal sentido, PAPE, Gerhard (2004) "Vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung bei fehlenden Forderungsanmeldungen", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 1, p. 6.

<sup>990</sup> Apartado 4., Sección 3ª, Parte Segunda.

<sup>991</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 287, entiende que un mayor apoyo al deudor en el procedimiento se encontraría relacionado con la asesoría de deudas, al expresar que para ello se podría asignar más poderes a los centros de asesoría de deuda. De igual manera, STEPHAN (2013) "Die Neufassung...", cit., pp. 10 y 11.

<sup>992</sup> ALEXY (2016) *La doble...*, cit., p. 21, expresa que la ley de ponderación puede ser formulada como sigue: "Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro". FERNÁNDEZ NIETO (2008) *Principio...*, cit., p. 431.

<sup>993</sup> BERNAL PULIDO, Carlos (2007) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 36.

reincidencia de la insolvencia, es que entendemos que el legislador habría pretendido disminuir las tasas de insolvencia y reincidencia en la insolvencia de los deudores personas físicas. De ello tenemos que, entonces, debe evaluarse si el beneficio de menores índices de insolvencia y re incidencia en la insolvencia justifican la privación del derecho al alivio del deudo contenido en el principio del fresh start, y en tal sentido, el grado de afectación del derecho del deudor a un nuevo comienzo y a una vida digna. La pregunta que debemos hacernos en este sentido es, ¿se justifica que el deudor sea privado del derecho al alivio y a una vida digna con fundamento en la pretensión de aminorar las tasas de insolvencia o de evitar que reincida en la insolvencia?.

Para responder a la interrogante anterior, debemos necesariamente establecer ciertas precisiones previas. Primero, que de acuerdo a lo que se ha corroborado de manera consistente por la doctrina<sup>994</sup>, la mayoría de las situaciones de insolvencia actuales se producen debido a un sobreendeudamiento pasivo por parte de la población de personas físicas, lo cual tiene su causa en circunstancias imprevisible de la vida cotidiana o riesgos de la modernidad. Segundo, que como se podrá corroborar en su oportunidad, el ordenamiento español no distingue entre deudores honestos o deshonestos en cuanto a la asunción de la obligación para efectos de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal, y especialmente, de la exoneración de la deuda y periodo de buena conducta del apartado 6 del artículo 178 bis. Tercero, se constata que el grado de afectación del derecho del deudor al alivio a través de la imposición del periodo de buena conducta es de gran magnitud, toda vez que impone una privación del derecho por un periodo de tiempo determinado<sup>995</sup>. Cuarto, gira en torno a la pregunta, ¿por qué el legislador querría prevenir la insolvencia o la reincidencia en la insolvencia?, ¿cuál es la razón, o más específicamente, principio o interés, que se encuentra subyacente en esta pretensión?. Tal pregunta se vincula, creemos nosotros, con las consecuencias negativas que la insolvencia acarrea y que el legislador pretende evitar. Así las cosas, la insolvencia repercute negativamente en los intereses de pago de los acreedores, con lo cual en estricto rigor, es afectado su derecho de propiedad. Bajo tales consideraciones, el legislador habría pretendido prevenir la insolvencia, además, para otorgar protección a los acreedores en función de su derecho de propiedad. Quinto, se constata que ni la doctrina ni la jurisprudencia establecen datos en torno al grado de cumplimiento del objetivo de prevenir la insolvencia y la

---

<sup>994</sup> Apartado II.1.2., Sección 1ª, Parte Tercera; STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 86.

<sup>995</sup> Apartado I.1.2., Sección 1ª, Parte Tercera.

reincidencia en la insolvencia en las personas físicas a través de la imposición de un periodo de tiempo hasta el alivio de la deuda residual.

Las precisiones antes mencionadas tienen como consecuencia, y según lo que venimos argumentando, que el periodo de buena conducta de la LC sea aplicado para todo deudor que se encuentra en situación de insolvencia, sea que se trate de uno deshonesto o no, con la finalidad de prevenir la insolvencia y, bajo esta perspectiva, propender a la protección del derecho de propiedad de los acreedores. Bajo esta consideración, la pregunta inicial debe variar, y así preguntarnos, ¿se justifica que a un deudor honesto se le prive del derecho a una vida digna con la finalidad de aminorar las tasas de insolvencia o evitar que reincida en la insolvencia, de manera tal de propender a la protección del derecho de propiedad de los acreedores?

Considerando lo manifestado por la doctrina, si cuanto mayor es la afectación de un derecho, mayor debe ser el logro de promoción de la finalidad o derecho que se pretende fomentar a través de la medida restrictiva<sup>996</sup>, es que para entender que el periodo de buena conducta, como medida sancionatoria, es proporcional en sentido estricto, deberá cumplirse que tal medida sancionatoria por la cual se afecta el derecho al alivio del deudor y a una vida digna habrá de tener como contrapartida el cumplimiento o logro en igual medida del derecho de propiedad de los acreedores y, en específico, de la pretensión de satisfacción de sus créditos contenida en las justificaciones tenidas en cuenta por el legislador al tiempo de establecer la fórmula de exoneración de deuda aplazada.

Entendiéndose que el grado de afectación del derecho del deudor a una vida digna es total o de intensidad alta, debido a que el periodo de buena conducta priva al deudor de manera total del derecho a un alivio y a una vida digna por un largo periodo de tiempo, apreciamos que el grado de cumplimiento del derecho de propiedad del acreedor no es total o de una intensidad alta. En efecto, a pesar de que el legislador pretenda a través de la función preventivo-educativa de la sanción, disminuir los casos de insolvencia y así fomentar la protección del derecho de propiedad del acreedor de manera de limitar los casos de incumplimiento de obligaciones en perjuicio del interés de los acreedores, ello no es posible de lograr con la medida puesto que las causas de la insolvencia en su gran mayoría escapan a la voluntad y previsibilidad del deudor.

---

<sup>996</sup> ALEXY (2002) *Teoría...*, cit., p. 161

Constituyéndose las causas de la insolvencia, en la mayoría de los casos, en circunstancias imprevisibles que escapan al control del deudor, no es posible que a través del mecanismo instituido por el legislador se logre en todo caso la protección total, o en una intensidad alta, de los intereses de satisfacción de los acreedores reflejo de su derecho de propiedad. El carácter imprevisible y no voluntaria de la insolvencia de las personas físicas en la actualidad implica que a pesar del mecanismo, que limita de manera total el derecho a una vida digna del deudor persona física, no se proteja de manera total o en un alto grado de intensidad el derecho de propiedad de los acreedores.

Si a ello agregamos que, como pudimos apreciar en el apartado anterior, las tasas de recuperabilidad de los créditos o, según expresábamos, compensación de los acreedores, son bajísimas e incluso nulas a través de la imposición de un periodo de tiempo destinado a la satisfacción de los acreedores, comprendemos que el alto grado de afectación del derecho al alivio del deudor a través del aplazamiento de la exoneración no se ve equilibrado a través de un alto grado de logro del objetivo de satisfacción de los acreedores, esto es, la protección de su derecho de propiedad, a través de la medida limitativa; por el contrario, el bajo logro de tal objetivo se contrasta con un altísimo costo para el interés del deudor de obtener un alivio<sup>997</sup>. De esta forma, que una fórmula de otorgamiento de exoneración aplazada o periodo de buena conducta contemple un plazo prolongado como lo hace nuestra LC, en contraposición a lo que cierta doctrina estima<sup>998</sup>, es claramente injustificado.

Así las cosas, el periodo de buena conducta no se encuentra justificado debido a que, no cumpliendo los requisitos de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, no es necesario como medida sancionatoria, ni proporcional como medida compensatoria de los intereses de los acreedores en ciertos casos en que nos encontramos frente a deudores que no pueden hacer frente a un plan de pagos.

---

<sup>997</sup> El INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 299, expresa "la imposición de plazos de duración más largos a los deudores crónicamente indigentes parece más bien contraproducente. Esta aproximación ofrece pocas ventajas a los acreedores; solo incrementa el dolor y el sacrificio sufrido por los deudores, y retrasa la consecución de los beneficios sociales de un sistema de tratamiento e la insolvencia sin que se genere un beneficio compensatorio evidente."

<sup>998</sup> MOLINA (2019) "La propuesta...", cit., p. 117, estima "[...] oportuno el planteamiento de cinco años para el necesario cumplimiento de este plan de pagos, a diferencia del plazo más breve en otras legislaciones."

### **3. Injustificación del término del periodo de buena conducta y la tasa mínima de satisfacción a la luz de la teoría de las expectativas. Una hipótesis de eventual falta de interés de los acreedores en un procedimiento sin masa.**

La LC no contempla la posibilidad de rebajar a cero el periodo de buena conducta contemplado en la norma del apartado 6 del artículo 178 bis con ocasión de una falta de presentación de reclamaciones por parte de los acreedores, como sí es contemplada en la norma de la 300 de la InsO. Encontrándose el periodo de buena conducta ligado estrechamente a la satisfacción de los intereses de los acreedores, y apreciándose que en el derecho comparado una disminución del periodo de buena conducta con fundamento en la falta de presentación de reclamaciones o verificación de créditos por parte de los acreedores ha tenido lugar bajo el entendido de que ello no significaría una transgresión a su interés en la presentación de solicitudes posteriores de denegación de alivio de la deuda<sup>999</sup>, nos preguntamos si los casos en que existiendo verificación de créditos por los acreedores y en los que los deudores no presentan posibilidad de recursos futuros para el pago, sería posible estimar un perjuicio a los intereses de los acreedores a través de una disminución o eliminación del periodo de buena conducta<sup>1000</sup>.

---

<sup>999</sup> Respecto de la posibilidad de admitir un alivio anticipado de la deuda ante la falta de verificación de reclamaciones por parte de los acreedores, WINTER (2003) "Vorzeitige...", cit., pp. 451 y sgtes., da cuenta de dos de las primeras sentencias que se habrían pronunciado sobre la misma, aceptándola la LG. Frankfurt de 20 de junio de 2003, y denegándola la LG. Traunstein de 14 de agosto de 2003. Respecto de la primera, expresa que el criterio definitorio habría sido la falta de interés por parte de los acreedores que determinaría una renuncia, entendemos tácita, a la compensación o satisfacción que el periodo de buena conducta originalmente está destinado a efectuar a los acreedores. Por su parte, respecto de la segunda sentencia, criticando el fundamento considerado por la LG. Traunstein para denegar la posibilidad —la protección de los intereses de los acreedores que podrían aparecer para solicitar la denegación del alivio de la deuda residual—, expresa que tal fundamento es poco realista, puesto que es poco probable que el único acreedor que pudo haber anunciado su crédito fácilmente en el procedimiento, luego de no hacerlo, presente una solicitud de denegación de alivio de la deuda, la haga creíble (como requisito que debe cumplir al alegarla eventualmente) y pague la tasa por la solicitud.

El BGH, en sentencia de 17 de marzo de 2005, habría aceptado la liberación anticipada de la deuda, indicando que ante una falta de reclamaciones de los acreedores, no es posible que puedan solicitar una denegación del alivio de la deuda en virtud de § 296, que exige textualmente que exista y sea acreditado un deterioro de la satisfacción de los acreedores. A este respecto, PAPE, Gerhard (2010) "Linien der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats zu den Verfahren der natürlichen Personen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, p. 11, en torno a esta sentencia, señala que como los acreedores no realizan la verificación de sus créditos para la lista de cierre, no hay nadie que tenga derecho a presentar solicitudes en el curso progresivo del procedimiento. Así, solo los acreedores que participan en el procedimiento tienen derecho a presentar solicitudes, por lo que si no se verifican sus reclamos no pueden presentar solicitudes de denegación en el periodo de buena conducta.

<sup>1000</sup> WINTER (2003) "Vorzeitige...", cit., pp. 452, luego de criticar la sentencia de la LG. Traunstein por entender que en caso de una falta de verificación de créditos por los acreedores ante insuficiencia de recursos del deudor es difícil esperar que pretendan posteriormente efectuar una solicitud de denegación de deuda, con lo cual sus intereses no se verían afectados, deja abierta la pregunta que, indica, exigió el

Entendiéndose justificado el periodo de buena conducta en la satisfacción de los intereses de los acreedores a través de su naturaleza compensatoria, la pregunta que guía las siguientes consideraciones es, ¿podría entenderse que esta compensación o satisfacción de los acreedores no sería necesaria cuando los acreedores no tengan interés?, y en específico, ¿el interés, o no, de los acreedores, estaría dado, justificado o determinado, o no, por la existencia, o no, de recursos del deudor?. Tales cuestionamientos no son baladíes, puesto que si se entendiera que una falta de recursos por parte del deudor determinaría que los acreedores no tengan interés, en tales circunstancias no sería necesaria una eventual compensación o satisfacción de los acreedores a pesar del alivio de la deuda, y por tanto, bajo tal entendido, no sería necesario un periodo de buena conducta de ninguna magnitud. La cuestión base en este razonamiento será entonces determinar si es posible estimar una falta de interés de los acreedores cuando no existen recursos actuales y futuros por parte del deudor.

Ya hemos indicado que, tanto la necesidad de instauración de un periodo de buena conducta, como la exigencia irrestricta de cumplimiento de una tasa mínima de satisfacción de los acreedores, responde a su naturaleza compensatoria, cuya justificación se asienta en la protección de las expectativas o perspectivas de cobro de los acreedores<sup>1001</sup>. Además, señalamos que la exigencia de un porcentaje mínimo de pago de los acreedores habría sido establecida por el legislador como forma para equilibrar o compensar los intereses de los acreedores atendido a la disminución de sus expectativas de cobro derivada de un prematuro alivio de la deuda residual en beneficio del deudor.

De acuerdo a lo anterior, una perspectiva se define como un acontecimiento, hecho o conjunto de ellos que se presentan como posibles para una persona en el futuro; por su parte, una expectativa es la esperanza o posibilidad de conseguir una cosa determinada<sup>1002</sup>.

La teoría de las expectativas, aunque utilizada principalmente por los teóricos en la educación y las relaciones laborales para medir la motivación de los estudiantes y trabajadores a la hora de asumir una tarea determinada<sup>1003</sup>, otorga, no obstante,

---

tribunal en el caso, de cómo un deudor debería probar que el acreedor no tiene más interés en hacer cumplir su reclamo, esto es, en exigir el cumplimiento.

<sup>1001</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87; AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 425.

<sup>1002</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

<sup>1003</sup> ECCLES, Jacquelynne y WIGFIELD, Allan (2002) "Motivational beliefs, values, and goals", en *Annu. Rev. Psychol.*, N° 53, p. 110. KOSOVICKJ, Jeff, FLAKE, Jessica y HULLEMAN, Chris (2017) "Short-term



elementos que nos permiten efectuar un análisis más profundo en torno a la justificación de la duración del periodo de buena conducta.

Partiendo de la base que la teoría establece que una persona se encontrará con mayor motivación para realizar un esfuerzo o conducta en la medida que existan expectativas que tal conducta o esfuerzo determinará un rendimiento que a su turno producirá un resultado valioso para el individuo<sup>1004</sup>, las expectativas se han definido como las estimaciones internas de probabilidad que una persona tiene de que la actividad o esfuerzo generará un resultado valioso<sup>1005</sup>. En torno a las expectativas, se ha expresado además que, existiendo las expectativas de eficacia y de resultado, las primeras serían las creencias de la persona de que puede realizar la actividad o esfuerzo, y que dependerían de las concepciones propias o internas que la persona tiene de sus capacidades<sup>1006</sup>; mientras que las segunda, comprendiendo elementos externos, dirán relación con la creencia de que una acción dará lugar a un resultado determinado; siendo las expectativas de eficacia más predictivas de rendimiento y elección que las expectativas de resultados<sup>1007</sup>. Por otro lado, se ha indicado que las expectativas, tanto

---

motivation trajectories: a parallel process model of expectancy-value", en *Contemporary Educational Psychology*, N° 49, p. 131.

<sup>1004</sup> WIGFIELD, Allan y ECCLES, Jacquelynne (1992) "The development of achievement task values: a theoretical analysis", en *Developmental Review*, N° 12, p. 265; WIGFIELD, Allan y ECCLES, Jacquelynne (2000) "Expectancy-Value Theory of achievement motivation", en *Contemporary Educational Psychology*, N° 25, p. 68, expresan que los teóricos de esta tradición argumentan que la elección, la persistencia y el rendimiento de los individuos se pueden explicar por sus creencias sobre lo bien que lo harán en la actividad y el grado en que valoran la actividad); PLANE, Isabelle, O'KEEFE, Paula y TÈORÈT, Manon (2013) "The relation between achievement goal and expectancy-value theories in predicting achievement-related outcomes: a test of four theoretical conceptions", en *Motiv Emot*, N° 37, p. 67, expresan que en dichos modelos, los resultados del logro, como el rendimiento de la tarea y las aspiraciones futuras, se ven influenciados principalmente por las percepciones internalizadas de las expectativas de los resultados y el valor de las tareas o dominios específicos. De acuerdo a LUNENBURG, Fred (2011) "Expectancy Theory of Motivation: Motivating by Altering Expectations", en *International Journal of Management, Business, and Administration*, Volumen 15, N° 1, p. 2, en la teoría de la expectativa de Victor Vroom, se expresa que una persona estará motivada para realizar una conducta cuando tiene la creencia que un esfuerzo determinado producirá, generará o conllevará un resultado específico o determinado que posibilita o servirá para obtener una recompensa valiosa.

<sup>1005</sup> De acuerdo a WIGFIELD y ECCLES (1992) "The development...", cit., p. 266, en el modelo de Atkinson, las expectativas o probabilidades para el éxito o fracaso son las anticipaciones cognitivas de que una actividad o esfuerzo determinado será seguido por una consecuencia, que en los escenarios de logro es éxito o fracaso.

<sup>1006</sup> WIGFIELD y ECCLES (2000) "Expectancy...", cit., p. 70, refiriéndose a la diferencia entre las creencias de habilidad, actuales, y las expectativas de éxito, futuras, de un individuo.

<sup>1007</sup> ECCLES y WIGFIELD (2002) "Motivational...", cit., p. 111, refiriéndose a Bandura (1997). WIGFIELD y ECCLES (1992) "The development...", cit., p. 273. Las expectativas de eficacia serían más predictivas de rendimiento y elección que las de resultado pues se configurarían en una variable dependiente de un elemento estable, a diferencia de una variable dependiente de elementos externos como la expectativa de resultado, respecto de la cual el individuo entiende que es menos estable.

en su dimensión interna como en su dimensión externa, pueden ser influenciadas, de manera tal de posibilitar un aumento o su disminución<sup>1008</sup>.

En cuanto al valor del logro o resultado, se ha señalado que el valor de utilidad, variable que contiene más razones extrínsecas, es la medida o forma en que la tarea, actividad o esfuerzo se ajusta a los planes futuros que el individuo tiene<sup>1009</sup>. De igual forma, se ha señalado que existen atribuciones causales, como la habilidad, esfuerzo, dificultad de la tarea, suerte, interés, estado de ánimo, e influencia ajena o externa, que influyen en la creencia específica del logro, esto es, la percepción anticipada o expectativas de logro de una actividad o esfuerzo y los valores de incentivo, y que aquellas que la dimensión de estabilidad de la atribución es mayor influye de manera directa en la expectativa de éxito del individuo<sup>1010</sup>. De ello resulta que, atribuir un

---

<sup>1008</sup> WIGFIELD y ECCLES (2000) "Expectancy...", cit., p. 69, dan cuenta que las expectativas y los valores están influenciados por creencias específicas de tareas tales como las creencias de habilidad, la dificultad percibida de las diferentes tareas y los objetivos, el esquema del yo y los recuerdos afectivos de los individuos. Estas variables cognitivas sociales, a su vez, están influenciadas por las percepciones de los individuos sobre sus propias experiencias previas y una variedad de influencias de socialización. WIGFIELD y ECCLES (1992) "The development...", cit., p. 271, expresan que los valores de incentivo, a diferencia de lo señalado por Weiner, no serían variables objetivas, sino que serían el resultado de una construcción psicológica subjetiva, que implica que el valor que una persona atribuye a un determinado objeto u objetivo, va más allá de la propia reacción afectiva para alcanzarlo.

Teorías modernas de la conducta han teorizado y han comenzado a otorgar datos empíricos de la relación entre los objetivos de logro de una tarea y las expectativas que existe respecto de la misma. Desde alguna teoría, es posible apreciar que las expectativas estarían influenciadas por los objetivos de logro, constituyéndose estos últimos en predictores de aquella. WIGFIELD y ECCLES (2000) "Expectancy...", cit., p. 69; PLANE, O'KEEFE y TÈORÈT (2013) "The relation...", cit., p. 67. Desde esta perspectiva, los objetivos de logro de una tarea determinada influirían fuertemente en las expectativa que el individuo tiene respecto de aquella. Un objetivo de logro importante determinaría una alta expectativa.

Por otro lado, se ha considerado que las expectativas se constituirían en predictores de los objetivos de logro de un individuo. PLANE, O'KEEFE y TÈORÈT (2013) "The relation...", cit., p. 68. Desde esta concepción, el valor de la tarea también se constituiría en un predictor de los objetivos de logro. Una gran expectativa o valor de la tarea importaría un gran objetivo de logro.

Finalmente, algunos han considerado que los objetivos de logro son mediadores entre las expectativa y el valor que se otorga a una tarea determinada, donde las expectativas serían predictores de los objetivos de logro, mientras que los objetivos de logro influirían o serían predictores del valor de la tarea. PLANE, O'KEEFE y TÈORÈT (2013) "The relation...", cit., p. 68. Desde esta teoría, una gran expectativa importaría un gran objetivo de logro que a su vez determinaría un gran valor a la tarea determinada.

<sup>1009</sup> WIGFIELD y ECCLES (1992) "The development...", cit., p. 280; WIGFIELD y ECCLES (2000) "Expectancy...", cit., pp. 72 y 73; HULLEMAN, Chris S., DURIK, Amanda M., SCHWEIGERT, Shaun A. y HARACKIEWICZ, Judith M. (2008) "Task values, achievement goals, and Interest: an integrative analysis", en *Journal of Educational Psychology*, Volumen 100, No. 2, p. 398. Otras variables pueden influir en el valor de logro de una tarea o esfuerzo determinado, como el valor de logro propiamente tal o importancia de hacerlo bien, el valor intrínseco o disfrute del individuo al realizar la tarea o esfuerzo y los costos asociados a la tarea o esfuerzo determinado. En este sentido, WIGFIELD y ECCLES (1992) "The development...", cit., p. 265, refiriéndose al valor de incentivo de la tarea actividad respectiva. KOSOVICKJ, FLAKE y HULLEMAN, (2017) "Short-term...", cit., p. 131.

<sup>1010</sup> ECCLES y WIGFIELD (2002) "Motivational...", cit., p. 112, expresan que cuando los individuos están intrínsecamente motivados, se involucran en una actividad porque están interesados y disfrutan de la actividad. Cuando se los motiva de manera extrínseca, los individuos participan en actividades por razones instrumentales o de otro tipo, como recibir una recompensa.

resultado a una causa estable, como la capacidad, tiene una influencia más fuerte sobre las expectativas de éxito en tareas posteriores, que la atribución de un resultado a una causa inestable, como el esfuerzo o influencias ajenas o externas<sup>1011</sup>. En tal sentido, el individuo se sentirá más motivado a realizar aquellas actividades cuyo resultado se le presentan como útiles<sup>1012</sup> para sus planes futuros y respecto de las cuales percibe mayor control. De ello entendemos que si un logro o resultado se presenta intrascendental, inútil, o derechamente no existe, la persona tendrá menos o ninguna motivación para realizar la actividad o esfuerzo determinado.

Se ha indicado que las expectativas y el valor de logro o valor de la tarea se encuentran relacionados de manera positiva<sup>1013</sup>, de donde se obtiene que un objeto u objetivo que se presenta valioso para la persona significa una expectativa mayor, mientras que una expectativa alta en que la instrumentalidad de un rendimiento producirá el logro de aquel objeto u objetivo conllevará que el individuo se sienta más motivado a realizar la actividad o el esfuerzo. La ecuación que representa los elementos de la teoría implica que si uno de los elementos falta, determinará la falta de los demás, lo cual comportará que no exista motivación del individuo para la realización de la conducta o esfuerzo<sup>1014</sup>. Así, por ejemplo, si no existe valor de logro, sea porque no se presenta un valor intrínseco o uno de utilidad, no existirá expectativa en que la instrumentalidad de un rendimiento genere una recompensa valiosa para el individuo, o viceversa, si no existe expectativa de que la instrumentalidad del rendimiento pudiere generar un resultado valioso, no existirá valor en la actividad o esfuerzo<sup>1015</sup>.

De todo lo anterior podemos decir que la expectativa está íntimamente vinculada, y depende proporcionalmente, de la posibilidad. Así, si existe posibilidad de x, existirá expectativa de x, por el contrario, si no hay posibilidad de x, podemos decir que tampoco habría expectativa de x; por su parte, mientras más posibilidades de x, mayores serán las expectativas de x de un individuo.

---

<sup>1011</sup> WEINER, Bernard (1985) "An attributional theory of achievement motivation and emotion", en *Psychological Review*, Volumen 92, N° 4, p. 559, expresa que las concepciones cognitivas y mecanicistas del comportamiento han identificado otra clase de variables con impacto motivacional. Se llaman incentivos de objetivo o las propiedades del objeto u objetivo. Se cree que la motivación está determinada por lo que se puede obtener (incentivo) y por la probabilidad de obtenerlo (expectativa); lo cual sería la esencia del enfoque de los teóricos de la teoría de las expectativas; WIGFIELD y ECCLES (1992) "The development...", cit., p. 271.

<sup>1012</sup> HULLEMAN, et. al. (2008) "Task values...", cit., p. 398

<sup>1013</sup> WIGFIELD y ECCLES (1992) "The development...", cit., p. 269. KOSOVICKJ, FLAKE y HULLEMAN, (2017) "Short-term...", cit., p. 131.

<sup>1014</sup> LUNENBURG (2011) "Expectancy...", cit., p. 3.

<sup>1015</sup> WIGFIELD y ECCLES (1992) "The development...", cit., p. 267, refiriéndose al modelo de Atkinson.

La herramienta del periodo de buena conducta, en su término de duración general, desde el punto de vista de la teoría de las expectativas, crea o mantiene una expectativa de que el término —a lo que puede o no sumársele la obligación de trabajar y pagar del deudor— producirá un resultado valioso para los acreedores; resultado que se identifica con la satisfacción de sus créditos. En efecto, fuera del objetivo preventivo educativo del periodo de buena conducta, el tiempo de espera del deudor para un alivio de la deuda solo se explica por la necesidad de que los acreedores reciban algo en pago. De allí que se haya entendido que la disminución del periodo pudiere afectar a las expectativas de pago<sup>1016</sup>.

Desde esta perspectiva, el periodo de buena conducta intenta mantener las posibilidades de pago; esto es, pretende mantener las expectativas del pago de la deuda, que representa intrínsecamente un resultado valioso para los acreedores, al tiempo que intenta dar cuenta que la duración del periodo posibilita, o en otros términos, es útil, para el cumplimiento del resultado valioso. En definitiva, a través del periodo de buena conducta, el legislador habría pretendido mantener elevadas las expectativas de pago a los acreedores a través de la duración del periodo que comportaría a su vez la consecución de un objetivo perseguido por los acreedores como es el pago de sus acreencias. El periodo de buena conducta genera la expectativa de que a través del término (más largo) se logrará la satisfacción de los acreedores. El término sería útil o serviría para satisfacer a los acreedores.

Sin embargo, y según hemos podido constatar, se han proporcionado bases teóricas y empíricas de que son muchos los casos en que los deudores personas físicas no cuentan con medios o recursos suficientes para hacer pago, si quiera, de los costes del procedimiento, y que tal situación se mantiene a lo largo de todo el procedimiento de alivio de la deuda<sup>1017</sup>. Bajo estas circunstancias, y teniendo en cuenta las bases teóricas de la teoría de las expectativas, es preciso preguntarnos si, en caso en que no existan recursos actuales del deudor, podríamos concluir que las expectativas de cobro de los acreedores tampoco existirían.

Nuestra respuesta es afirmativa. Entendiendo que desde las comprobaciones empíricas de la teoría de la expectativa una expectativa propiamente tal no existirá si no

---

<sup>1016</sup> BD-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 13. BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 224.

<sup>1017</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 225 y 226, refiriéndose a la tasa mínima de pago expresa que, en cuanto a que la compensación es necesaria porque las perspectivas de satisfacción de los acreedores se verían disminuidas al acortarse el periodo de buena conducta, no es tal, puesto que estadísticamente, incluso con un periodo de seis años, los acreedores pierden el 90% de sus crédito, e incluso en el 75%, el total.

existe un resultado valioso, sea por la inexistencia de valor intrínseco o valor de utilidad del objeto u objetivo, concluimos que ante la falta de recursos actuales y futuros del deudor, esto es, ante la imposibilidad de pago o imposibilidad de un resultado valioso, como consecuencia no existe tampoco una expectativa en el resultado, y además, no existiría una expectativa en que la instrumentalidad de un rendimiento genere un resultado valioso. En términos breves, ante imposibilidad de pago del deudor, el acreedor no tendría en estricto rigor una expectativa de que a través de un periodo de tiempo determinado pueda obtener el pago de su acreencia, y en definitiva no tendría expectativa en que el término como tal sirviera o fuera útil para obtener el pago<sup>1018</sup>.

Entendiendo que es viable establecer una regulación protectora del interés del acreedor, o que persiga o busque el pago de su acreencia, solo en el entendido que existan expectativas de pago, y por tanto, solo si existe alguna posibilidad de que el deudor pudiere efectivamente pagar; concluimos que ante imposibilidad de pago del deudor no se justifica un mecanismo o instrumento que permita buscar o perseguir el pago de la deuda, pues no habría expectativa alguna de los acreedores que justifique la existencia de tal mecanismo o instrumento. Siendo este mecanismo o instrumento el periodo de buena conducta, y en tal sentido, la duración del procedimiento de alivio, sin posibilidad de pago del deudor no se justifica su existencia pues no habría una expectativa real de cobro de los acreedores<sup>1019</sup> que le otorgue razón de ser o justificación<sup>1020</sup>. Concluimos que para estos casos el elemento esencial del periodo de buena conducta, esto es, el término o tiempo, no se encuentra justificado.

Tomado en consideración todo lo anterior, en el derecho comparado se ha expresado<sup>1021</sup> que una verdadera reforma podría llevarse a cabo en base a un acortamiento del procedimiento sin condiciones previas para los deudores. De acuerdo a ello, un acortamiento sin condiciones, creemos, se referiría a un alivio de la deuda sin

---

<sup>1018</sup> Entendemos que ello es compartido por WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 647, al señalar que el principio según el cual un alivio de la deuda según la § 1 oración 2 debe proceder a la mejor satisfacción posible de los acreedores en el sentido de la oración 1 de la § 1 se justifica porque la satisfacción de los acreedores está dentro del alcance de una posible remisión de la prioridad lógica y objetiva de la deuda. Si por el contrario, se espera que desde el principio tal gratificación sea y permanezca excluida, tal como están las cosas entonces la implementación de los procedimientos de insolvencia carece de justificación interna.

<sup>1019</sup> AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 430, preguntándose si sería necesario reducir la duración de los procedimientos respecto de los deudores sin ingresos ni perspectivas de ingresos, expresa que para los acreedores concursales no hay perspectivas realistas de satisfacción y los fondos estatales se utilizan sin los ingresos correspondientes.

<sup>1020</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87, expresa que en caso de falta de recursos por parte del deudor, para los acreedores no existen perspectivas realistas de satisfacción.

<sup>1021</sup> PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 154.

necesidad de cumplimiento de una tasa mínima de pago a los acreedores<sup>1022</sup>, que vendría a castigar al deudor sin dinero incluso más de lo que ya hace el procedimiento concursal<sup>1023</sup>. En este sentido, puesto que si las condiciones a las que se refiere el autor son el pago de una cuota mínima, y ello no debiera contemplarse a la hora de otorgar un alivio de la deuda al deudor, entonces no sería necesario un periodo de buena conducta, puesto que estando configurado el periodo con la finalidad de recolección y distribución de los ingresos del deudor, el fundamento de existencia del periodo de buena conducta en torno a la satisfacción de los acreedores no existiría y, por tanto, el periodo de buena conducta respecto a este punto no sería necesario ni estaría justificado.

#### **4. Necesidad de una evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor.**

De acuerdo a lo que venimos planteando, la incorporación de un periodo de buena conducta por la LC y de una limitación al acortamiento del mismo en base a un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores, conlleva el problema de privación injustificada del alivio del deudor para ciertos tipos de deudores. Para cierto grupo de deudores, aquellos que en su gran mayoría<sup>1024</sup> no presentan recursos, la exigencia de la normativa concursal del apartado 6 del artículo 178 bis, significa la obligación de tener que pasar por un largo periodo de tiempo de cinco años a la espera de una exoneración. ¿Cómo solucionar este problema que repercute de manera directa en los intereses de los deudores personas físicas de obtener alivio?. Para responder a esta pregunta, partamos analizando un ejemplo de la experiencia alemana de insolvencia de personas física, antecedente directo de la regulación española de insolvencia de la persona natural contenida en la LC.

Las consideraciones del grupo de trabajo del Ministerio Federal y Estatal en su propuesta de reforma para la implementación de un procedimiento especial para las personas sin recursos del año 2006, considerando que ningún acreedor que actuara racionalmente desde el punto de vista económico iniciaría una ejecución en virtud de la determinación de ausencia de masa del deudor, señalaron abiertamente que el modelo

---

<sup>1022</sup> HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 222, aunque no analiza la posibilidad de reducción del periodo de buena conducta más allá de los tres años, señala que el movimiento doctrinal de acortamiento a tres años del periodo de buena conducta sin cuota mínima también debe destacarse positivamente.

<sup>1023</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 233.

<sup>1024</sup> Así, DOMÍNGUEZ CABRERA (2012) "La posición...", cit., pp. 121, 122 y 141.

de procedimiento de alivio de la deuda propuesto, sin fideicomisario, no estaría destinado a la satisfacción de los acreedores sino que al alivio de la deuda<sup>1025</sup>. Bajo tales consideraciones, agregaron, no se debía temer de un mal uso del procedimiento por el deudor, puesto que el periodo de buena conducta de ocho años se habría establecido con finalidad disuasoria<sup>1026</sup>.

Consideramos que la lógica que hay tras las consideraciones del grupo de trabajo del Ministerio Federal y Estatal es que si no existen recursos que administrar en el periodo de buena conducta no se requiere por tanto al fiduciario. Lo determinante entonces sería la existencia o no de recursos o activos por parte del deudor. La justificación de la aserción del grupo de trabajo —de que el procedimiento de alivio sin fiduciario no tiene como objetivo la satisfacción de los acreedores— no pasa por el hecho de que no esté presente el fiduciario —para efectos de administrar los recursos y efectuar el pago a los acreedores—, sino por el hecho de que no existan recursos o activos por parte del deudor<sup>1027</sup>. Siendo esta la idea de los redactores del borrador de reforma y su subyacente fundamentación, ello podría extenderse al periodo de buena conducta mismo, en el entendido de que si en el procedimiento de alivio sin fideicomisario no se busca la satisfacción de acreedores porque en definitiva no hay recursos, entonces tampoco sería necesario un periodo de buena conducta en aquellos casos en que no existan recursos por parte de los deudores personas físicas.

De estas consideraciones, nuestra hipótesis de solución al problema es que, en concordancia con lo planteado previamente<sup>1028</sup>, una adecuada evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor posibilitaría la configuración de un procedimiento concursal de persona física en que se prescindiera de un periodo de buena conducta cuando el deudor no presente una capacidad de pago que le permita hacer frente a las deudas, debiendo aplicarse una liquidación y consecuente exoneración de la deuda residual.

Para justificar la propuesta de regulación de un procedimiento especial sin fiduciario para el deudor sin recursos de 2006, en la que se estima la necesidad de que a

---

<sup>1025</sup> OHLE, SCHATZ y JÄGER (2006) "Zur Reform...", cit., pp. 483.

<sup>1026</sup> SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 5.

<sup>1027</sup> OHLE, SCHATZ y JÄGER (2006) "Zur Reform...", cit., pp. 483, considerando la propuesta del borrador del Ministerio Federal de enmienda de la InsO de 2005, ante lo que estiman una clara transgresión de los intereses de los acreedores y una errónea estimación de las motivaciones del borrador al entender que el procedimiento de alivio de la deuda no tendría como principal propósito la satisfacción de los acreedores, proponían que el acortamiento del procedimiento se llevara a cabo solo en casos en que los acreedores no se encontraran en mejor posición en el periodo de buena conducta.

<sup>1028</sup> Apartado II.4., Sección 2ª, Parte Segunda.

tal tipo de deudores no les sea aplicable el procedimiento concursal normal, y aunque no compartan la idea de denominarlo procedimiento sui generis, entendían, aunque sin entrar en mayores razonamientos, que para los casos sin masa no se debiera aplicar un procedimiento de ejecución colectivo como el procedimiento concursal<sup>1029</sup>. La lógica del grupo de trabajo es que si los procedimientos colectivos están destinados al pago de los acreedores, y en casos de masa cero los deudores no tienen recursos para pagar a los acreedores, entonces en estos casos los procedimientos colectivos no deben ser aplicables<sup>1030</sup>.

Considerando lo anterior, preguntándose si los objetivos de las oraciones 1 y 2 de la § 1 InsO se encuentran establecidos en una relación jerárquica, se ha concluido<sup>1031</sup> que el criterio definitorio para determinar si un procedimiento colectivo puede ser aplicado a los deudores sin masa no sería la satisfacción de los acreedores —esto es, y bajo la lógica del grupo de trabajo, si existen o no bienes para el pago de los acreedores—, sino el hecho de si los problemas de pago del deudor son o no temporales, esto es, si en un futuro previsible se pueden superar o, por el contrario, no se puede esperar un reestablecimiento de la solvencia en un periodo de tiempo determinado. En este mismo sentido, referido al problema de los concurso de deudores sin masa en la LC, se ha indicado<sup>1032</sup> que, siendo el concurso un proceso de ejecución universal en tanto cuanto se proyecta sobre todo el patrimonio del deudor y sobre la totalidad de sus acreedores, en los supuestos en los que se constata la inexistencia de patrimonio del deudor ninguna de estas finalidades puede cumplirse, convirtiéndose en ineficaz la declaración concursal, en tanto no podrá haber ni convenio ni liquidación. Entendemos que, bajo estas consideraciones y por tanto, el criterio definitorio no sería la existencia, o no, de recursos actuales para el pago de los acreedores, sino la posibilidad de pago a los acreedores en un periodo de tiempo determinado.

De lo señalado, se destaca que, para dar cuenta de la necesidad de una diferenciación del procedimiento (entre uno colectivo y uno individual) sería preciso apelar al carácter de temporales de los problemas del deudor, esto es, si en un periodo

---

<sup>1029</sup> SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 5. PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., p. 241, contrario a la idea de que los deudores de masa cero sean extraídos de los procedimientos concursales formales, señala que " la introducción del procedimiento de alivio de la deuda en el procedimiento de insolvencia debe ser la forma fundamentalmente correcta de hacer justicia a los intereses de los acreedores y deudores.

<sup>1030</sup> De acuerdo a SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 5, el razonamiento del grupo de trabajo se basa en una visión abreviada de la § 1 InsO, al destacar solo la oración 1 (satisfacción de los acreedores) como el objetivo del procedimiento concursal de la persona física.

<sup>1031</sup> SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 5.

<sup>1032</sup> DOMÍNGUEZ CABRERA (2012) "La posición...", cit., p. 141.



de tiempo es posible de prever un reestablecimiento de la solvencia del deudor. Creemos que tales consideraciones, y en concordancia con nuestra hipótesis, no solo son válidas para diferenciar el tipo de procedimiento en términos generales que debiera ser aplicado en uno u otro caso, sino que también se extienden o alcanzan a la configuración misma del procedimiento. En efecto, un criterio delimitador del tipo de procedimiento aplicable también se relaciona con la configuración particular que debiere tener este tipo general de procedimiento en torno a sus elementos estructurales, puesto que las bases del criterio se irradian a la esencia misma del procedimiento y moldean o delimitan su forma. A partir de ello, entendemos que el criterio delimitador en comento no solo posibilita delimitar el tipo general de procedimiento aplicable entre colectivo e individual, sino que también impone la configuración o forma particular del procedimiento que debiera ser aplicable al caso particular.

Lo anteriormente descrito, entendemos se encuentra en estrecha relación, o incluso más, entendemos es un sinónimo, de la exigencia de que en el procedimiento concursal deba ser evaluado el nivel de endeudamiento del deudor en función del concepto de viabilidad del deudor persona física. Lo contrario significaría la imposibilidad de una previsión de un reestablecimiento de la solvencia del deudor. En efecto, esta evaluación inicial se constituye en estrictamente necesaria si desde los postulados del criterio lo definitorio en la delimitación de un tipo de procedimiento concursal, sea colectivo o individual, y agregamos nosotros dentro de las opciones de procedimiento colectivo, sea de plan de pago obligatorio o no, o de alivio de deuda con o sin periodo de buena conducta, es si en un tiempo determinado se puede o no prever, o en otro términos, es posible, una superación del estado de insolvencia del deudor.

En cuanto a esta necesidad de evaluación adecuada del nivel de endeudamiento y eventual capacidad de pago del deudor, es destacable que bajo las consideraciones del BGH en sentencia de 20 de noviembre de 2014<sup>1033</sup>, se encuentre subyacente y se avale, creemos nosotros, tal postura y necesidad. La sentencia estima que en el periodo de buena conducta el fiduciario debe establecer una provisión para los costos incurridos en el procedimiento tras la conclusión (cancelación) del procedimiento de insolvencia si, de acuerdo a circunstancias personales y económicas del deudor, los costes del procedimiento —procedimiento de insolvencia con su respectivo periodo de buena conducta— posiblemente no estén cubiertos por los ingresos que probablemente se

---

<sup>1033</sup> Sentencia del BGH de 20 de noviembre de 2014 - IX ZB 16/14, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 2, p. 61.

esperen<sup>1034</sup>. Para lo que nos interesa, nos parece novedosa la decisión del supremo tribunal alemán, puesto que estaría estableciendo implícitamente una obligación de evaluación de la situación económica, y en estricto rigor, de la capacidad o posibilidades probables de pago del deudor, *ex ante* el procedimiento de alivio de la deuda.

Si bien la génesis de esta obligación privilegia el interés del erario público, pues apunta a garantizar el pago de los costos del procedimiento a pesar de que se prevea que el deudor no tendrá ingresos en el periodo de buena conducta, da cuenta de que una evaluación de la capacidad de pago del deudor efectivamente puede, y debiera, realizarse antes del periodo de buena conducta. Considerando lo anterior, y entendiendo que la evaluación es necesaria, si de la misma se colige que los ingresos del deudor, vinculables, no alcanzarían para pagar costos del procedimiento, esto también aplica a los créditos de los acreedores, y por tanto debiera entenderse que los ingresos del deudor, que ni siquiera alcanzan para pagar los costos del procedimiento, con mayor razón no alcanzarían para cubrir los créditos de los acreedores.

A su turno, lo anterior se relaciona con la sentencia del BGH de 11 de septiembre de 2016<sup>1035</sup>, en la cual el tribunal deniega el alivio anticipado de la deuda en un procedimiento en el que, no existiendo reclamaciones por parte de los acreedores, no fue posible el pago de los costos del procedimiento. En contraposición a lo decidido por la sentencia, señalándose por alguna jurisprudencia<sup>1036</sup> y doctrina la posibilidad de que el alivio de la deuda sea otorgado a pesar de no haberse efectuado el pago de los costos del procedimiento en caso de que no exista verificación de créditos por parte de los acreedores<sup>1037</sup>, se ha indicado que el interés del deudor en el pago de los costos del procedimiento es cierto en términos ideales<sup>1038</sup>, toda vez que en muchos casos el pago regular y programado es escaso debido a falta de activos y recursos vinculables del

---

<sup>1034</sup> RECK, KÖSTER y WATHLING (2016) "1 ½ Jahre...", cit., p. 6.

<sup>1035</sup> Sentencia del BGH de 22 de septiembre de 2016 - IX ZB 29/16, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, 2017, Heft 1, p. 39.

<sup>1036</sup> Sentencia del AG Göttingen de 29 de abril de 2015 - 71 IK 99/14 NOM, *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 7, p. 268. De acuerdo a WINTER (2010) "Die Verkürzung...", cit., p. 139, la sentencia de la AG. Göttingen, de 27 de mayo de 2008 - 74 IK 187/07, admitió el alivio anticipado de la deuda a pesar de que no se había efectuado el pago de los costos del procedimiento, expresando, a diferencia de lo que el BGH había venido indicando hasta el año 2008, que el requisito para el alivio anticipado en caso de falta de verificación de créditos por los acreedores no es el pago de las deudas.

<sup>1037</sup> SCHMERBACH, Ulrich (2016) "Keine vorzeitige Restschuldbefreiung bei Verfahrenskostenstundung", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 24, p. 1009.

<sup>1038</sup> RECK (2017) "Treuhänderlose...", cit., p. 297.

deudor que puedan ser destinados a una fase posterior de responsabilidad en el pago de los costes del procedimiento<sup>1039</sup>.

Si bien la exposición de motivos en el memorándum explicativo de la § 300 InsO reformada, el caso de alivio anticipado de la deuda por falta de reclamo de los acreedores se abordó de manera breve<sup>1040</sup>, no mencionándose la posibilidad de que un ingreso vinculable del deudor no esté disponible ni sea realista o previsible de esperar, y a pesar de la decisión del BGH que estima que el inicio del periodo de buena conducta en procedimiento sin reclamaciones y recuperación de costes en fecha de cierre tiene por objetivo proteger a los acreedores concursales<sup>1041</sup>, no es menos cierto, y no se puede desconocer que, en casos en que el fisco sea el único acreedor, y desde el punto de vista del diferimiento de costos, el objetivo de la protección de los intereses de los acreedores no tiene sentido, toda vez que en muchos casos, la continuación del procedimiento significa que, en el contexto de la expectativa de ingresos, se incurre en costos que tampoco están cubiertos<sup>1042</sup>.

En tal situación, el problema de fondo pasaría por la falta de una perspectiva realista de cubrir los costes del procedimiento, y cierta y lógicamente, del pago de los acreedores, viéndose los deudores perjudicados debido a que solo podrían obtener alivio varios años después, aunque a menudo tampoco hayan ingresos predecibles en este procedimiento. A costa de gastos adicionales, se crea una carga en el erario público y en el deudor porque el procedimiento continúa solo ante las expectativas inciertas de lograr la recuperación del costo, y por tanto de los créditos; donde si ello no tiene éxito,

---

<sup>1039</sup> PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., p. 240, ha indicado respecto del aplazamiento de los costos del procedimiento que, significando el aplazamiento un mayor endeudamiento para el deudor a lo largo del procedimiento, no tiene sentido iniciar un procedimiento de insolvencia si se sabe que no hay nada que obtener y pagar.

<sup>1040</sup> La exposición de motivos, BT-DRUCKS. 467/12, cit., p. 44, se refiere a la proporcionalidad de un periodo de buena conducta objetivamente innecesario, sin que haga referencia a la proporcionalidad del periodo de buena conducta en caso de procedimientos con falta de ingresos de acuerdo a las circunstancias personales y reales del deudor. Así, RECK, KÖSTER y WATHLING (2016) "1 ½ Jahre...", cit., p. 7.

<sup>1041</sup> Sentencia del BGH de 17 de marzo de 2005 - IX ZB 214/04, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 322.

<sup>1042</sup> Si bien en 2003 la jurisprudencia entendía que el periodo de buena conducta permitía compensar a los acreedores al otorgar un alivio de deuda, los argumentos más importantes utilizados por los tribunales para decidir otorgar un alivio de deuda en caso que no se presentaran reclamaciones por parte de los acreedores decían relación con que: en contraste con los intereses prístinos de los acreedores, había un interés significativo del deudor en liberar la deuda anticipadamente, y que los pagos que debía hacerse al fiduciario por la duración del procedimiento importarían una restricción inaceptable de varios años en el nivel de vida del deudor. Así, WINTER (2003) "Vorzeitige...", cit., p. 211 y WINTER (2010) "Die Verkürzung...", cit., p. 138.

ningún efecto positivo se tiene en el objetivo del procedimiento<sup>1043</sup> (sea en beneficio de los acreedores, sea en beneficio del deudor), puesto que el alivio se otorga después de seis años sin que los acreedores hayan recibido crédito alguno<sup>1044</sup>.

El problema de fondo descrito, que es del todo replicable en el ordenamiento español atendido la regulación del periodo de buena conducta del artículo 178 bis.6, no cambiará en la medida que la LC no permita una liberación anticipada de la deuda sobre la base de un pronóstico o evaluación previa de falta de entradas o recursos del deudor, que justifique que el lapso de cinco años para la liberación de la deuda, o cualquiera otro que se pretenda delimitar, se deba esperar desde el inicio del procedimiento<sup>1045</sup>.

En estricto rigor, tales consideraciones abogan por una necesaria evaluación temprana y previa de las situación particular del deudor, no solo en torno a sus posibilidades efectivas de hacer frente a los costos del procedimiento, sino que de igual forma, a la totalidad de las deudas, en un eventual periodo de buena conducta<sup>1046</sup>.

Al preguntarnos cómo es que se lograría esta evaluación en el ordenamiento concursal, nos encontramos con que: primero, y según comentamos previamente, en el sistema español no existe una obligación de evaluación efectiva y adecuada de las posibilidades del deudor de recuperar su solvencia; y segundo, la dificultad en la evaluación del nivel de endeudamiento<sup>1047</sup>.

Por otro lado, sabiendo que la obligación de adquisición tiene como objetivo que el deudor realice los mayores esfuerzos para proveer de pago a los acreedores<sup>1048</sup>, podemos apreciar que la misma no cumple con el objetivo de una evaluación adecuada de la situación del deudor con el fin de estimar que existirán probabilidades, o si se quiere la posibilidad, de que el deudor recupere su solvencia en un tiempo determinado. Más bien, y a priori, podríamos considerarla como la manifestación de una inicua presunción del ordenamiento de que el deudor tendrá siempre y en todo caso una solvencia futura, pero respecto de la cual no existe certeza absoluta.

---

<sup>1043</sup> WINTER (2010) "Die Verkürzung...", cit., p. 143, expresa que desde la decisión del Tribunal Federal de Justicia en 2005, según la cual la falta de reclamos de los acreedores posibilita un alivio prematuro de la deuda residual, la jurisprudencia y la literatura reciente han establecido claramente que los procedimientos formales inútiles causan costos innecesarios en ausencia de participación de los acreedores.

<sup>1044</sup> Así, RECK, KÖSTER y WATHLING (2016) "1 ½ Jahre...", cit., p. 7.

<sup>1045</sup> Así, y para el ordenamiento alemán, RECK (2017) "Treuhänderlose...", cit., p. 298, refiriéndose particularmente al plazo de cinco años con requisito de pago de los costos del procedimiento.

<sup>1046</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 649.

<sup>1047</sup> Criticando la sentencia del BGH de 20 de noviembre de 2014, así lo plantean RECK, KÖSTER y WATHLING (2016) "1 ½ Jahre...", cit., p. 6, respecto de la obligación de adquisición.

<sup>1048</sup> En este mismo sentido, y para el ordenamiento alemán, GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 204.

Entendemos que la cuestión de esta necesaria evaluación debe ser tomada en consideración desde la labor de la asesoría de deuda, en la concepción planteada por nosotros, durante todo el procedimiento concursal<sup>1049</sup>. La herramienta permitiría la estimación de la posibilidad de solvencia futura de manera tal de delimitar los casos en que el deudor, en la lógica de razonamiento que venimos expresando, pueda o no someterse a un periodo de plan de pagos por un término de tiempo determinado<sup>1050</sup>.

En este sentido, se ha indicado<sup>1051</sup> que nadie podría prever o asegurar a priori el cambio de las circunstancias financieras de una persona en el futuro y que la incapacidad de pago siempre es solo instantánea pues la experiencia práctica demostraría que en un número importante de casos el deudor insolvente puede generar activos susceptibles de ser embargados durante el periodo de buena conducta, con lo cual sería errónea la opinión de que se podría evaluar el desarrollo económico de un deudor al presentar la solicitud de concurso. Sin perjuicio de lo anterior, copiosa doctrina se manifiesta en contra de tal apreciación, señalando que en la mayoría de los casos en que el deudor no tiene recursos, tal situación permanece en el tiempo durante todo el periodo de buena conducta<sup>1052</sup>.

Finalmente, a mayor abundamiento y siguiendo a cierta doctrina<sup>1053</sup>, cabe agregar que aunque la LC entienda que la solución convenida es la solución normal del concurso, ello no debe llevarnos a entender que la solución liquidatoria es una solución anormal o extraordinaria, sin que existan argumentos jurídicos o económicos que justifiquen una mayor severidad hacia el deudor en supuestos de liquidación, especialmente, cuando esta solución del concurso haya sido la más deseable para los

---

<sup>1049</sup> Refiriéndose al procedimiento concursal en general, HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 134, señala que desde el punto de vista de los deudores, un alivio de deuda en condiciones claras y efectivas, requiere el apoyo al deudor a través de un asesoramiento suficientemente financiado a lo largo de todo el procedimiento concursal.

<sup>1050</sup> A esto creemos que se refiere el INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 318, al poner de relieve la importancia de basar cualquier mecanismo de selección de los deudores sobre la base de su capacidad de pago real.

<sup>1051</sup> Si bien OHLE, SCHATZ y JÄGER (2006) "Zur Reform...", cit., p. 484, lo señalan para justificar la necesidad de que en el procedimiento concursal se contemple la figura del fiduciario, no es menos cierto que tales consideraciones podrían servir como argumento para contrarrestar nuestro razonamiento en torno a la injustificación e inutilidad que tendría el periodo de buena conducta en un procedimiento en el que, previa evaluación de la probabilidad de recuperación del deudor, se prevea una imposibilidad de pago a los acreedores en un tiempo determinado.

<sup>1052</sup> A esto entendemos que se refiere WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 652; RECK (2017) "Treuhandlose...", cit., p. 297; PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 154; LISSNER (2012) "Die Reform...", cit., p. 96; LECHNER (2010) *Eine zweite...*, cit., pp. 63, 64 y 69; RITTER (2013) "Die neue...", cit., p. 135; BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., pp. 224 y 225.

<sup>1053</sup> GUERRA MARTÍNEZ, Aurelio (2015) "Las tendencias actuales en la configuración del interés del concurso", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 1543 y 1544.

acreedores, tal y como probablemente acontezca en supuestos de liquidación de empresas económicamente inviables y, entendemos nosotros, en supuestos de inviabilidad del deudor persona física.

## **5. Una propuesta de etapa de rehabilitación apropiada para la LC.**

De acuerdo a lo que venimos planteando, hemos dejado establecido lo injustificado de la existencia de un periodo de buena conducta de la forma planteada por nuestra LC para casos en que el concursado sea uno de buena fe y no presente capacidad de pago que le permita enfrentar el pago durante el transcurso del término. La cuestión que inmediatamente surge a partir de esta conclusión es, entonces, ¿qué sucede para el caso de los otros tipos de deudores, esto es, aquellos que tras una evaluación adecuada de su nivel de endeudamiento presentan capacidad de pago?. Para estos deudores, de acuerdo a lo que hemos planteado previamente<sup>1054</sup>, el hecho de que la condicionalidad de la duración del periodo de buena conducta a través de la satisfacción de un porcentaje mínimo de los créditos se encuentre efectivamente presente en nuestra LC, pero limitada solo para determinar el inicio del cómputo o no del plazo, impide de manera drástica la obtención de alivio a los deudores que tienen capacidad de pago para afrontar un plan de pagos a lo largo del tiempo, puesto que les obliga sin excepción alguna, a diferencia de lo contemplado en modelos comparados como el alemán<sup>1055</sup>, a un largo e incondicional aplazamiento del alivio.

Lo anterior nos obliga a reflexionar en torno a si sería adecuado o conveniente el establecimiento de un periodo de plan de pagos para aquellos casos en que el concursado sea uno que, atendido una evaluación adecuada de su nivel de endeudamiento y capacidad de pago, tenga opciones de dar cumplimiento satisfactorio a un plan de pagos respectivo.

Para la respuesta, es preciso contemplar lo ya señalado en torno al test de proporcionalidad, en el sentido que el periodo de buena conducta sería idóneo desde el test de idoneidad y necesario desde el test de necesidad. En efecto, tratándose de deudores con posibilidad de cumplimiento del plan de pagos, el hecho de que el principio del fresh start imponga la obligación de otorgar alivio a los deudores personas físicas en la medida que el principio lo permita, significa que en aquellos casos en que

---

<sup>1054</sup> Apartado I.2.3., Sección 1ª, Parte tercera.

<sup>1055</sup> Cobra aplicación lo señalado por CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 60.

el deudor cuente con posibilidad de hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones a lo largo de un periodo de tiempo determinado sin detrimento de sus posibilidades de obtener condiciones de vida que le repercutan un desarrollo de su persona y de su familia, deberá ser considerado el interés de los acreedores en torno a la satisfacción de sus créditos.

Respondida de manera afirmativa la cuestión anterior, nos surge de inmediato otra interrogante, la cual se relaciona con el test de proporcionalidad en sentido estricto: ¿cuál debería ser la extensión del periodo de plan de pagos para aquellos deudores que presenten capacidad de pago?.

En cuanto a la fórmula para definir la extensión del periodo de plan de pagos, el Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales<sup>1056</sup>, expone que cualquiera que sea la duración elegida para los planes de pagos existen al menos dos técnicas que pueden utilizarse para hacer esta elección, y una de ellas es claramente menos eficaz que la otra: en la primera técnica, la decisión puede dejarse a la discreción, caso por caso, de una persona encargada de la toma de decisiones, como un juez; la segunda técnica consiste en que una duración estándar para los planes de pagos esté predefinida en la ley y se aplique a todos los casos de la misma manera. ¿Cuál de estas dos fórmulas sería posible de utilizar?. Comprendemos que la primera fórmula impondría resultados indeseables, contraproducentes y discriminatorios, tanto para los deudores que pretenden obtener un alivio oportuno, tanto para los acreedores que pretenden obtener satisfacción de sus créditos, al quedar la determinación de la extensión del periodo a merced de una disparidad subjetiva de criterios. Por otro lado, en la segunda opción, un resultado indeseable o contraproducente para los intereses de las partes también estaría presente, esta vez aunque no debido a la existencia de disparidad de criterios, sino que producido por un mecanismo automático y eventualmente discriminatorio para los intereses de los diversos grupos de deudores y acreedores.

---

<sup>1056</sup> GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 297.

### 5.1. La reducción del periodo de buena conducta en el Reino Unido.

Llegados a este punto, es preciso destacar la reducción del término de periodo de buena conducta que paulatinamente se ha producido en modelos comparados<sup>1057</sup>, como es el caso de Reino Unido<sup>1058</sup>, y derechamente su no aplicación como en el caso de Francia o Estados Unidos. En tales países, como ha quedado de manifiesto a través de la descripción del modelo francés y estadounidense, la contención del eventual abuso por parte del deudor se realiza a través de otros medios que no dicen relación con la duración del procedimiento. Así las cosas, para justificar procedimientos breves se configuran y utilizan herramientas de control de ingresos o el alivio se limita a un monto específico de deudas<sup>1059</sup>.

En el especial caso del Reino Unido, desde el año 2004 se ha venido trabajando en un modelo de desapalancamiento especial para deudores sin masa. El término "sin masa" se aplica a todos aquellos deudores que tienen activos recuperables residuales de un máximo de 300 £, y para quienes, tras la deducción de los costos de vida, no les quedan más de 50 £ mensuales. En este mismo orden, solo es factible la aplicación de este procedimiento especial cuando los montos de deuda no superan las 15.000 £. Tras el primer año posterior a la apertura del procedimiento, el mismo finaliza con un alivio de la deuda mediante condonación, si el deudor ha cumplido con sus obligaciones de comportamiento<sup>1060</sup>.

Si bien el procedimiento establecido por el Reino Unido contiene un elemento automático que define el carácter de deudor con o sin masa para efectos de aplicarle el procedimiento concursal determinado, contempla para los deudores honestos y sin recursos un procedimiento que se configura de manera especial con plazos más cortos y donde, en contraposición, los plazos más largos están destinados solo para los deudores

---

<sup>1057</sup> PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., p. 240, desde el punto de vista del abaratamiento de los costos del procedimiento, expresa que comparando el modelo alemán con el de otros países, es posible darse cuenta que rápidamente de que en muchos países es mucho más fácil y menos costoso obtener un alivio de la deuda.

<sup>1058</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87; HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 222; BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., pp. 226 y 233. Este autor, en p. 226, pone de ejemplo que en el caso de Reino Unido, incluso los tres años de duración del procedimiento concursal previo a la reforma, se asociaban con desventajas económicas que se consideraban inaceptables.

<sup>1059</sup> SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 12 y 13.

<sup>1060</sup> De acuerdo a STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87, se trata de un procedimiento simplificado de deudas para el grupo más pobre de deudores; abierto a aquellos considerados NINA, esto es, "sin ingresos, sin activos", donde tras doce meses el deudor es liberado de la deuda residual.



que mantienen activos residuales y tienen un cierto potencial de reembolso o pago<sup>1061</sup>. En base a ello, y a pesar de que pudiéramos criticar la automaticidad del criterio de diferenciación entre deudores que tienen y los que no tienen masa, destacamos que la diferenciación del tipo y configuración del procedimiento aplicable a los deudores se relaciona precisamente con la posibilidad de pago actual y futura que tengan en un periodo de tiempo determinado. De acuerdo a esto, la ley inglesa requerirá por tanto una evaluación de la situación económica del deudor en función de sus circunstancias, que permita determinar que podrá realizar pagos a los acreedores en un periodo de tiempo superior a un año; en estricto rigor, el ordenamiento inglés efectúa una distinción entre deudores en función de sus perspectivas reales de pago, de manera tal de aplicar una forma de procedimiento particular.

Finalmente, en la prevención del "turismo del alivio de la deuda" (*Restschuldbefreiungstourismus*)<sup>1062</sup> por países de la Unión Europea que ofrecen un sistema con menos trabas para lograr un fresh start<sup>1063</sup>, no tiene injerencia la duración mayor del procedimiento concursal a pretexto de prevenir el abuso, sino que por el contrario, lo fomenta<sup>1064</sup>. Desde este punto de vista, la cuestión pasa por establecer mecanismos de control del abuso de los deudores eficientes y que realmente sirvan para tal fin<sup>1065</sup>. Volveremos sobre este punto en la última parte.

---

<sup>1061</sup> SPRINGENEER (2006) "Reform...", cit., p. 12. AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 430, da cuenta sucintamente del modelo inglés a modo de ejemplo para una reforma a la duración del procedimiento alemán.

<sup>1062</sup> A esto se refiere como prevención y de manera sucinta, PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., pp. 240 y 241.

<sup>1063</sup> En torno al turismo del alivio de la deuda, VALLENDER, Heinz (2011) "Der Weg zur Entschuldung in England wird steiniger – Die Entscheidung des High Court of Justice in Bankruptcy v. 10. 6. 2009 in Re Vitus Anton Mittenfellner, Case-Nr. 10421 of 2008", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 3, pp. 17 y sgtes., da cuenta y efectúa un corto análisis de la interesante sentencia de la *High Court of Justice in Bankruptcy*, de 10 de junio de 2009, in Re Vitus Anton Mittenfellner, Case-Nr. 10421 of 2008, en la que el tribunal establece una limitación al turismo del alivio de la deuda de los deudores alemanes en función del criterio de la determinación del centro principal de intereses del deudor, en base a la evaluación de sus circunstancias particulares. De acuerdo a lo que venimos argumentando, es del todo interesante que el tribunal inglés considere necesario efectuar una evaluación de las circunstancias particulares del deudor para efectos de estimar un eventual abuso por parte del mismo. La importancia del fallo radica en que de acuerdo a las consideraciones del tribunal, la evaluación de la honestidad del deudor en base a sus circunstancias particulares sería posible al inicio del procedimiento concursal, permitiendo discriminar a deudores deshonestos e imposibilitándoles el acceso al procedimiento.

<sup>1064</sup> De lo indicado por PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 152, se entiende que una traba en el intento de los deudores de liquidar sus deudas refuerza la idea del turismo de liberación de deuda.

<sup>1065</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 88, destacando el tiempo de duración del procedimiento concursal especial para la persona física sin recursos del ordenamiento del Reino Unido, señala que para el caso de Alemania, ciertamente habría sido más útil considerar un sistema como el inglés, no solo para acortar el procedimiento, sino también para la verificación de la integridad, creemos refiriéndose a la del deudor en cuanto a su honestidad. Por su parte, de lo señalado por HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., pp. 132 y 133, se desprende que si el procedimiento de alivio de la deuda experimentara mejoras en cuanto al sistema de denegación de deudas —a través de una

## 5.2. Le necesidad de evaluación de las circunstancias del deudor.

La norma del párrafo segundo del apartado 6, artículo 178 bis, establece que el deudor que se sometiere a la forma aplazada de exoneración de deudas a través del plan de pagos "deberá presentar una propuesta". De la redacción de la norma entendemos que será el deudor el responsable, de manera personal, de la elaboración y presentación de una propuesta de plan de pagos, que en la medida que cumpla parámetros que no estando especificados en la disposición, habrá de ser aprobada por el juez en el plazo de diez días si estima que puede ser aprobada en la forma de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas.

De acuerdo a lo que ya hemos planteado, el sometimiento a cierto tipo de deudores a un plan de pagos se encontraría justificado en la medida que tales deudores puedan hacer frente a las obligaciones asumidas en el mismo. En este contexto, se ha manifestado<sup>1066</sup> que no existiría en la regulación concursal una exigencia de que el plan de pagos deba tener su apoyo en elementos objetivos que permitan considerar posible o, cuando menos, probable su cumplimiento. Ahora bien, ¿cómo lograr este objetivo?

Es destacable que en el modelo inglés de insolvencia de personas físicas el acotamiento del plazo de plan de pagos hasta un alivio de la deuda residual no necesariamente va acompañado de una pérdida para los acreedores<sup>1067</sup>, toda vez que según el artículo 300 de la *Insolvency Act* inglesa, el deudor también podrá estar sujeto a una obligación de pago que vaya más allá del otorgamiento rápido del alivio después de un año, en la medida que sus circunstancias generales lo permitan.

De lo anterior es posible apreciar que aunque el modelo inglés establece una fórmula de otorgamiento del alivio de la deuda disminuido en el tiempo, en los casos en que las circunstancias particulares del deudor lo permitan, el aplazamiento de la exoneración que originariamente era reducida podrá aumentar de manera tal de posibilitar una mayor satisfacción a los acreedores.

Por otro lado, se ha constatado<sup>1068</sup> que incluso aunque los planes sean razonables al principio, muchos factores pueden cambiar en los periodos de pagos requeridos formalmente por la normativa. En este caso, si la situación financiera del deudor se

---

claridad y exhaustividad en las obligaciones del deudor y, por tanto, en las situaciones de denegación que podrían hacer valer los acreedores—, importaría una mayor aceptación del procedimiento si el periodo de buena conducta, incluso, se acortara.

<sup>1066</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 266.

<sup>1067</sup> HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 222.

<sup>1068</sup> INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 314.

deteriora de forma inesperada, el deudor probablemente será incapaz de realizar los pagos requeridos por el plan sin un sacrificio excesivo; por el contrario, si la situación financiera del deudor mejora notablemente, los acreedores podrían tener un interés legítimo en compartir esta mejora, dado que es probable que sus derechos de ejecutar los bienes del deudor hayan quedado restringidos por efecto del plan.

Aunque referido a los requisitos de acceso al procedimiento, ya hemos destacado que el modelo estadounidense contempla la posibilidad de que los deudores puedan escapar a la presunción automática de abuso del *means test* con fundamento en un cambio significativo de sus circunstancias de vida bajo la sección 707(b)(2)(B)(i) del *Bankruptcy Code*. Aunque la jurisprudencia está dividida en torno a la interpretación de la expresión "especiales circunstancias", desde una moderada que otorga al deudor márgenes para escapar de la presunción de abuso a través de la utilización de expresiones como circunstancias "fuera de las ordinarias" o "sin razonable alternativa" que también utiliza el *Code*, a una restringida<sup>1069</sup> que comprende expresiones como "extraordinarias circunstancias", "más allá del control razonable del deudor", "imprevistas", "inevitables"<sup>1070</sup>; y aunque la postura mayoritaria de los tribunales es la restringida, que hace muy difícil la prueba de las circunstancias especiales que permitan al deudor escapar de la presunción de abuso; se ha criticado tal interpretación restringida, toda vez que expresiones como "extraordinarias circunstancias" no estarían presente en el texto expreso de la sección 707(b)(2)(B), ni lo habría estado a lo largo de la historia de la ley, instando a una interpretación moderada de la expresión "especiales circunstancias" atendido al carácter protector de la sección otorgado por el Congreso en función de su objetivo<sup>1071</sup>.

### **5.3. Propuesta de una etapa de rehabilitación para la LC.**

De acuerdo a lo que venimos plantando, es posible apreciar la importancia de una evaluación de las circunstancias particulares del deudor para efectos de delimitar un plazo de duración de la etapa de rehabilitación. Entendemos que, aunque no

---

<sup>1069</sup> PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., pp. 996 a 1000. Expresa que algunas cortes consideran "[...] if [debtor] can show that he lacks a "meaningful ability to repay" creditors in light of documented income or expense adjustments, not reflected in the means test formula, that would result in an economic unfairness to the debtor if not considered by the court when determining the debtor's disposable income.", agregando que "Other courts, however, have held that the provision must be construed strictly and that only the most exceptional of events or situations will require that the court modify the current monthly income or expense figures of the means test."

<sup>1070</sup> COHEN-KURZROCK (2015) "It's not abusive...", cit., p. 1212.

<sup>1071</sup> Así, PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., p. 997.

expresamente, así lo comprendería alguna doctrina<sup>1072</sup> al estimar que en ocasiones los planes de pago serían factibles, no siendo comprensible que se proceda a la liquidación de bienes cuando existe opciones viables de reestructuración. De igual forma, aunque no de manera expresa, en relación a la exoneración definitiva en caso de incumplimiento parcial del plan de pagos del párrafo segundo del artículo 178 bis.8, se ha señalado<sup>1073</sup> que en la evaluación que debe efectuar el juez a la hora de dar por cumplidos los requisitos de pagos mínimos vinculados a los ingresos del deudor que establece la norma, habría de valorar las posibilidades que el deudor ha tenido de incorporarse al mercado laboral, el rechazo de ofertas de empleo, la situación personal y familiar, su comportamiento patrimonial, si ha ocultado ingresos actuando en la economía sumergida o a través de testaferros; esto es, y entendemos, un cúmulo de circunstancias que constituyen sus circunstancias particulares de vida. En igual sentido, las conclusiones de la Unificación de Criterios Interpretativos en torno a la exoneración de la deuda residual de 2016<sup>1074</sup> han dado cuenta de que para el caso de exoneración definitiva sin cumplimiento íntegro del plan de pagos del artículo 178 bis 8, párrafo segundo, además de los requisitos señalados en dicho precepto, habrá de atenderse a las circunstancias del caso para su concesión. Por su parte, ya de manera más concreta, se ha manifestado<sup>1075</sup> que con el texto original de la PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, artículo 19, el plan de pagos debe diseñarse en función de las circunstancias particulares del deudor.

Considerando lo anterior, no compartimos la opinión<sup>1076</sup> de que la falta de consideración en la LC de la posibilidad de modificación del plan de pagos en atención a una variación de la situación económica del deudor se deba a que la misma ley exigiría el cumplimiento de todos los créditos contra la masa, privilegiados y, en su caso, parte de los ordinarios, para el otorgamientos de una exoneración definitiva en la

---

<sup>1072</sup> BASTANTE (2016) "La doctrina...", cit., p. 240. La misma idea es reiterada en p. 244 al expresar que "El deudor sobreendeudado de buena fe merece una segunda oportunidad para cumplir sus compromisos contractuales, si ello le permite, claro está, afrontar su situación de insolvencia.". De igual manera, BASTANTE, Víctor (2016) "La necesaria configuración de un "plan de pagos forzoso ex ante" a favor del consumidor insolvente, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 24, Editorial Wolter Klowers, p. 6 (Smarteca).

<sup>1073</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 59; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 21; CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 154.

<sup>1074</sup> UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016) cit., p. 3.

<sup>1075</sup> CUENA (2016) "La propuesta..."

<sup>1076</sup> Para LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 191, "[...] la consecución de un resultado concreto relega a un plano irrelevante algunos aspectos considerados esenciales en otros ordenamientos. En principio, resulta, por ejemplo, indiferente que el deudor trabaje o que realice una búsqueda activa de empleo[...]"

forma aplazada del plan de pagos del apartado 6. Ello puesto que, como veremos más adelante, estimamos que la causa de esta falta de consideración habría sido más bien una mala práctica regulativa del legislador que una falta de necesidad, y porque en una evaluación solo de la "situación económica del deudor", en nuestro concepto no existiría una evaluación de todas y cada una de las circunstancias particulares del deudor. La misma crítica podemos efectuar respecto de que la PROPUESTA DE DIRECTIVA de 2016, artículo 19, puesto que aunque inicialmente consideraba la posibilidad de que la condonación total de la deuda estuviese supeditada a un reembolso parcial de la deuda, garantizando que la correspondiente obligación de reembolso se basara en la "situación individual del deudor" y fuera proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación, el Texto Transaccional aprobado en 2018 ahora establece que la correspondiente obligación de satisfacción mínima "en particular sea proporcionada a los activos y a la renta embargable o disponible del [deudor] durante el plazo de condonación"; circunstancias que, en la práctica, solo se circunscriben al contenido de una evaluación meramente técnica y económica del deudor.

A modo ejemplo, en el modelo estadounidense, ante la posibilidad de que el *trustee* pueda objetar el resultado del test cuando la totalidad de las circunstancias de la situación financieras del deudor demostrara un abuso<sup>1077</sup> del procedimiento concursal<sup>1078</sup> de acuerdo a la sección 707(b)(3) —a pesar de que el deudor haya logrado evadir la presunción de abuso a través de la demostración de especiales circunstancias—, la doctrina ha señalado que los tribunales, a la hora de limitar el acceso al Capítulo 7 y su consecuente *discharge*, deberían considerar cualquiera otra circunstancia actual y financiera del deudor, no solo limitándose a la capacidad de pago, esto es al uso del *means test* como exclusiva forma de identificación de abuso<sup>1079</sup>.

Ahora bien, aunque una adecuada regulación de la asesoría de deuda integral y social facilita la averiguación de las circunstancias particulares del deudor al inicio del

---

<sup>1077</sup> CULHANE y WHITE (2005) "Catching can-pay...", cit., p. 666. MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 451. TABB y MCCLELLAND (2007) "Living with...", cit., p. 500. LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 108, expresan que "*If the debtor passes the means test or is able to rebut the presumption, abuse can be found based on a finding that the petition was filed in bad faith or that, under the totality of the circumstances the, 'debtor's financial situation demonstrates abuse.'*"

<sup>1078</sup> BERTLETT (2008) "Decoding...", cit., p. 100.

<sup>1079</sup> LANDRY (2009) "The means test...", cit., p. 267, señala que los tribunales deberían observar circunstancias vinculadas a los ingresos mensuales actuales del deudor, descuentos que son necesarios y razonables, pagos asegurados posteriores a la solicitud, y la capacidad del deudor para utilizar propiedad exenta del concurso. MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 451, señala que los mismos test utilizados para determinar el ámbito de aplicación de la expresión *substantial abuse* previo a la BAPCPA, son utilizados por los jueces para delimitar el alcance del test de todas las circunstancias.

procedimiento concursal, ello solo permitiría discriminar a los deudores con o sin capacidad de pago para efecto de serle o no aplicable un periodo de buena conducta determinado. De esta forma, la asesoría integral, social y continua de la forma en la que hemos descrito, se hace necesaria para poder constatar en el transcurso del procedimiento concursal, llegado un plazo determinado, si las circunstancias del deudor le permitirían continuar por un periodo de tiempo efectuando pagos a los acreedores, o no. La evaluación de las circunstancias particulares del deudor, de acuerdo a lo que ya hemos argumentados, necesariamente deberá contemplar una análisis no solo de sus recursos actuales y futuros, sino de las circunstancias de vida, físicas, psíquicas, de capital humano, culturales, sociales, familiares, etc.<sup>1080</sup>

La cuestión que surge a partir de lo anterior es, ¿qué plazo determinado será adecuado para efectuar un análisis de las circunstancias del deudor de manera tal de constatar la posibilidad de ampliar el aplazamiento de la exoneración?, y de ello, ¿hasta qué punto será adecuado este aplazamiento?.

El Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales<sup>1081</sup> expresa que la práctica de muchos países sugiere que los planes de pagos de más de tres años producen más fracasos que éxitos, y además, que la evidencia y la información anecdótica generalizada, sin embargo, indican consistentemente que existe una relación inversa entre la duración del plan de pagos y su éxito, para finalizar señalando que especialmente, en los países en desarrollo, con economías caracterizadas por altos niveles de volatilidad e incertidumbre, las cambiantes condiciones económicas pueden hacer poco menos que imposible una planificación exitosa, incluso para un corto período de tiempo. Se ha indicado<sup>1082</sup>, aunque sin presentar una justificación argumentativa y sin distinguir entre tipos de deudores, que aunque el establecimiento de un período de buena conducta posterior a la conclusión del concurso es acertado, su duración es excesiva, ya que cinco años es un plazo elevado, siendo más razonable un plazo de tres años. Por el contrario, partiendo de la idea de que la LC establece una determinada deuda no exonerable y ordena su pago para la obtención de la exoneración, se entiende<sup>1083</sup> que sería beneficioso un término de duración prolongado del plan de pagos, toda vez que mientras más plazo

---

<sup>1080</sup> Ver apartados 2 y 4, Sección 3ª, Parte Segunda.

<sup>1081</sup> GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., pp. 298 y 299.

<sup>1082</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 13.

<sup>1083</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., pp. 239 y 240.

tenga el deudor menos cantidad de deuda no exonerable asumirá en cada uno de los pagos pactados.

Aunque el mismo Informe del Banco Mundial expresa que existe un elemento positivo en la idea de adoptar una aproximación basada en una escala móvil que imponga un plazo más largo para los deudores que no pueden hacer pagos significativos y uno más corto para los deudores que realicen pagos importantes en la forma de recompensa o incentivo<sup>1084</sup>, creemos que tal fórmula tampoco respondería de manera adecuada a la finalidad de dar satisfacción a los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita. En efecto, coincidente tal método con una forma atenuada de la fórmula automática de delimitación del plazo de duración del plan de pagos, mientras que para ciertos deudores, aquellos que cuenten con gran capacidad de pago, efectivamente sería beneficioso un término de duración menor del plan de pagos toda vez que de manera rápida podrían dar cumplimiento a sus obligaciones de pago, sin que pudiere reprocharse un eventual abuso del procedimiento al tener que dar cumplimiento de manera óptima a las obligaciones contempladas en el plan; para otros deudores, aquellos que no cuenten con una gran capacidad de pago, se constituiría en una limitación al derecho al alivio oportuno.

Abogamos por tanto por una fórmula en la que si bien se cuenta con un plazo de duración reducida del plan de pagos de dos años para los deudores que cuenten con capacidad de pago tras una adecuada evaluación de sus circunstancias particulares al inicio del procedimiento concursal; para los deudores que al cabo del plazo de dos años una adecuada evaluación de sus circunstancias particulares permita comprender que tienen capacidad de pago para continuar efectuando pagos a sus acreedores, sea ampliado el aplazamiento de la exoneración por un término determinado de manera particular por el juez atendido a las circunstancias particulares del deudor, el cual en todo caso no podrá exceder de dos años<sup>1085</sup>.

---

<sup>1084</sup> GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", cit., p. 299.

<sup>1085</sup> Ello se encontraría en armonía con lo estimado por LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 14, para quien "La Propuesta [de Directiva original óptó], a semejanza de las leyes alemana y portuguesa, por no exigir al deudor honesto más de lo que puede dar. [En tal contexto de redacción original] Ello obligará a valorar la actitud del deudor, pero también las variaciones de su situación personal, por lo que debería preverse la modificación del plan de pagos tanto si la situación del deudor mejora como si empeora. Parece lógico que si las previsiones del deudor empeoran, sea él quien lo ponga en conocimiento de la autoridad correspondiente, a fin de poder beneficiarse de una adaptación del plan, o, incluso, de una anticipada concesión del beneficio. Si, por el contrario, mejoran, serán los acreedores los encargados de comunicarlo al juez, porque de ello puede depender que el plan se adapte en beneficio de sus créditos."

Tal fórmula respondería de manera eficiente al interés de pago de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita en las circunstancias particulares del deudor persona física. En efecto, y en desacuerdo con lo que se ha estimado<sup>1086</sup>, desde una evaluación de proporcionalidad, comprendemos que la fórmula con plazos breves y condicionados a la capacidad de pago del deudor en función de todas y cada una de sus circunstancias particulares, posibilitaría que un grado de afectación determinado en el derecho al alivio del deudor en el procedimiento concursal, para el logro del objetivo de satisfacción de los acreedores y por tanto la promoción de su derecho de propiedad, no sea elevado; o desde otro ángulo, que la promoción del derecho de propiedad de los acreedores en el procedimiento concursal a través del aplazamiento de la exoneración en la medida que las circunstancias particulares del deudor lo permitan, no cause un grado de injerencia alta en el derecho al alivio del deudor persona física.

## **6. Otras cuestiones que debieren considerarse en la adecuada regulación de un periodo de rehabilitación para el deudor en la LC.**

### **6.2. Facultad del deudor de presentar convenio en los términos que sus circunstancias lo permitan. Innecesariedad de un porcentaje de satisfacción mínima en el periodo de rehabilitación.**

La norma del párrafo segundo artículo 178 bis.6 establece que el deudor que se sometiere a la forma aplazada de exoneración de deudas a través del plan de pagos "deberá presentar una propuesta". De la redacción de la norma entendemos que será el deudor el responsable, de manera personal, de la elaboración y presentación de una propuesta de plan de pagos<sup>1087</sup>, la cual deberá ser aprobada por el juez en el plazo de diez días que señala la norma<sup>1088</sup>, en la medida que cumpla parámetros que, no estando especificados en la disposición, lleven al juez a considerar que puede ser aprobada en la forma de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas.

Apreciamos que la norma no establece la regulación aplicable para la propuesta de plan de pagos que deberá cumplir el deudor en el plazo de cinco años. Por otro lado,

---

<sup>1086</sup> MOLINA (2019) "La propuesta...", cit., p. 117, se manifiesta de acuerdo en que el término de duración del plan de pagos en la actual regulación de la LC sea de cinco años.

<sup>1087</sup> FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 266 y 267, establece ciertos parámetros vinculados a los bienes que el deudor podría tener en consideración a la hora de la elaboración del plan.

<sup>1088</sup> Coincidimos con CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 7, en que en la solicitud el deudor deberá presentar la propuesta del plan de pagos.



y tal como señalamos previamente<sup>1089</sup>, en nuestra concepción la norma del párrafo segundo del artículo 178 bis.8, para la concesión de la exoneración definitiva exige que el deudor destine un porcentaje de sus ingresos al pago de los acreedores, el cual, aunque no dispuesto de manera automática, tiene la naturaleza de porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores y, por tanto, una naturaleza compensatoria.

Considerando lo anterior, si comprendemos que fuera de los casos de deudores sin capacidad de pago se encuentra justificado un periodo de rehabilitación en la forma que previamente la hemos establecido, nos surge la duda en torno a si sería o no adecuado que en este último caso el cumplimiento de plan de pagos determinado deba necesariamente comprenderse a partir de un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores.

Podríamos estimar que para la falta de señalamiento de la regulación del contenido del plan de pagos del periodo de buena conducta del apartado 6 son aplicables las reglas generales, esto es, las reglas de la fase de convenio<sup>1090</sup>. Sin embargo, apreciamos que tales reglas contemplan importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes, principalmente para el deudor<sup>1091</sup> en torno a cuotas de cumplimiento mínimo que deberá llevar a cabo en función de las opciones de aprobación del plan, quitas mínimas y esperas<sup>1092</sup>, así como a la falta de consideración en la LC de la posibilidad de que el juez pueda suplir la voluntad de los acreedores a efectos de dar por aprobado un plan de pagos determinado. En la gran mayoría de casos en que el deudor llegue a esta fase de exoneración por la vía de los cinco años del plan de pagos, habiendo ya pasado por una infructuosa fase de convenio —sea por incumplimiento o por falta de acuerdo—, o habiendo pasado por fase de liquidación, y

---

<sup>1089</sup> Apartado I.2.3., Sección 1ª, Parte Tercera.

<sup>1090</sup> Esta parece ser la idea de SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 239.

<sup>1091</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 137, criticaba que el sistema de quitas y esperas configurado a través de la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos consagrado por la LAE, limite la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de lograr un acuerdo, lo cual, según indica, ya había sido denunciado por el Consejo General del Poder Judicial respecto de los límites a la quita y espera al convenio concursal, "[...] calificándola de "excesivamente restrictiva de la propia libertad de los intereses en la negociación de la propuesta de convenio, debiéndose disponer una mayor libertad en esta materia, disponiéndose, en cualquier caso, las necesarias excepciones fundadas en razones de orden público y protección de terceros"".

<sup>1092</sup> ROJO, Angel (2002) "El contenido esencial del convenio", en *Anales (Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil)*, Nº 5, p. 22 <http://portal.uam.es/portal/page...> expresa en torno al contenido del convenio concursal que "se trata de una muy discutible opción de política legislativa que condena irremediablemente a la liquidación de la masa activa a muchos concursados que, hasta ahora, podrían conseguir de los acreedores, con mayor o menos dificultad, convenios que superaban ampliamente dichos límites o convenios de liquidación directa (esto es, convenios dirigidos específicamente a la liquidación) o indirecta (es decir, convenios de conservación con cláusula de conversión en convenios de liquidación)."

tras haberse liquidado todos sus bienes, o ante insuficiencia de masa activa, no tenga recursos actuales o perspectivas futuras de ingresos, los límites que las normas contemplan se traspasarán a las posibilidades de obtener un alivio a través del cumplimiento del plan, al limitar, primero el contenido del mismo, y segundo, su cumplimiento una vez aprobado por el juez. En este contexto, se ha estimado<sup>1093</sup>, incluso con anterioridad a la regulación del AEP, que la legislación debería favorecer la vía consensuada, estableciendo mayor flexibilidad en las mayorías exigidas en junta de acreedores con el fin de propiciar un itinerario consensuado de pagos.

Tal circunstancia, en línea con lo que se ha criticado ya desde el inicio de la regulación concursal de persona física instaurada por la LC a partir de la LAE, y en contradicción con el objetivo de fomento de las soluciones amigables que la misma ley pretendía incorporar en la normativa concursal a través del AEP, desincentiva las posibilidades de salida amigable de la crisis del deudor y limitan o impiden su eventual recuperación<sup>1094</sup>.

Ante ello, encontrándose en esta fase de exoneración, siendo el objetivo de la moderna regulación del procedimiento concursal el alivio del deudor, constituyéndose en herramienta de *última ratio* para obtener una solución al problema subyacente a la insolvencia, y conociendo las posibilidades o viabilidad de pago del deudor, los límites de la regla general no debieron ser aplicables. Por el contrario, consideramos que una interpretación en armonía con las justificaciones antes señaladas debiere comprender que tras la expresión "en los términos en que hubiera sido presentado" subyace una facultad para el deudor de presentar el convenio que sus circunstancias particulares, posibilidades reales, presentes y futuras, le permitan cumplir.

De tal interpretación deriva que en nuestra propuesta de periodo de rehabilitación no debe contemplarse un porcentaje de satisfacción mínimo de créditos en beneficio de los acreedores determinado específica y automáticamente<sup>1095</sup>, ni aunque tal porcentaje, como lo hace actualmente la LC, estuviere vinculado a los ingresos efectivos del deudor a lo largo del plazo del plan de pagos<sup>1096</sup>. Lo contrario, en

---

<sup>1093</sup> ÁLVAREZ VEGA (2010) *La protección...*, cit., p. 537.

<sup>1094</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 137.

<sup>1095</sup> Concordante con nosotros, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 8.

<sup>1096</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 60, expresa que "Si [con la regulación actual] lo que se quería era que finalmente los jueces valoraran la conducta del deudor que incumple el plan de pagos, atendiendo a circunstancias indefinidas legalmente, habría sido más sencillo prescindir de los umbrales de ingresos destinados al abono del mismo". FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 270, incluso considera que "Dado que la aprobación del beneficio provisional de exoneración de pasivos concursales se realiza en el trámite de conclusión del concurso no debe exigirse al deudor que en el plan

contraposición a alguna doctrina<sup>1097</sup>, significaría una injustificada limitación al derecho al alivio del deudor contenido en el principio del fresh start.

Si tenemos esto en cuenta, y si agregamos que en tal labor sería esencial una adecuada asesoría integral y social de la deuda, entonces ello posibilitaría que un plan de rehabilitación, bajo la visión del legislador como forma de compensar a los acreedores, en última instancia, sí tenga un efecto positivo y no solo se constituya, como sucede con la actual regulación, en una herramienta inofensiva para el logro del propio objetivo de su configuración, inútil y por tanto injustificada.

### **6.3. Facultad del juez de reemplazar la voluntad de los acreedores en la aprobación del plan de rehabilitación.**

La norma del párrafo segundo artículo 178 bis.6 establece que la propuesta de plan de pagos presentada por el deudor deberá ser aprobada por el juez en el plazo de diez días que señala la norma, en la medida que cumpla parámetros que, no estando especificados en la disposición, lleven al juez a considerar que puede ser aprobada en la forma de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas.

Entendemos que, en armonía con la interpretación que en el apartado anterior hemos planteado, en esta norma existe inmersa una facultad para que el juez reemplace el consentimiento de los acreedores para la aprobación del plan<sup>1098</sup>. Ello puesto que, apreciado el tenor literal de la disposición, la misma no plantea la facultad del juez para aprobar o no el plan, sino que plantea que será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado "o con las modificaciones que estime pertinente".

Entendemos que bajo tales expresiones se encuentra presente la posibilidad de reemplazar la voluntad de los acreedores y, en tal sentido y en armonía con el cumplimiento del principio del fresh start, no solo podrá, sino que deberá utilizar esta facultad para establecer todas las modificaciones que considere pertinentes. Ahora bien, surge la duda de ¿cuál será el criterio que permita determinar estas modificaciones pertinentes?, ¿pertinentes para qué?, ¿o para quién?. Aunque no refiriéndose a una facultad inmersa en la norma del juez para reemplazar la voluntad de los acreedores en

---

de pagos cumpla con los criterios u orden de pago concursal, podrá establecer en el plan una propuesta que altere las reglas [que articulan el orden de pago de los créditos]"

<sup>1097</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 191, para quien la actual regulación de la LC a través de esta posibilidad es positiva para el deudor. En contra, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p.257.

<sup>1098</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p 269 no vislumbra esta posibilidad.

orden a la aprobación del plan de pagos, se ha señalado<sup>1099</sup> que el tenor literal del precepto no establece ningún criterio sobre el particular, si bien se ha apuntado que las modificaciones deberían tender a garantizar que los créditos serán efectivamente pagados.

Para responder a esta pregunta, el juez deberá considerar la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física y el principio del fresh start que la rige, el cual impone la obligación de otorgar alivio al deudor respetando los intereses de los acreedores en la medida que el principio lo permita. De esta forma, será imperioso que, considerando las circunstancias particulares del deudor, evalúe la propuesta en función de las mismas, y desde este ángulo establezca todas aquellas modificaciones que sean precisas para que el deudor, de acuerdo a sus posibilidades reales, lleve a cabo el cumplimiento de un plan que le permita, con las limitaciones que hemos planteado en torno a la duración de una adecuada etapa de rehabilitación, lograr un alivio de manera efectiva y rápida.

## **SECCIÓN 2ª. LAS EXCEPCIONES A LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL COMO LÍMITE AL ALIVIO DEL DEUDOR EN LA LC.**

### **I. ADECUADA DELIMITACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL COMO LÍMITE AL ALIVIO DEL DEUDOR.**

#### **1. La delimitación de las obligaciones "(no) descargables" en la LC.**

La norma del artículo 178 bis.5 establece el alcance de la exoneración de deudas respecto de pasivo del deudor persona física, expresando que "la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos", mencionando los créditos ordinarios y subordinados, salvo los créditos de derecho público y por alimentos, y la parte de los créditos garantizados que no hubiese podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo quedara incluida en una categoría distinta según su naturaleza.

De acuerdo a la redacción de la disposición, podría entenderse que la norma, además del alcance de la exoneración, viene a establecer un conjunto de obligaciones

---

<sup>1099</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 242.

respecto de las cuales no operará el efecto de la descarga de la deuda, esto es, una serie de obligaciones que serán consideradas como no exonerables en la fase de exoneración de deudas propiamente tal. En esta interpretación, la norma establecería una variedad de obligaciones que el legislador ha entendido no exonerables a través de la descarga de deudas en el modelo español. Tales obligaciones, serán todas aquellas respecto de las que no alcanzarían los efectos de la exoneración, y que de acuerdo a la redacción de la disposición, serían todas aquellas obligaciones que correspondieren a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios, subordinados y garantizados del artículo 90.1; a saber, los créditos contra la masa, créditos privilegiados, parte de los créditos garantizados cubiertos por el valor de la garantía, créditos de derecho público y créditos por alimentos<sup>1100</sup>. En esta interpretación, resulta que todo el crédito respecto del cual no se declara expresamente la exoneración será no exonerable.

Así las cosas, en la interpretación anterior es posible apreciar un subyacente requisito de declaración de exonerabilidad de las deudas que el ordenamiento pretendería descargar, alcanzando los efectos de la descarga solo a aquellas deudas respecto de las cuales, expresamente, se hubiera establecido su exonerabilidad<sup>1101</sup>. Ello explica que la redacción de la disposición aluda a que la exoneración "se extenderá" a ciertos y determinados créditos que la norma especifica. En esta interpretación, la visión es que no todas las deudas son exonerables, sino que solo aquellas respecto de las cuales se ha determinado o autorizado expresamente su exonerabilidad. Ello además explicaría que todas las deudas que no fuesen declaradas expresamente exonerables fuesen consideradas como no exonerables, razón por la cual los efectos de la descarga de la deuda no les alcanzarían.

Atendido la literalidad del apartado 5, si bien la doctrina<sup>1102</sup> ha entendido que las obligaciones que se entienden no exonerables dependen de cada una de las formas de exoneración contempladas por el artículo 178 bis; lo cierto es que de acuerdo a nuestra interpretación, la norma del apartado 5 del artículo 178 bis contempla el efecto de la exoneración de deudas tanto para la forma de obtención a través del pago de un umbral

---

<sup>1100</sup> En tal interpretación, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 215.

<sup>1101</sup> Comprendemos que, aunque no lo declara expresamente, esta concepción sería la que llevaría a la UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 6, a establecer que "Los autos de exoneración provisional o definitiva, deberán señalar expresamente a qué créditos alcanza la declaración de exoneración y qué créditos no resultan exonerados."

<sup>1102</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 46; CUENA (2017) "Crédito público...", cit., pp. 2 y 3; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., pp. 214 y 215; CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 124.

de pasivo mínimo del número 4º del apartado 3, como para la forma a través del plan de pagos del número 5º del apartado 3. Así las cosas, en la visión previamente descrita, tanto las obligaciones que la disposición declara exonerables, como las obligaciones que de la disposición puede comprenderse como no exonerables, son aplicables a ambas formas de exoneración.

Ahora bien, dejando de lado la anterior cuestión —a la que ya nos hemos referido previamente<sup>1103</sup>—, comprendemos que tras la interpretación explicada existen dos cuestiones a las que es preciso poner atención: la primera, en la visión del legislador es necesario declarar las deudas respecto de las cuales operarán los efectos de la exoneración; y segunda, que las deudas respecto de las cuales no se ha declarado expresamente su exoneración son entendidas como no exonerables. En efecto, desde la base de entendimiento de que la norma del apartado 5 establecería el alcance de la exoneración en función de la determinación precisa de las deudas que sí se exonerarán, se ha entendido, comprendemos de manera adecuada, que las deudas a las que la disposición del apartado 5 se refiere, han de ser estimadas como no exonerables. Sin perjuicio de ello, la problemática estriba en que, de acuerdo a lo que explicaremos, una deuda no exonerable no es precisamente sinónimo de deudas exceptuada de la descarga.

Las cuestiones antes descritas pudiere parecer que no tienen mayor trascendencia en el procedimiento concursal de la persona física, desde que sea a través de una delimitación de las deudas que serán exonerables, sea a través de una delimitación de las deudas que no lo serán, el efecto al final sería el mismo, esto es, que el deudor alcanzaría una exoneración de la deuda limitada a ciertas y determinadas obligaciones. No obstante, y como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, si bien en principio una redacción normativa pudiere parecer inofensiva para el interés de alivio del deudor, lo cierto es que tras esta visión se esconde un trato desfavorable y represivo del interés de alivio del deudor persona física.

Para dar explicación de lo anterior, comenzaremos introduciendo una pregunta concreta, la cual esperamos nos ayude de guía en las siguientes disquisiciones; a saber, desde el punto de vista del principio del fresh start, ¿se justifica una limitación de los efectos de la descarga de la deuda respecto de ciertas y determinadas obligaciones del deudor?, o desde otro punto de vista, y en la visión de la LC, ¿se justifica una delimitación de las obligaciones que serán exoneradas?, pregunta esta última que bien

---

<sup>1103</sup> Apartado I.2.4., Sección 1ª, Parte Tercera.

puede traducirse en, ¿se justifica una limitación de los efectos de la descarga a ciertas y determinadas obligaciones?. Aunque pudieren ambas cuestiones parecer iguales, lo cierto es que mientras la primera se refiere a una limitación de los efectos de la exoneración para ciertas y determinadas obligaciones, dando cuenta de una delimitación de las obligaciones que no serán exoneradas, y por tanto, restringiendo las obligaciones que podrán beneficiarse con el efecto de la exoneración; la segunda se refiere a una limitación de la exoneración de manera general, toda vez que da cuenta de una limitación de los efectos de la descarga solo a ciertas y determinadas obligaciones, restringiendo por tanto su ámbito de aplicación.

La cuestión entonces se traduce en dilucidar si se justifica o no desde el punto de vista del principio del fresh start una restricción del ámbito de aplicación de la descarga de la deuda residual. Para responder a lo anterior, será preciso tener en cuenta una adecuada comprensión de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda.

## **2. Justificaciones de una excepción a la descarga de la deuda residual.**

Para una mayor comprensión de la cuestión anterior y de los efectos que de la problemática se suscitan, debemos previamente efectuar algunas precisiones en torno a lo que entenderemos como elementos y/o requisitos de una excepción a la descarga de la deuda residual.

De acuerdo a la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, los procedimientos concursales deben otorgar alivio al deudor persona natural. Comprendiendo que según al principio del fresh start, la descarga de la deuda residual es una de las herramientas destinadas al logro del objetivo de otorgar un real o efectivo alivio al deudor, para responder a este objetivo, ha de contemplar los más amplios alcances<sup>1104</sup>, de manera tal de que, en principio, todas las obligaciones del deudor de buena fe sean descargadas en el procedimiento concursal<sup>1105</sup>. Ello a su turno se constituye en una consecuencia de los fundamentos del principio del fresh start, los cuales, como hemos podido apreciar en la primera parte de este trabajo, se encuentran en un derecho fundamental y derechos humanos inherentes a la dignidad humana y que posibilitan el logro del libre desarrollo de la personalidad del individuo.

---

<sup>1104</sup> En la misma línea, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 123.

<sup>1105</sup> Entendemos que, a contrario sensu, en esta línea se manifestaría CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 46.

Sin perjuicio de lo anterior, entendido que la extinción de las obligaciones del deudor puede tener consecuencias desventajosas en ciertas y determinadas personas, se hace necesario limitar el alcance de los efectos de la exoneración respecto de específicas obligaciones. En efecto, si bien dentro del cúmulo de acreedores de un individuo pueden encontrarse bancos e instituciones financieras, también encontramos a miembros de la familia, hijos, cónyuges, o terceros respecto de quienes una actividad determinada del deudor hubiere ocasionado perjuicios. Aunque todos son acreedores, los efectos de la exoneración en ciertas obligaciones pueden incidir en costos de vida significativos para determinadas personas. Así, limitaciones al principio del fresh start vinculadas al alcance de los efectos de la descarga a determinadas obligaciones en el procedimiento concursal han de obedecer a una especial justificación y finalidad.

La justificación del tratamiento especial de ciertas deudas que no serán descargadas con ocasión del procedimiento concursal responde a la necesidad de otorgar protección a determinados terceros que, sea por su situación de dependencia respecto del deudor<sup>1106</sup>, sea atendido el bien común o por motivos de interés general (como en el caso de una conducta fraudulenta del deudor), tienen interés en que las deudas respectivas de la cuales son acreedores no sean descargadas<sup>1107</sup>.

Sabiendo que hoy en día los procedimientos concursales de la persona natural son caracterizados como de alto contenido y efecto social<sup>1108</sup>, la justificación del tipo de regulación de tratamiento de la insolvencia de la persona natural ya no se encuentra en la protección de la *par conditio creditorum* y los intereses de los acreedores, o incluso del solo interés del deudor<sup>1109</sup>. Por el contrario, la motivación de la regulación ha de sustentarse en la consideración de que el problema de la insolvencia y el sobreendeudamiento no solo afecta al deudor, sino que tiene también efectos en

---

<sup>1106</sup> De acuerdo a ELLIOTT, Ramona (1987) "Section 523(a)(5): the exception from discharge of alimony, maintenance and support obligations", en *Bankr. Dev. J.*, Volumen 4, p. 109, la incorporación de la excepción de la obligación alimenticia en la sección 523(a)(5) en el *Bankruptcy Code* obedece a una necesidad de balancear el deber social del deudor de cumplir continuamente con el soporte de su familia y el objetivo de concurso de la persona física de otorgar un *fresh start* al deudor. Por su parte y en el mismo sentido, FIELDSTON, Kenneth (1993) "Implications of bankruptcy on alimony, maintenance, and support in the second circuit", en *Cardozo Women's L.J.*, Volumen 1, p. 150, nota 6, expresa que "*Bankruptcy law has struggled to find a balance between affording a debtor a fresh start on the one hand and protecting the debtor's family members on the other.*"

<sup>1107</sup> RAVIN y ROSEN (1986) "The dischargeability...", cit., p. 4.

<sup>1108</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 321. FLINT (2012) "Consumer...", cit., p. 336. SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 58. JACOBY (2001) "Collecting debts...", cit., p. 239 e INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 204.

<sup>1109</sup> Ello se colige de lo expresado por FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 173. PAISANT, Gilles (2002) "L'appréciation de l'état d' "insolvabilité" au sens de l'article L. 331-7-1 du code de consommation", en *RTD Com.*, N° 1, p. 173, expresa que "[...] on sait bien que le principe de l'égalité entre les créanciers est ici écarté."



terceros, con alcances sociales<sup>1110</sup>. Tales efectos y alcances, de manera especial y como consecuencia de la prevención de una *negative externalitie*, se reflejan en aquellos que se encuentran o estuvieron en situación de dependencia respecto del deudor<sup>1111</sup>, como los miembros de su familia cercana, o aquellos que con fundamento en el bien común o con ocasión de una conducta de mala fe, negligente o dolosa del deudor, tienen interés en que la obligación respectiva que nace de tales hechos no sea descargada.

A mayor abundamiento, considerándose la completa justificación y comprensión del fresh start como principio rector del procedimiento concursal de la persona natural, se precisa otorgar respuestas a través del sistema concursal a las necesidades actuales del deudor, las cuales no solo se refieren a su bienestar particular, sino que también al de su entorno familiar. Desde estas consideraciones, ciertas excepciones a la exoneración de deudas, deben tener justificación en el tratamiento digno que, atendido su objetivo, el sistema concursal debe otorgar no solo al deudor, sino también a quienes dependen o han dependido de él para una vida o proyección de vida dignas. Otras excepciones que no cumplan tales condiciones no deben ser contempladas en la legislación.

Comprendiendo que la moderna regulación concursal obedece al principio rector del fresh start, con justificación en el carácter social de la regulación, la pretensión de evitar externalidades negativas y la necesidad por otorgar respeto a la dignidad de determinadas personas respecto de quienes, sea por una vinculación directa y de dependencia con el deudor por ser miembros de sus familia, sea por una vinculación indirecta, la incidencia de tales extenralidades tendría como consecuencia circunstancias de vida desmejoradas; ciertas y determinadas excepciones al efecto de la descarga de la deuda cumplen el rol de equilibrar las consecuencias desfavorables que la exoneración podría causar en tales personas en situación de dependencia o vulnerabilidad con motivo de un estado o conducta del deudor que determina su carácter de acreedores; y respecto de quienes las obligaciones específicas no se encuentran por naturaleza garantizadas.

De todo lo anterior es que surge la necesidad de que los procedimientos concursales de la persona física contemplen un conjunto de obligaciones que, respondiendo a tales justificaciones, habrán de escapar al efecto de la descarga de la

---

<sup>1110</sup> ZYWICKI (2000-2001) "Bankruptcy...", cit., p. 395; HUGON (2005) "L'approche...", cit., pp. 13 y 14; LAURIAT y VIGNEAU (2014) *L'insolvenza...*, cit., p. 51. GARRIDO (2014) "Informe del Banco Mundial...", p. 204, expresa que un sistema concursal de personas naturales "[...] sitúa los elementos humanos de los problemas de endeudamiento en el centro del sistema [...]".

<sup>1111</sup> ELLIOTT (1987) "Section 523(a)(5)...", cit., p. 109. FIELDSTON (1993) "Implications...", cit., p. 150, nota al pie N° 6.

deuda; obligaciones que bajo el nombre de excepciones a la descarga de la deuda, se constituirán en estricto rigor en excepciones al efecto propio de la exoneración.

### 3. El carácter expreso de las excepciones a la descarga de la deuda.

Atendido a que el principio del fresh start obliga a otorgar un alivio al deudor para lo cual, en utilización de la herramienta de la descarga de la deuda, han de descargarse en principio todas las obligaciones del deudor, y constituyéndose las obligaciones que escapan al efecto de la exoneración en excepciones al alivio, ello obliga al establecimiento expreso de las obligaciones que se constituirán en excepciones al efecto de la descarga de la deuda residual.

De acuerdo a lo anterior, y siguiendo modelos comparados<sup>1112</sup>, la necesidad de que las excepciones a la descarga de deudas tengan expresa mención<sup>1113</sup> en la ley, obedece precisamente a su naturaleza de excepción al que se constituye en finalidad y principio rector del procedimiento concursal de la persona natural. La necesaria certeza jurídica que deben ostentar tanto acreedores como principalmente el deudor, a quien por esencia este tipo de procedimiento concursal protege, exige que las excepciones al *discharge* se encuentren claramente determinadas<sup>1114</sup>, con objeto de prevenir efectos desfavorables o injustos en sus intereses.

Ante la admisibilidad de una delimitación no expresa de las excepciones al *discharge* y de sus elementos configuradores, y tomando como ejemplo casos de consagración indeterminada de excepciones en el derecho comparado, estimamos que tales efectos desfavorables o injustos tendrían base en una incierta y caprichosa multiplicidad de criterios aplicables por los tribunales para su delimitación<sup>1115</sup>, así como

---

<sup>1112</sup> En el caso de Estados Unidos, las excepciones al *discharge* se contemplan con carácter de *numerus clausus* y expresamente en la sección 523(a) del *Bankruptcy Code*. En el modelo francés las excepciones a la *effacement* de deudas son establecidas en el artículo L.711-4 del *Code de la Consommation*.

<sup>1113</sup> La GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, pp. 334, 335 y 336, recomendación 195, señala que en la medida de lo posible, y por razones de transparencia y previsibilidad, convendría enunciar claramente en el régimen los tipos de deudas que no podrán ser objeto de exoneración.

<sup>1114</sup> MCQUEEN, F. Stewart (2001) "In Re Renshaw: Extensions of Credit by an Educational Institution-Are They Exempt from Discharge under Section 523(A)(8) of the Bankruptcy Code", en *S. C. L. Rev.* Volumen 52, p. 797, expresa que "*Since bankruptcy laws favor dischargeability, it is well-established that exceptions to discharge should be narrowly construed against the creditor and in favor of the debtor.*" *However, courts "can construe the [exceptions] no more narrowly than the language [of the statute] and legislative history allow."*

<sup>1115</sup> A modo de ejemplo, una de las críticas que se plantea al modelo estadounidense en torno a la consagración de la excepción al *discharge* de deudas por créditos estudiantiles se centra en la indeterminada noción del vocablo "*undue hardship*" que como contra excepción contiene la norma de la

en un incorrecto o inadecuado entendimiento del necesario equilibrio que debe existir entre las justificaciones y fundamentos subyacentes a su establecimiento, con los fundamentos y finalidades del procedimiento concursal de la persona física y del principio del fresh start<sup>1116</sup>.

Expresa mención y ajuste a los fundamentos antes descritos son los requisitos que, por tanto, habrá de cumplir las excepciones a la descarga de la deuda. Otras excepciones que no cumplan tales condiciones no deben ser contempladas en la legislación. En esta línea, La Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de UNCITRAL<sup>1117</sup>, recomienda que cuando un régimen de la insolvencia prevea la imposición de condiciones y la exclusión de ciertas deudas de la exoneración, será conveniente que esas condiciones y exclusiones sean mínimas, con objeto de facilitar que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme.

De todo lo anterior es que concluimos que un adecuado entendimiento de la institución comporta que un límite al alivio vinculado a las obligaciones del deudor habrá de recaer solo en el efecto de la descarga de la deuda respecto de ciertas y determinadas obligaciones; obligaciones que habrán de estar delimitadas de manera expresa y específica; con lo cual la labor del legislador habrá de reducirse a establecer

---

sección 523(a)(8). En efecto, los autores están de acuerdo en que la dificultad se encuentra en un problema de interpretación, que se traduce en intuitivas predicciones, abstracta generalización y disparidad de criterios que los tribunales han utilizado a la hora de determinar la descargabilidad de las deudas por créditos estudiantiles en base al test del *undue hardship*, los que no siendo uniformes, contemplan en sus distintas formas de aplicación práctica diversos criterios con multiplicidad de factores que los jueces han utilizado de manera variada; todo lo cual, a su vez, atenta contra el objetivo principal del procedimiento concursal de la persona natural de otorgar un efectivo *discharge* al deudor. SIMKOVIC, Michael (2013) "Risk-based student loans", en *Wash. & Lee L. Rev.*, Volumen 70, p. 613, citando a PARDO, Rafael y LACEY, Michelle (2009) "The real student-loan scandal: undue hardship discharge litigation", en *Am. Bankr. L.J.* Volumen 83, señala que el Profesor Pardo expresa que "[...] *hardship remains in the eye of the beholder: in practice, discharge depends more on the particular bankruptcy judge than on the objectively measurable financial condition of the student debtor.*". BEN-ISHAÏ, Stephanie (2006) "Government student loans, government debts and bankruptcy: a comparative study", en *Can. Bus. L.J.*, Volumen 44, pp. 223, 225 y 241, critica la falta de guías en la regulación para las decisiones judiciales en torno a determinar el ámbito de aplicación de la excepción. Dando cuenta de tales problemas, PARDO, Rafael y LACEY, Michelle (2005) "Undue hardship in the bankruptcy courts: an empirical assessment of the discharge of educational debt", en *U. Cin. L. Rev.*, Volumen 74, p. 480; PARDO y LACEY (2009) "The real...", cit., pp. 184 y 234; PARDO y LACEY (2005) "Undue hardship...", cit., p. 520; ATKINSON, Abbye (2010) "Race, educational loans, & bankruptcy", en *Mich. J. Race & L.*, Volumen 16, pp. 21 y 22.

<sup>1116</sup> SINGER (1997) "Section 523...", cit., p. 331, expresa que "*In determining whether a particular obligation falls within one of the enumerated exceptions to dischargeability, it is universally agreed that the statute should, as a matter of public policy, generally be construed liberally in favor of the debtor and strictly against the objecting creditor.*", de donde podemos colegir que mientras una excepción no se encuentre establecida expresamente en la ley, la interpretación debe ser en pro del deudor, toda vez que, agrega, "*Any other construction would be palpably inconsistent with the "fresh start" principles which lie at the very heart of the entire bankruptcy system.*"

<sup>1117</sup> En tal sentido, la GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, cit., p. 336,

las obligaciones que se encontrarán exceptuadas de la descarga en función de los fundamentos antes esgrimidos, pero bajo ningún término podrá establecer las obligaciones que serán exoneradas, toda vez que ello significa una encubierta restricción injustificada del alcance de la descarga y, por tanto, del alivio del deudor.

#### **4. Las excepciones a la descarga de la deuda en nuestra LC.**

Sentado lo anterior, comprendiendo de manera adecuada la institución de las excepciones a la descarga de la deuda, ¿cuáles son las excepciones que contempla nuestra LC?

Ya hemos dado cuenta que atendido a que la LC consagra solo las excepciones que serán efectivamente exoneradas a través de la descarga de la deuda<sup>1118</sup>, ello influye en que todas las deudas que el legislador no hubiere declarado exonerables podrán ser entendidas, de manera adecuada, como no exonerables.

Ahora bien, comprendiendo que una deuda no exonerable es aquella que no puede ser alcanzada por los efectos de la exoneración de la deuda residual, apreciamos que ello también sucede respecto de las obligaciones que son exceptuadas de la exoneración de deudas, las cuales, como excepciones a la descarga, no pueden ser alcanzadas por los efectos de la misma. De ello es que en principio podríamos comprender que tanto las unas como las otras, en esencia, son lo mismo; y por tanto concretizar señalando que en la visión del legislador las deudas no exonerables son deudas exceptuadas de la descarga de la deuda residual. Para la LC las obligaciones no exonerables son obligaciones exceptuadas de la exoneración; o bien, una obligación no exonerable es sinónimo de obligación exceptuada de la exoneración.

De ello entonces, en la redacción de la LC, todas las obligaciones que la disposición del artículo 178 bis.5 no hubiese declarado expresamente como exonerables, por tanto siendo obligaciones no exonerables, son excepciones a la descarga de la deuda. Así entonces, tenemos que para el legislador español el procedimiento concursal de la persona física contempla como excepciones a la descarga de la deuda a los créditos contra la masa, créditos privilegiados, la parte de los créditos

---

<sup>1118</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 46; CUENA (2017) "Crédito público...", cit., p. 2, expresa que "el pasivo exonerable se determina en función de su clasificación en el concurso". De igual manera, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 123.

garantizados que hubiesen sido cubiertos por la ejecución de la garantía, los créditos de derecho público y créditos por alimentos.

#### **4.1. El problema de la falta de comprensión del legislador de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda.**

Comprendemos que es de gran importancia destacar que a nuestro juicio la interpretación anterior adolece de un error. Para nosotros, el problema subyacente de la interpretación descrita es que, en atención a la redacción del apartado 5, los créditos no mencionados en el número 1º y 2º, con la excepción de los créditos de derecho público y por alimento, los equipara o incorpora a la categoría de créditos que conforman la institución de las excepciones a la exoneración o descarga de las deudas<sup>1119</sup>.

Considerando que en nuestra interpretación el apartado 5 consagra el efecto de la exoneración tanto para la fórmula del número 4º como la del número 5º del apartado 3<sup>1120</sup>; aunque efectivamente en la fórmula de exoneración del número 4º los créditos allí mencionados son no exonerables, el error de interpretación pasa porque este carácter de no exonerable es equiparado a lo que formalmente constituye en naturaleza una excepción a la exoneración o descarga de deudas. Todo ello, además, se estima sin tomar en consideración que, como la norma del número 4º del apartado 3 establece un umbral de satisfacción mínima de los acreedores, tales créditos, obviamente, no pueden ser considerados dentro de los créditos que el apartado 5 declara exonerados, pues tales créditos, en la intención del legislador, deberían ser siempre cubiertos en la fórmula de exoneración directa.

Un crédito no exonerable no lo es solo porque se constituye en una excepción a la descarga de la deuda, o dicho en otros términos, existen diversas formas por las cuales un crédito puede devenir en no exonerable, donde encontramos, solo a modo de ejemplo y sin ánimo de ser excluyentes, las excepciones a la descarga de la deuda

---

<sup>1119</sup> Tal circunstancias es posible de apreciar con mayor claridad en MOLINA (2019) "La propuesta...", cit., p. 116, donde al referirse a los créditos mencionados en la forma de exoneración automática artículo 178 bis.3.4º, estima la necesidad de un debate profundo para concretar la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho especificando eventuales propuestas en base a ejemplos de lo que en estricto rigor son excepciones a la descarga de la deuda; FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 269; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 138. De igual forma, aunque en menor medida, también es posible de colegir tal consideración en RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 12. Por su parte, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 75, expresa que "El deudor durante el periodo de buena conducta, debe intentar abonar las deudas exonerables", lo cual, entendemos, se refiere a deudas que no se encuentran exceptuadas de la descarga, refrendado por la autora en p. 124.

<sup>1120</sup> Ver apartado I.2.4., Sección 1ª, Parte Tercera.

residual o el establecimiento de un porcentaje de satisfacción mínima de créditos en beneficio de los acreedores.

Por otro lado, y además, la interpretación que criticamos no pone atención en que la norma del apartado 6, e incluso la norma del apartado 5, no establecen que los créditos en esta última aludidos indirectamente se constituirán en excepciones a la exoneración de deudas (con la salvedad de los créditos de derecho público y por alimentos); y donde, más aun, ni siquiera son mencionados<sup>1121</sup>. En efecto, ya hemos criticado la incongruencia que significa pretender otorgar alivio al deudor limitando al mismo tiempo el alcance de la exoneración a través del establecimiento expreso de los créditos que sí serán exonerados, en lugar de establecer una limitación del efecto de la exoneración respecto de determinados créditos en atención a especiales fundamentos y justificaciones. La norma parte dando a conocer que su contenido se refiere al efecto de la exoneración de deudas en ciertos créditos, "exceptuando" en todo caso los créditos de derecho público y por alimentos; de lo cual se deduce que los créditos contra la masa, privilegiados y, en su caso, cierta parte de los ordinarios, no se encuentran dentro de la excepción que establece la norma. Reiteramos, tales créditos ni siquiera son mencionados en las disposiciones en comento.

La interpretación anterior bien puede encontrar amparo en la redacción original del artículo 178.2 del Proyecto de la LAE, el cual establecía que la resolución judicial que declarase 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 art. 91.4.º de esta Ley". Aunque la redacción definitiva de la disposición suprimió la excepción de los créditos de derecho público<sup>1122</sup>, es destacable que la redacción original planteaba de manera expresa el carácter excepcional de las deudas de naturaleza pública respecto de la exoneración, sin referirse con tal carácter a los créditos contra la masa y cierto porcentaje de los créditos privilegiados, los cuales, desde la redacción de la norma, debían ser cumplidos en la forma de exoneración; forma que podríamos denominar directa atendido el tenor literal contemplado por la disposición.

Por otro lado y a mayor abundamiento, el hecho de que el legislador pretendiera declarar exonerables solo a los créditos que se encuentran fuera de las categorías de

---

<sup>1121</sup> La misma redacción presenta El PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 151, al referirse al régimen especial de exoneración por aprobación de plan de pagos (art. 496).

<sup>1122</sup> PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 28.

créditos contra la masa y privilegiados no guarda relación alguna con las justificaciones y requisitos que una efectiva excepción a la descarga de la deuda posee. En efecto, la diferenciación que efectúa nuestra LC entre créditos contra la masa y concursales, y a su turno, la clasificación que de esta categoría hace entre créditos privilegiados, ordinarios y subordinados, no tiene otro objetivo más que establecer un orden para el pago de los acreedores en el procedimiento concursal. De allí que tal clasificación se identifica con un auténtico orden o prelación de créditos que deberá seguirse para efectuar el pago a los acreedores<sup>1123</sup>. De acuerdo a lo anterior, la clasificación efectuada por la LC solo tiene valor durante el transcurso del procedimiento concursal y para el especial objetivo de efectuar el reparto del activo concursal entre los acreedores<sup>1124</sup>. Más allá del concurso, tal categorización de créditos no tiene otro objetivo.

De ello es que se entiende que el orden de prelación de créditos establecido en la LC para el pago de los acreedores no responde, ni a la finalidad, objetivos, ni justificaciones de una adecuadamente entendida institución de las excepciones a la descarga de la deuda. En efecto, si se ha estimado<sup>1125</sup> que debido a que la clasificación de créditos únicamente tiene efectos concursales, bien cabría la posibilidad de que llegara a existir un sistema de tutela del crédito con una graduación para el concurso y otra distinta o parcialmente distinta en caso de ejecuciones singulares, agregamos nosotros que bien cabría una completamente diferente delimitación de categorías de créditos que, una vez concluido el concurso y sin afán de graduación, respondan a las justificaciones y requisitos de las excepciones a la descarga de la deuda residual.

Así las cosas, consideramos que el problema esencial en la regulación concursal no es tanto si las excepciones establecidas proceden o no en las fórmulas de exoneración contempladas en el artículo 178 bis, sino más bien, bajo qué justificaciones debemos entender proceden o no ciertas y determinadas excepciones a la descarga de la deuda

---

<sup>1123</sup> Así, ARIAS VARONA, Francisco (2016) "Artículo 89. Clases de créditos", en Pulgar Ezquerra, Juana (directora), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Editorial Wolter Kluwer, p. 1144; CERVERA MARTÍNEZ, Marta (2018) "Los créditos contra la masa", en Campuzano, Ana y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 696.

<sup>1124</sup> PEINADO GRACÍA, Juan I. (2004) "La distribución del riesgo de insolvencia", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 454; ALONSO LEDESMA, Carmen (2004) "Artículo 89", en Pulgar, Juana, Alonso Ureba, Alberto, Alonso Ledesma, Carmen y Alcover Grau, Guillermo (directores), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid: Editorial Dykinson, p. 901; ARIAS (2016) "Artículo 89...", cit., p. 1147; VEIGA, Abel B. (2015) "Par condicio: privilegio, proporcionalidad e igualdad", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 1674 y 1677.

<sup>1125</sup> ARIAS (2016) "Artículo 89...", cit., p. 1147.

residual<sup>1126</sup>. Bajo el entendido de que siendo los créditos contra la masa excepciones al principio de igualdad de trato de los acreedores, que escapan a las reglas del procedimiento concursal<sup>1127</sup>, que suponen una merma de las posibilidades de cobro de los créditos concursales para cuyo reconocimiento y pago se ha abierto precisamente el procedimiento, y que exigen un establecimiento expreso cuando ello sea justificado<sup>1128</sup>; lo que planteamos tiene especial preponderancia, siendo a nuestro entender la clave por la cual pasa la determinación de una regulación concursal de la persona física acorde con el principio del fresh start. En este contexto, se ha señalado<sup>1129</sup> que aunque se esgrime como finalidad común de los créditos contra la masa el hacer posible el procedimiento concursal o como consecuencia del mantenimiento de la actividad empresarial, la inclusión de ciertos créditos dentro de esta categoría obedece a una mera opción de política legislativa que pretende otorgar un tratamiento privilegiado a ciertos acreedores. En efecto, como se ha constatado<sup>1130</sup> y a modo de ejemplo, diversos supuestos de créditos contra la masa no hacen sino ampliar los casos en los cuales la prededucción se emplea como mecanismo para privilegiar al máximo a ciertos acreedores; lo cual a su turno entendemos puede obedecer a una multiplicidad de justificaciones económicas o sociales<sup>1131</sup>, e incluso políticas.

A mayor abundamiento, lo que venimos diciendo es posible de clarificar aún más a través de un ejemplo. Si analizamos la redacción del artículo 47 LC podemos apreciar que la legislación concursal posibilita que el deudor y su familia reciban alimentos "durante la tramitación" del concurso en caso de que se encuentre en estado de necesidad. Tales alimentos serán con cargo a la masa, constituyéndose en créditos contra la masa en función del artículo 84.2.4º LC.

Si analizamos detenidamente esta disposición, nos damos cuenta que la misma consagra lo que la doctrina ha venido denominando una exención al patrimonio

---

<sup>1126</sup> Comprendemos que en la misma línea se manifiesta HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 137.

<sup>1127</sup> ARIAS VARONA, Francisco (2016) "Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa", en Pulgar Ezquerra, Juana (directora), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Editorial Wolter Kluwer, p. 1098, dando cuenta de su carácter extraconcursal.

<sup>1128</sup> Así, CERVERA (2018) "Los créditos...", cit., p. 696.

<sup>1129</sup> HERNÁNDEZ SAINZ (2016) "Los créditos...", cit., pp. 325 y 326.

<sup>1130</sup> CARRASCO PERERA, Ángel (2009) *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 60; ARIAS (2016) "Artículo 84...", cit., p. 1100.

<sup>1131</sup> PEINADO (2004) "La distribución...", cit., p. 455, expresa que como excepciones al principio de *par conditio creditorum*, los privilegios han de ser interpretados en coherencia con el fin de política económica y social que se convierte en política legislativa y hace surgir el privilegio. De igual manera, DIEZ-PICAZO, Luis (1982) "Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores", en AA.VV., *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del derecho concursal*, Madrid: Civitas, nota al pie Nº 43, pp. 293 y 294.



embargable del deudor<sup>1132</sup>, esto es, un conjunto de bienes o recursos que el legislador ha excluido del activo del concurso<sup>1133</sup> por cumplir una función o tener un carácter especial; en este caso, proveer al mantenimiento de las necesidades básicas del deudor y su familia durante el procedimiento concursal. Esta particularidad explicaría que se entendiera<sup>1134</sup> que carecería de sentido regular la prestación de alimentos en el concurso de modo autónomo o independiente del resto del ordenamiento jurídico, como si se tratase de un derecho o expectativa del concursado con cargo a una masa de la que se excluyen, precisamente, aquellos bienes o derechos que permiten el sustento vital del ejecutado y de su familia; donde se vuelve superfluo establecer un derecho de alimentos del concursado cuyo objeto coincide con el establecido para alguno de los bienes declarados inembargables. De acuerdo a nosotros, esto es así debido a que no es que exista en la LC una confluencia de dos vías de sustento diferentes como son la derivada de los bienes inembargables y la prestación de alimentos<sup>1135</sup>, sino que ambas se corresponden a lo que en esencia es lo mismo, exenciones al activo concursal.

Ahora bien, considerando la característica de este tipo especial de crédito contra la masa, podemos apreciar la diferencia con relación a una obligación que se constituye como excepción a la descarga de la deuda. Si bien ambos créditos escapan al efecto de la descarga de la deuda residual, el crédito contra la masa lo hace atendido a que su naturaleza es constitutiva de una exención al embargo y ejecución de bienes del deudor; mientras que el crédito por alimentos lo hace en función de su naturaleza de excepción a la descarga de la deuda residual. El fundamento y finalidad de ambos créditos, si bien en principio similares, son completamente diversos, puesto que mientras el primero busca proveer al mantenimiento de las necesidades básicas del deudor y miembros de su familia "durante el concurso", el segundo busca asegurar un nivel de vida digno de ciertos miembros de la familia del deudor con posterioridad al procedimiento concursal y hacia el futuro. En concordancia con lo anterior, se ha manifestado<sup>1136</sup> que es un error de la legislación haber determinado los créditos no exonerables en función de su

---

<sup>1132</sup> Así también lo considera, YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2017) *Patrimonio inembargable, alimentos y fresh start*, Madrid: Editorial Marcial Pons, pp. 107 a 110

<sup>1133</sup> PÉREZ, Elena (2015) "La clasificación de los créditos de la seguridad social", en Hernández Rodríguez, María del Mar (directora), *Las administraciones públicas en el concurso*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, p. 229.

<sup>1134</sup> YÁÑEZ VIVERO (2015) "El derecho...", cit., p. 1640; YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2007) "¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?", en *Actualidad Civil*, Nº 19, p. 2218, citada por HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2010) "Repercusiones...", cit., p. 471.

<sup>1135</sup> Como dos vías diferentes las entiende HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2010) "Repercusiones...", cit., p. 480.

<sup>1136</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", p. 47.

clasificación en el concurso, puesto que los créditos de determinada clasificación obedecen a determinadas finalidades que pueden o no ser aptas para su exoneración.

La problemática se hace clara cuando vemos que la misma norma del artículo 178 bis.5 contempla de igual manera una excepción a la exoneración de la deuda de los créditos por alimentos, cuando, en la visión de alguna doctrina, para algún caso de exoneración, o en nuestra visión, para ambas formas de exoneración, la LC ya estaría previendo su imposibilidad de exoneración. Para lo que nos interesa, se aprecia que contrastando estas normas, sea para la fórmula de exoneración que sea, la LC considera desde el inicio del procedimiento concursal a los créditos por alimentos como no exonerables, pero luego de igual forma los concretiza como una excepción a la exoneración; con lo cual, de seguir la interpretación que estima que los créditos no exonerables son efectivas excepciones a la descarga, ello propiciaría la paradoja de concluir que el legislador habría establecido dos veces la excepción o una doble excepcionalidad. Y a mayor abundamiento, respecto de los créditos por alimentos devengados y vencidos con anterioridad a la declaración del concurso, el artículo 92.5° los extrae de los efectos de la subordinación de créditos al contemplarlos como créditos ordinarios; para luego establecer, entendemos a todo tipo de crédito por alimentos, como excepción a la descarga en el artículo 178 bis. 5.

Nos preguntamos, entonces, ¿por qué el legislador habría establecido esta enmarañada regulación de los créditos por alimentos, para finalmente determinar su excepcionalidad al efecto de la exoneración?. Comprendemos que si los créditos por alimentos devengados y vencidos con anterioridad a la declaración de concurso, de acuerdo al artículo 92.5° LC, son créditos ordinarios, y si los créditos devengados durante el procedimiento son créditos contra la masa; la declaración de excepción a la exoneración de los créditos por alimentos sin distinción alguna en cuanto al tiempo en que se hubieren devengado y vencido, comporta un objetivo especial, que trasciende al solo carácter (clasificadorio) del crédito y que se relaciona con la función que su naturaleza jurídica conlleva o representa para un determinado individuo.

Así las cosas, y aunque el legislador no lo pretendiera de esta forma, subyace a esta regulación un entendimiento de la importancia de la función del crédito respectivo, independientemente del carácter clasificadorio que el mismo ostenta en el procedimiento concursal; y que en este caso entendemos (por suerte) sería coincidente con los fundamentos y finalidad de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda

residual. En concordancia con lo anterior, se ha señalado<sup>1137</sup> respecto de los privilegios que, constituyéndose en una excepción al principio de *par conditio creditorum*, el privilegio no es propiamente una particularidad de la naturaleza del crédito, sino una característica procesal asociada a procedimientos de ejecución en la cual bien puede incidir el elemento personal del titular. Por su parte, se ha señalado<sup>1138</sup> que el privilegio se configura como una característica y cualidad del crédito, que aunque unido en una suerte de simbiosis cusiperfecta, no impide que el mismo viva una vida que le es propia y hasta cierto punto autónoma; donde "sería un craso error asimilar el privilegio y la garantía real como una misma cosa, dado que ni siquiera tienen que aparecer juntos, es más, a veces es una mera contingencia que se impone por voluntad del legislador". Por otro lado, y en relación a la prestación de alimentos del artículo 47, se ha expresado<sup>1139</sup> que constituye una figura extraña, de difícil caracterización, que acusa su progeie civilista, cuya inserción crediticia dentro de la masa activa resulta técnicamente impropia, pero a la que está necesariamente avocada por la imperiosa necesidad de proveer a la subsistencia del deudor y de las personas a las que está obligado a alimentar; no sirviendo a los fines del concurso, sino a la subsistencia de aquéllas.

De todo lo que venimos diciendo, por tanto, comprendemos que la LC en efecto contempla excepciones a la descarga de la deuda residual, pero las mismas son solo aquellas que expresamente son declaradas como tal, a saber, créditos de derecho público, créditos por alimentos y aquella parte de los créditos no cubiertos por la ejecución de la garantía si tuviere una naturaleza jurídica distinta a la de crédito ordinario o subordinado.

En efecto, tanto respecto de los primeros como del segundo, la norma expresamente establece que serán exceptuados del efecto de la exoneración de deudas, utilizando en el número 1º del apartado 5 para los dos primeros la expresión "exceptuando", y para el segundo en el número 2º la expresión "salvo", que da a entender que el efecto de la exoneración no es aplicable a los mismos cuando cumplieran el requisito que la norma exige. De esta forma, en nuestra interpretación, la LC contempla como excepciones a la descarga de la deuda residual solo a los créditos de derecho público, por alimentos y la parte que no hubiere sido cubierta por la

---

<sup>1137</sup> PEINADO (2004) "La distribución...", cit., pp. 450 y 452.

<sup>1138</sup> VEIGA (2015) "Par conditio...", cit., p. 1695.

<sup>1139</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2010) "Repercusiones...", cit., p. 492, aunque lo señala concluyendo que el concepto de alimentos contemplado en el artículo 47 no puede ser otro que el suministrado por el Código Civil.

ejecución de la garantía cuando tal parte tenga una naturaleza de crédito contra la masa o privilegiado.

#### **4.2. Necesidad de expresa mención de las deudas exceptuadas en un adecuado periodo de rehabilitación del deudor.**

La norma del artículo 178 bis.6 establece que las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso "salvo que tuvieran un vencimiento posterior". Sabiendo que con el apartado 8 la exoneración definitiva se otorgará al cabo de los cinco años del plan —cumpliéndose los requisitos que la norma establece—, la interpretación literal es que las deudas que quedarán exoneradas, cumpliéndose el plan de pagos, serán las que tuvieran un vencimiento dentro de los cinco años de duración del plan. Incluso, en caso de incumplimiento del plan, pero procediendo la exoneración de las deudas, podríamos comprender que no se exonerarán las deudas con vencimiento posterior a los cinco años del periodo de buena conducta<sup>1140</sup>. Por otro lado, bastaría con que los acreedores incentivaran la asunción de deuda con cumplimiento aplazado por más de cinco años para que en una eventual situación de insolvencia sus créditos escaparan de la fórmula de exoneración aplazada del apartado 6. En este sentido, y aunque la norma del artículo 178 bis.5.2º declara que se exonerará la parte del crédito enumerado en el artículo 90.1 que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, se ha dado cuenta<sup>1141</sup> un ejemplo en torno a un crédito con garantía real respecto del cual podría suceder que siga manteniéndose la exoneración provisional de un remanente de la deuda, articulándose así una alternativa a la ejecución o realización de los bienes sujetos a privilegios especiales.

Esta norma e interpretación transgreden el objetivo del procedimiento concursal de la persona física en orden a que el deudor logre obtener un alivio, puesto que respecto de ciertas deudas, que no se mencionan expresamente por la ley como exceptuadas de la descarga en el artículo 178 bis.4, y entre las cuales podría entrar alguna de cualquier tipo y de naturaleza, continuará el deudor responsable; con lo que se limitará aún más sus posibilidades de obtener un efectivo alivio.

---

<sup>1140</sup> Esta es la interpretación de RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 13; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 291.

<sup>1141</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 270.

El mantenimiento como vigentes de ciertas deudas no catalogadas como excepciones al *discharge* de manera expresa por la ley, y a pretexto de ser deuda de largo aliento, no encuentra justificación bajo ningún supuesto. En efecto, no encuentra justificación bajo el supuesto de satisfacción de los acreedores, puesto que como ya hemos señalado, existiendo un procedimiento concursal de persona física, el objetivo principal no es la satisfacción de los acreedores, sino el otorgamiento de un alivio para el deudor que se lo merece; ni encuentran justificación desde los objetivos del principio *fresh start*, la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona natural, ni desde los objetivos, justificaciones y fines de las excepciones a la descarga de la deuda previamente descritas.

#### **4.3. Alcances de la comprensión adecuada de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda en torno a las obligaciones exonerables en las fórmulas consagradas por la LC.**

Aunque la cuestión trascendental en materia de excepciones a la descarga de la deuda residual se encuentra en las justificaciones por las cuales el legislador deberá o no establecerlas, no es menos importante determinar, de acuerdo a nuestras consideraciones, el alcance que las mismas tendrán en materia de efectos de la exoneración en nuestra LC. De acuerdo a lo que venimos señalando y precisando, nos preguntamos ahora, ¿cuáles son los alcances de nuestras consideraciones en materia de excepciones a la descarga de la deuda residual, o desde las palabras de alguna doctrina, en materia de deudas no exonerables?. Para responder a lo anterior, partamos de las actuales consideraciones existentes.

A partir de la literalidad de la regulación establecida por el legislador, y considerando que la norma del apartado 5 se refiere a la forma de exoneración del artículo 178 bis.3.5º, se estima<sup>1142</sup> que los créditos que no hubiere sido posibles de satisfacer a través de la forma de exoneración directa del número 4º del apartado 3 deberán ser sometidos al plan de pagos del apartado 6; donde por aplicación del apartado 5, que solo posibilitaría exonerar los créditos que menciona en los número 1º y 2º, los créditos contra la masa, privilegiados y, en su caso, parte de los créditos ordinarios, se encontrarían exceptuados de la descarga de la deuda.

---

<sup>1142</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 188, complementando en nota 48; LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 2; LLEDÓ (2015) "La ley de segunda...", cit., p. 640.

Ello a su turno permite comprender que en el caso de la exoneración aplazada del apartado 6 en relación al número 5° de apartado 3, no sean tampoco exonerados los créditos de derecho público y por alimentos<sup>1143</sup>, y que, además, deba necesariamente cubrirse a través del convenio los créditos contra la masa, privilegiados, y en su caso, parte de los ordinarios, e incluso para algún sector, los créditos de derecho público<sup>1144</sup> y por alimentos<sup>1145</sup>, para la obtención de una exoneración definitiva por parte del deudor. Por su parte, para la forma de exoneración del número 4° del apartado 3, la interpretación literal lleva a estimar que serán exonerados todos los créditos que la norma del apartado 5 declara exceptuados para la forma de exoneración del número 5°; con lo cual serían exonerados, además de la parte de los créditos ordinarios respectiva y los créditos subordinados, los créditos por alimentos y de derecho público<sup>1146</sup>.

Finalmente, aunque considera que las conclusiones referidas para la forma de exoneración del número 5° del apartado 3 conllevan la aplicación de un requisito muy exigente, que la priva de eficacia práctica y desincentiva al deudor para la realización de actividades productivas, alguna doctrina estima<sup>1147</sup> que con la actual regulación el contenido del plan de pagos al que se refiere el apartado 6 está dado solo por las deudas que el apartado 5 declara no exonerables, donde el cumplimiento del plan, y por tanto la

---

<sup>1143</sup> Así, UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 7.

<sup>1144</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 13. Esta parece ser la interpretación de CUENA (2017) "Crédito público...", cit., p. 3. Para la UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 9, aunque la LC establece que las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirán por su normativa específica, estima que en el convenio mismo el deudor deberá dar cumplimiento a los créditos de derecho público en función de su normativa específica, y que podrá también cumplir tales obligaciones destinando los porcentajes mínimos de ingresos señalados en el párrafo segundo del apartado 8. Estimamos en sentido contrario, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 284.

<sup>1145</sup> Así, AYALA (2017) *La protección...*, cit., pp. 323 y 324; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 242 y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 183. A esta interpretación parece llegar, en principio, LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 5; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 309. Entendemos que comprendiendo tal conclusión en ambos tipos de créditos, las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 11.

<sup>1146</sup> En esta interpretación, CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 11. Aunque no de manera expresa, se infiere de la UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 7. Tales posturas son las asumidas en la sistematización que efectúa el PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., pp. 150 y 152 (arts. 490, 494.1 y 496).

<sup>1147</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 54; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., pp. 7 y 8; CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., pp. 74 y 75. En este mismo sentido, LLEDÓ (2015) "La ley de segunda...", cit., p. 635.

extinción definitiva de las deudas exonerables, está condicionada a la satisfacción del pasivo no exonerable de los número 1º y 2º del apartado 5<sup>1148</sup>.

Sentado lo anterior, ¿cómo solucionar el problema que surge para los deudores a partir de tal interpretación, que convierte casi inalcanzable la obtención del anhelado alivio?.

Creemos adecuado que algunos de los autores antes aludidos sean críticos de la interpretación<sup>1149</sup> a la que da lugar, de manera muy lógica, la literalidad de la LC. Sin perjuicio de ello, y luego de comprender de manera adecuada la institución de las excepciones a la descarga de la deuda residual, es posible dar cuenta de una solución que, en respuesta a la cuestión del alcance de nuestras consideraciones en materia de excepciones a la descarga, al mismo tiempo propicia un real alivio para el deudor persona física.

En relación a la fórmula de exoneración del número 4º del apartado 3, partiendo de la base de una adecuada diferenciación de las obligaciones que la LC considera no exonerables y aquellas que expresamente ha de considerar exceptuadas de la descarga de la deuda residual, es desde esta clarificación que es posible comprender que la norma del artículo 178 bis.5 establezca que el beneficio de exoneración "se extenderá a la parte insatisfecha" de los créditos ordinarios y subordinados, en el entendido que ante la exigencia de satisfacción a toda costa de los créditos contra la masa, privilegiados, y en su caso "parte" de los ordinarios para la aplicación de una exoneración del número 4º del apartado 3, no será necesario cubrir todos los créditos subordinados, y una "parte" de los ordinarios, en su caso, tampoco.

En la comprensión de que la norma del apartado 5 se refiere a los efectos de la exoneración tanto para la forma del apartado 6 como para la del del número 4º del apartado 3<sup>1150</sup>, para este caso procederán los efectos que menciona en torno a la exoneración de los créditos que indica en los números 1º y 2º solo cuando se cumpla el requisito que señala la norma del número 4º del apartado 3, de manera que proceda la primera opción de exoneración. Solo si se cumple ello, esto es, el pago de créditos

---

<sup>1148</sup> De igual forma, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 175. En la misma línea, incluso incluyendo los créditos de derecho público y por alimentos, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", p cit., 13.

<sup>1149</sup> Cobra especial relevancia lo indicado por CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 759, quien expresa "Se insiste en *determinar las deudas no exonerables, en función de su clasificación en el concurso*, algo que no sucede tampoco en otros ordenamientos. No se trata de determinar qué acreedor debe cobrar antes que otro, sino qué deudas no merecen ser exoneradas por su carácter asistencial, como sucede con los alimentos, o porque denotan un comportamiento reprochable del deudor."

<sup>1150</sup> Apartado I.2.4., Sección 1ª, Parte Tercera.

contra la masa, privilegiados, y si no hubo intento de acuerdo extrajudicial de pagos el 25% de los créditos ordinarios, entonces los créditos restantes, mencionados en los números 1º y 2º del apartado 5 se exonerarán, con excepción en todo caso de los expresamente mencionados créditos de derecho público, por alimentos<sup>1151</sup> y la parte de los créditos garantizados que no hubiere sido cubierto por la ejecución de la garantía cuando tenga naturaleza de crédito contra la masa o privilegiado.

En relación la trascendencia de nuestras consideraciones en la fórmula de exoneración aplazada del apartado 6, pudiere surgir la duda en torno a los alcances de las excepciones a la descarga de la deuda; puesto que si entendemos que el apartado 5 se refiere tanto a la fórmula del número 4º del apartado 3 y a la del apartado 6, la misma vendría a definir en efecto una limitación de la exoneración solo a los créditos ordinarios y subordinados, no extendiéndose a los créditos contra la masa y privilegiados. Ello, en fin, nos llevaría a estimar que en efecto no podría exonerarse tales créditos a través de la fórmula del plan de pagos.

No obstante lo anterior, debemos recordar que de acuerdo a nuestra interpretación<sup>1152</sup>, la norma del apartado 8 establece con carácter especial el alcance de los efectos de la exoneración a todo el pasivo insatisfecho en el caso de exoneración aplazada del apartado 6. De esta forma, si comprendemos que los efectos exoneratorios en la regla general de la primera fórmula de exoneración el legislador los ha limitado respecto de ciertas y determinadas obligaciones que declara expresamente excluidas de la exoneración, debemos entender que atendido al carácter consecutivo de la fórmula de exoneración aplazada del apartado 6, tal limitación de los efectos exoneratorios se extiende también a tales créditos; pues en efecto, nunca podrían haber sido parte del pasivo susceptible de no satisfacerse a lo largo del concurso, toda vez que el legislador habría excluido expresamente tales obligaciones de la posibilidad de exoneración desde el principio en la primera fórmula de exoneración directa. Y es que esta consideración

---

<sup>1151</sup> En contra, y en función de la interpretación literal que criticamos, CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 750; CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 11 y UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 7. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2016) "Acuerdo extrajudicial...", cit., p. 14, entiende que en caso de que el deudor satisfaga íntegramente el porcentaje mínimo del artículo 178 bis.3.4º, la exoneración se extenderá a todo el pasivo pendiente, incluido los créditos de derecho público, y, entendemos nosotros por extensión, a los créditos por alimentos. En igual interpretación, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 12; FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 283 y 309; SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena (2016) *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*, Pamplona: Editorial Thomson Reuters, p. 108; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 145. De igual modo, al parecer adoptando esta contraria postura, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 196.

<sup>1152</sup> Apartado I.2.4., Sección 1ª, Parte Tercera.



se hace del todo patente desde que el legislador no solo excluye expresamente de los efectos de la exoneración al crédito de derecho público, sino que lo extrae del procedimiento concursal mismo desde su inicio al excluirlo de los efectos de un eventual acuerdo extrajudicial de pagos en virtud del párrafo segundo del apartado 5 del artículo 231<sup>1153</sup> y artículo 5 bis LC<sup>1154</sup>. De esta forma, comprendemos que la extensión de los efectos exoneratorios contemplados en la norma del párrafo primero del apartado 8 no se extienden a las obligaciones que el legislador expresamente a declarado exceptuadas de la descarga de la deuda residual. En este punto debemos recordar que no exonerable no debe comprenderse como sinónimo de excepción a la descarga de la deuda.

En efecto, si bien la disposición del apartado 6 se estaría refiriendo a las "deudas que no queden exoneradas", con ello no está aludiendo a las deudas que pudieren ser expresamente declaradas como "exceptuadas" de la exoneración, lo que no ocurre en el caso de los créditos contra la masa y créditos privilegiados. Desde este punto de vista, en el cumplimiento del plan no debe entenderse la incorporación de las deudas exceptuadas de la descarga, las cuales, en todo caso, estarán como su nombre lo indica exceptuadas de la descarga, con lo cual los acreedores podrán perseguirlas de la manera que la ley les concede. En este sentido, se ha indicado<sup>1155</sup> que en el modelo español, salvo de los alimentos y los créditos públicos en los términos que se ha expuesto, el legislador no ha optado por establecer una categoría de créditos excluidos de la exoneración de deudas regulándose, por el contrario, una categoría de créditos que deben ser satisfechos —aunque entendemos nosotros no a toda costa—, siendo, de un lado, los créditos con privilegio especial y con privilegio general que se regulan en los artículos 90 y 91 LC, y de otro, los créditos contra la masa que se regulan en el artículo 84.2 LC.

De todo lo anterior se deriva que el entendimiento de que los créditos mencionados en el artículo 178 bis.3.4º son, o al menos, actúan como excepciones a la exoneración de la deuda, y en tal sentido, necesariamente deban ser cubiertos en su integridad en caso de aplicación de la fórmula aplazada de exoneración del apartado 6 en relación al número 5º del apartado 3, carece de justificación; puesto que solo atiende a una interpretación literal del texto de la LC y no obedece a una interpretación

---

<sup>1153</sup> En igual consideración, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2016) "Acuerdo extrajudicial...", cit., p. 8.

<sup>1154</sup> En torno a la pretensión del legislador por dejar fuera del acuerdo extrajudicial a los acreedores públicos, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 86.

<sup>1155</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 10.

sistemática ni a la naturaleza y fundamentos de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda residual de la moderna regulación concursal de la persona física.

Así las cosas, comprendemos que los créditos mencionados por el número 4º del apartado 3, en caso que no hayan sido cubiertos para la aplicación de la fórmula de exoneración directa, no será necesario que sean cubiertos de manera íntegra en la fórmula de exoneración aplazada, y alternativa, del número 5º del apartado 3 en relación al apartado 6 del artículo 178 bis<sup>1156</sup>. De acuerdo a esto, la norma del párrafo segundo del apartado 8 del artículo 178 bis posibilita que todas las deudas que no se hubieren alcanzado a cumplir en el plan sean exoneradas, independiente de la naturaleza de las mismas, con la única excepción en las deudas por alimentos y de derecho público, expresamente establecidas en la norma que consagra el efecto general de la exoneración como excepciones a la descarga de la deuda del artículo 178 bis.5.

Por todo lo anterior, si no se cumple el requisito para la primera opción de exoneración, entonces los efectos exoneratorios que señala la norma del apartado 5 no se cumplirán de manera automática, y por tanto todos y cada uno de los créditos no cubiertos deberán exonerarse a través de la forma que señala el apartado 6, como segunda y consecutiva opción de exoneración aplazada; debiendo someterse al plan de pagos de cinco años, con excepción de los créditos de derecho público<sup>1157</sup> y por alimentos<sup>1158</sup>, todos y cada uno de los créditos del deudor, independientemente de su naturaleza; créditos los cuales quedarán exonerados en todo caso en función de la norma del párrafo segundo del artículo 178 bis.8<sup>1159</sup> que, dando cuenta de los alcances del

---

<sup>1156</sup> Entendemos que de acuerdo con nosotros, SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 11. Sin perjuicio de ello, induce a duda tal entendimiento, puesto que luego en p. 12, en torno a la posibilidad de exoneración del párrafo segundo del 178 bis.8, expresa "la expresión: «*declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor*», puede entenderse comprensiva de todo el pasivo insatisfecho del deudor, cualquiera que sea su naturaleza o solo el exonerable con arreglo al art. 178 bis 5º, es decir el pasivo ordinario y subordinado, salvo la deuda de alimentos y los créditos públicos.". De igual modo, y aunque consideramos humildemente que no la justifica plenamente, esta parece ser la postura de LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 188, nota N° 48, al expresar "[...] y del lado contrario, obligar al concursado del apartado 3.4º a satisfacer dichos créditos, cuando ya ha cumplido con las exigencias legales podría verse como la imposición de una obligación que la ley no prevé. En cualquier caso, nos parece preferible esta última opción, también porque entendemos que el resto del apartado 5, a pesar de lo que dice sobre su ámbito de aplicación, es aplicable al concursado que satisfizo el pasivo mínimo del art. 178 bis 3.4º LC)."

<sup>1157</sup> En contra, estimando que los créditos de derecho público se extinguen con el transcurso del plan de pagos, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2016) "Acuerdo extrajudicial...", cit., p. 15; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, p. 191.

<sup>1158</sup> En contra, guiándose por la dicción literal de la norma, UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 9.

<sup>1159</sup> De igual manera FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 312, para quien resulta claro que se libera todo el pasivo insatisfecho en el concurso, es decir cualquier pasivo, sea de naturaleza que sea, incluidos los créditos contra la masa y privilegiados. Aunque, sin embargo, el autor considera que también cabría estimar en esta opción a los créditos de derecho público y por alimentos a los que se

efecto de la exoneración para la fórmula del plan de pagos, aclara que una vez cumplido el plazo del plan el juez reconocerá con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho.

Para cerrar este apartado, si bien las soluciones alcanzadas en base a nuestras interpretaciones logran la unificación del enmarañado sistema de fórmulas de exoneración de la deuda que presenta la LC en base a una adecuada comprensión sistemática de las disposiciones y de los fundamentos, justificaciones y finalidades de las instituciones de la moderna regulación concursal de la persona física, lo cierto es que el tratamiento de las específicas circunstancias que se constituyen en excepciones a la descarga de la deuda merece comentarios a parte. Volveremos sobre este último punto.

#### **4.4. La naturaleza de la mal llamada "exoneración provisional" y su influencia en las excepciones a la descarga de la deuda en la LC.**

Alguna doctrina<sup>1160</sup>, entendiendo que los créditos de derecho público son no exonerables, ha estimado que en el periodo de cinco años del plan de pagos debe contemplarse su cumplimiento<sup>1161</sup> pero, considerando el párrafo tercero del apartado 6, rigiéndose por su normativa específica<sup>1162</sup>. Por su parte, se estima<sup>1163</sup> que respecto de la causal de revocación de incumplimiento del plan de pagos, debe entenderse incluido el incumplimiento de la obligación de pago conforme a los aplazamientos o fraccionamientos de los créditos de derecho público, puesto que supone el incumplimiento de la obligación de pago de los créditos no exonerados.

Lo anterior, consecuentemente, lleva a la doctrina a cuestionarse si es necesario solo el incumplimiento del plan respecto a los créditos de derecho público o es preciso la revocación de la exoneración, para iniciar acciones por parte de los acreedores. En fin, esto significa que los acreedores deben esperar el cumplimiento de los créditos de derecho público en el periodo de plan de pagos, y solo podrán realizar actuaciones en contra del deudor para exigir el cumplimiento de los mismos, una vez el deudor hubiere incumplido el plan y/o se hubiere revocado el beneficio.

---

refiere el número 1º del apartado 5 del artículo 178 bis. También admite esta interpretación como posible LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 7.

<sup>1160</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 246.

<sup>1161</sup> En esta línea, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., pp. 144 y 145.

<sup>1162</sup> CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", p. 761. Entendemos que se encuentra en esta misma interpretación, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 14.

<sup>1163</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 163.

Ahora bien, concordante con la crítica que planteábamos a propósito de la comprensión de las excepciones a la descarga de la deuda en la LC, entendemos que la interpretación aludida parte de una incorrecta visión de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda. En efecto, el hecho de que tales obligaciones no puedan quedar exoneradas significa que las mismas podrán ser perseguidas por los acreedores en la forma que la ley les permite, pero bajo ningún término importa que las mismas deban necesariamente ser cubiertas en el periodo de aplazamiento de la descarga de la deuda residual. La misma norma del artículo 5 bis LC extrae a los créditos de derecho público incluso de la paralización de las ejecuciones en caso de comunicación de negociaciones de un acuerdo extrajudicial de pagos, y la Disposición Adicional 7ª de la LC comprende una forma especial de aplazamiento o fraccionamiento de las deudas de derecho público vinculada a la legislación específica de la materia respectiva<sup>1164</sup> en la cual, el acuerdo de concesión del aplazamiento tendrá solo como "referencia" temporal máxima la contemplada en el acuerdo extrajudicial de pagos, y donde la periodicidad y la cuantía de los plazos podrá ser diferente a la contemplada en el acuerdo.

Obedeciendo a determinados criterios, una excepción a la descarga de la deuda es configurada o establecida con el objetivo de que la misma sea extraída del efecto de la descarga de la deuda residual. Sin embargo, aunque desde sus fundamentos y finalidades pretende dar protección al interés de ciertos acreedores, la institución no se gesta como una herramienta que imponga necesariamente el cumplimiento de las obligaciones exceptuadas durante el transcurso del procedimiento concursal. Una cosa es que una obligación determinada se constituya en una excepción a la descarga de la deuda, y otra, que escape al contenido y funcionamiento de la institución, es que una obligación sea vista como de obligado cumplimiento en el plan de pagos.

Es en este sentido, pues, como debe comprenderse la norma del párrafo tercero del apartado 6, en el entendido que la misma estaría posibilitando que los acreedores, ante la declaración expresa de la obligación exceptuada de la descarga de la deuda, puedan perseguir el cumplimiento de la obligación en la forma que la ley prevé, y para el caso en que pudiere operar un aplazamiento o fraccionamiento de la obligación, el mismo sea regido por la propia normativa específica de cumplimiento, sea a través de una ejecución, sea a través de otras alternativas que permita la legislación específica<sup>1165</sup>.

---

<sup>1164</sup> Así lo entiende también, AZNAR (2014) *Refinanciaciones...*, cit., p. 363.

<sup>1165</sup> En nuestra misma interpretación se manifiesta FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 284 y 297.

Así las cosas, el párrafo tercero del apartado 6 viene a establecer de manera especial el tratamiento que, en caso excepcional de aplazamiento o fraccionamiento de las deudas, tendrán los créditos de derecho público, pero bajo ningún término debe comprenderse que impone la obligación al deudor de tener que cumplir en el plazo del plan de pagos tales obligaciones a través de su regulación especial.

Aunque lo anterior pueda ser criticado<sup>1166</sup> puesto que, en su visión, ello determina la posibilidad de exigencia de los créditos por los acreedores durante la pendencia del plan de pagos y una exoneración provisional del beneficio; ello, primero, no tendría incidencia alguna en la cuestión, y segundo, nos lleva a plantear una nueva objeción. ¿Por qué de nuestra afirmación?: la cuestión pasa por una previa y necesaria precisión.

La expresión exoneración provisional contemplada en el apartado 4 del artículo 178 bis ha llevado a una parte de la doctrina a comprender que tal exoneración provisional tendría idénticos efectos que una exoneración definitiva<sup>1167</sup>. Esta conclusión, entendemos es estimada en base a una interpretación literal de la norma, la cual se refiere efectivamente a una "exoneración provisional" de las deudas del deudor. De acuerdo a esta interpretación, los efectos de la exoneración provisional contemplada en el apartado 4 conllevan los mismos efectos que los contemplados por una exoneración definitiva; efectos los cuales, no obstante, estarían sometidos a prueba durante la pendencia del plazo del periodo de buena conducta.

Pues bien, comprendemos que la interpretación aludida adolece de un problema, el cual parte de una premisa errónea. Tal premisa entiende que una exoneración provisional, en palabras de la LC, se corresponde y es en efecto la misma institución que una exoneración definitiva, comprendiendo los mismos efectos, solo diferenciándose en que la exoneración provisional estaría sujeta a determinadas causales de revocación ante la pendencia de un periodo en el cual el deudor debe demostrar que merece el alivio de la deuda<sup>1168</sup>. No obstante lo anterior, tal premisa no pone atención en que la exoneración provisional contemplada en la LC, en su naturaleza, es una

---

<sup>1166</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 247.

<sup>1167</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., pp. 134 y 173; RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 28.

<sup>1168</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 134, expresa que "En todo caso ha de recordarse que todos los efectos que el reconocimiento del beneficio tiene en relación con el pasivo pendiente tienen carácter provisional y condicionado a la obtención definitiva del beneficio y su no revocación dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso."; y en p. 138, señala que "Con relación a los créditos el precepto se refiere a que se extinguen. Esta extinción, consecuencia de la exoneración, conlleva su no exigibilidad si bien con carácter provisional y condicionado."

resolución judicial por medio de la cual el juez acuerda el sometimiento de un deudor persona física a la forma aplazada de exoneración de deudas y, en tal sentido, no es coincidente con la naturaleza de una exoneración propiamente tal, definitiva en palabras de la LC, o como un acto *per se*<sup>1169</sup>; no conllevando los efectos que la descarga de la deuda presenta en términos generales, y que en nuestra interpretación se encuentran establecidos por la LC en el artículo 178 bis.5.

Siendo necesario que las instituciones contempladas en la LC sean entendidas e interpretadas desde su naturaleza y, en tal sentido, sean aplicadas como tal, comprendemos que la exoneración provisional a la que se refiere el apartado 4, siendo solo una resolución judicial que somete al deudor al periodo de buena conducta, y aunque la LC la denomina de otra forma, no es más que una actuación procesal destinada a dar curso progresivo a la forma de exoneración aplazada, que no tiene efectos exoneratorios.

Así las cosas, y volviendo al tema de los créditos de derecho público, el hecho de que no pueda perseguirse los créditos objeto del plan de pagos no se produce porque la exoneración provisional habría extinguido provisionalmente los créditos<sup>1170</sup>, sino porque la misma naturaleza universal del procedimiento concursal impide que los acreedores puedan llevar a cabo acciones particulares mientras pende el mismo, salvo respecto de aquellas obligaciones que, como en el caso de los créditos de derecho público, hubieren sido expresamente exceptuadas de la descarga de la deuda.

## **II. EXCEPCIONES A LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL EN PARTICULAR EN LA LC.**

### **1. Respecto de la excepción de los créditos de derecho público.**

Aunque la doctrina parece estar dividida en torno a si el crédito público es exonerable en alguna de las fórmulas de exoneración contempladas por la LC — cuestión a la que ya hemos dado respuesta—, parece estar en su gran mayoría de acuerdo en que la consideración de tales créditos como obligaciones exceptuadas de la descarga de la deuda residual es una errónea decisión, la cual escapa a toda

---

<sup>1169</sup> Al efecto de la exoneración como acto *per se* nos referiremos en su oportunidad en el apartado III.4.1., Sección 3ª, Parte Cuarta.

<sup>1170</sup> Como de manera equivocada lo considera HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 138.

recomendación internacional, y que repercute en un trato restrictivo a los intereses de alivio del deudor<sup>1171</sup>. En efecto, se ha entendido<sup>1172</sup> que el deudor que no ha podido pagar sus deudas para con la administración no lo podrá realizar a pesar de estar sometido a un plan de pagos, con lo que una falta de exoneración solo ralentiza los efectos económicos positivos del régimen de segunda oportunidad.

Por su parte, el Banco Mundial<sup>1173</sup> ha estimado que excluir de la exoneración al crédito público socava todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del sistema, donde el Estado debe soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia.

De acuerdo a lo que hemos planteado previamente, una excepción a la descarga de la deuda obedece a un fundamento que vincula de manera equilibrada la pretensión por dar alivio al deudor, y la necesidad porque tal alivio no tenga como efecto consecuencias desfavorables en ciertas y determinadas personas. Comprendiendo las justificaciones que existen detrás de la pretensión de otorgar alivio al deudor, la cuestión en torno a la determinación de una adecuada justificación de ciertas excepciones a la descarga de la deuda residual pasa por la comprensión de las razones por las cuales ciertas y determinadas personas merecerán que sus créditos no sean extinguidos por efecto de la exoneración<sup>1174</sup>.

Atendido al elemento subjetivo del concepto de crédito público, que determina que la titularidad del crédito ha de ser la Administración General del Estado y sus órganos autónomos<sup>1175</sup>, se ha comprendido que el interés general<sup>1176</sup> o público<sup>1177</sup> sería una razón por la cual el legislador podría limitar la descarga de la deuda, de manera tal de evitar que ciertas obligaciones de naturaleza pública fuesen extinguidas con la

---

<sup>1171</sup> Así, en torno a la limitación de los créditos de derecho público en el acuerdo extrajudicial de pagos, PRATS ALBENTOSA (2016) "El acuerdo...", cit., p. 30.

<sup>1172</sup> CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 4.

<sup>1173</sup> INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 240.

<sup>1174</sup> En esta misma visión, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 48.

<sup>1175</sup> MACÍAS CASTAÑO, José (2015) "El concepto de administración pública y de crédito público", en Hernández Rodríguez, María del Mar, *Las administraciones públicas en el concurso*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, p. 87.

<sup>1176</sup> En relación a la limitación en el acuerdo extrajudicial de pagos, PRATS ALBENTOSA (2016) "El acuerdo...", cit., p. 29. De igual forma, dando cuenta de la sobreprotección del crédito público en el acuerdo extrajudicial de pagos, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 87.

<sup>1177</sup> En relación a los privilegios de la hacienda pública en torno a los créditos tributarios, AGUILAR RUBIO, María (2009) *Crédito tributario y concurso de acreedores*, Madrid: Editorial La Ley Wolter Kluwer, pp. 127 y 134, da cuenta que es en la protección del interés público donde encuentran fundamento los privilegios fiscales.

consecuente disminución de los eventuales beneficios que la comunidad en general tendría con ocasión de los recursos públicos. Tal justificación es extensible, a modo de ejemplo, a todo tipo de obligaciones cuya naturaleza fuese pública, a saber, impuestos, multas, créditos educacionales, entre otros.

Pero además, se ha entendido que ciertas y determinadas obligaciones que no tienen naturaleza pública merecen ser exceptuadas de la descarga atendido a las graves consecuencias que su extinción significa para su titular; bajo el entendido de que la descarga de la deuda no puede repercutir efectos desfavorables en ciertos acreedores respecto de quienes, atendido a sus especiales circunstancias, la exoneración significaría una disminución efectiva de sus circunstancias de vida que le permitan un adecuado desarrollo personal y familiar. Tal es el caso de obligaciones de alimentos, pensiones o prestaciones compensatorias, indemnizaciones de perjuicios a cierto tipo de víctimas.

La cuestión que surge de ello es si se encuentra justificado que al deudor persona física le sea otorgada una descarga de la deuda limitada atendido a las razones previamente delineadas.

Si bien nos parece que una excepción a la descarga de la deuda con fundamento en el mismo principio que justifica la exoneración de la deuda se encuentra justificado, toda vez que no parece apropiado que a pretexto de facilitar al deudor un retorno a las condiciones que le permitan un desarrollo personal y familiar, sean limitada las condiciones de desarrollo personal y familiar de aquellos que de manera individual deben afrontar determinadas circunstancias de vida; a primera vista no nos parece que suceda lo mismo respecto de los acreedores que sean titulares de determinadas obligaciones cuya exoneración, no produciéndoles una afectación directa a sus intereses, no significa una afectación de manera directa a sus posibilidades de desarrollo personal y familiar. A mayor abundamiento, y siguiendo a cierta doctrina<sup>1178</sup>, comprendemos que la supuesta debilidad de la administración para concretar el interés público atendido a bajos ingresos que fundamentaría un trato favorecido, hoy no existe; toda vez que como se ha indicado, hoy en día la administración puede prever sus ingresos con precisión, disponiendo de medios de control de la efectividad de sus créditos.

Para nosotros, las excepciones a la descarga de la deuda residual en función del respeto del principio del *fresh start* solo se encontrarán justificadas cuando la exoneración

---

<sup>1178</sup> Así, AGUILAR RUBIO (2009) *Crédito...*, cit., p. 127, citando a Wood, P. R. (1995) *Principle of international insolvency*, Londres. Sweet & Maxwell, pp. 23 y 24.



represente una afectación directa a las circunstancias de vida de un acreedor y que impida un adecuado desarrollo personal y familiar.

Este habrá de ser entendido como el contenido esencial de la limitación de la descarga de la deuda que responde a la exigencia del fresh start, bajo la comprensión de que como principio amparado en derechos fundamentales y humanos, solo puede ser limitado por principios acordes con el cumplimiento de sus postulados. Cualquier limitación que se pretenda fundar en el denominado interés general significará una injustificada restricción al principio del fresh start.

De esta forma, comprendemos que la cuestión detrás de la exoneración o no exoneración de los créditos de derecho público pasa por la comprensión de la naturaleza y función que el mismo presenta para un colectivo determinado de personas respecto de quien, en función de los fundamentos y finalidad de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda residual, su exoneración significará importantes consecuencias negativas que le impedirán alcanzar un estado en que pueda desarrollarse de manera autónoma. Solo los créditos que a través de su descarga signifiquen la imposición de circunstancias de vida desfavorables para un individuo o colectivo determinado se justificará que sean exceptuados de la descarga de la deuda residual.

De todo ello comprendemos que aunque se entienda<sup>1179</sup> que es lamentables que los créditos por multas y sanciones pecuniarias e incluso multas penales pueda ser exonerados en la redacción actual de la LC, no compartamos tal estimación respecto de multas o sanciones pecuniarias penales, obligaciones de naturaleza tributarias o fiscales, créditos educacionales estatales<sup>1180</sup>; pero seamos partidarios por una expresa consagración de determinados créditos públicos como excepciones a la exoneración, a saber, obligaciones para con la seguridad social respecto de los trabajadores, especialmente recargos derivados del incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales, indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, cuya extinción podría repercutir en graves consecuencias para un determinado individuo.

Finalmente, considerando las justificaciones y finalidades de la institución, comprendemos que además debiera establecerse como excepciones a la descarga las obligaciones derivadas de indemnizaciones de perjuicio por acción u omisión dolosa o

---

<sup>1179</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 48.

<sup>1180</sup> Considérese a este efecto el elemento objetivo del concepto de crédito público. A tal efecto, MACÍAS (2015) "El concepto...", cit., pp. 88 y 89.

culposa del deudor, especialmente derivadas de accidentes del tránsito o responsabilidad extracontractual y las obligaciones para con los trabajadores; como forma de protección de los intereses de ciertos y determinados acreedores que, estando en situación de dependencia o en estado de necesidad, o en estado de perjuicio debido a una conducta dolosa o culposa por parte del deudor, requieren de protección.

## **2. Respeto de la excepción de los créditos por alimentos.**

La norma del artículo 178 bis.5.1° establece que serán exceptuados de la exoneración los créditos por alimentos.

Las materias de orden patrimonial vinculadas al derecho de familia, en estricto rigor se constituyen en obligaciones que unos miembros de la familia tienen respecto de otros, y que a su vez los instituye como deudores y acreedores respectivamente. En caso de insolvencia del miembro de la familia obligado a dar una determinada prestación a otro<sup>1181</sup>, y como en el derecho concursal son llamados todos los acreedores en una determinada posición en el concurso que determina los derechos que sobre el haber concursal detentarán cada uno de los diversos tipos de acreedores, la vinculación entre las materias de familia y concursal obliga a preguntarse por el tratamiento que tendrán los créditos de aquellas personas que, como familiares del deudor persona física concursado, deberán acudir involuntariamente al concurso; créditos que a la postre tienen su fundamento en una especial relación entre una persona y uno de los miembros de su familia, como fuere, un esposo y su esposa, un padre o madre y sus hijos.

A nivel comparado, la protección de los acreedores que presentan una especial relación de cercanía y dependencia respecto del deudor ha sido ampliamente abordada, contemplando los ordenamientos disposiciones que establecen expresas excepciones a la descarga de la deuda cuando el acreedor, siendo un cónyuge, descendiente o ascendiente del deudor, tenga un derecho de crédito cuya naturaleza diga relación con la proporción de medios necesarios para afrontar un estado de necesidad determinado. Así las cosas, en el derecho estadounidense, la sección 523(a)(5) del *Bankruptcy Code*

---

<sup>1181</sup> Desde el punto de vista amplio, es este un tema que tiene gran relevancia atendido las consecuencias que el estado de insolvencia y el concurso genera en la vida familiar del deudor, toda vez que encontrando la economía familiar sustento en la estabilidad financiera de uno o de algunos de sus miembros, cualquier situación que la perjudique o la ponga en riesgo, sea o no provocada por el mismo, tendrá repercusiones de manera directa en el resto de los miembros de la familia. En tal sentido, por ejemplo, WHELAN y COHEN (1994) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 173, expresa que "[...] it is more likely that the nature of divorce forces many people into bankruptcy."

establece que no serán descargables en los Capítulos 7 y 13 las deudas por "*domestic support obligation*"<sup>1182</sup>, esto es, y de acuerdo a la definición que efectúa la sección 101(14A), las deudas cuyo origen se encuentre en obligaciones que sean de aquellas que atienden a la protección de ciertas personas vinculadas a través de determinadas relaciones domésticas con el deudor concursado, entre las cuales se encuentran obligaciones de naturaleza de *alimony*, *maintenance* o *support*<sup>1183</sup>. Así las cosas, para otorgar una determinada protección a la familia<sup>1184</sup>, no solo se incluyen las obligaciones típicamente denominadas de alimentos entre los cónyuges o para con los hijos, sino que también se incluyen todas las obligaciones que pudieren surgir con ocasión de un acuerdo entre los cónyuges o por sentencia de divorcio<sup>1185</sup>. Por su parte, en el derecho francés, el *Code de la Consommation* contempla como excepciones a la *effacement* las deudas por obligaciones alimenticias<sup>1186</sup>, respecto de las cuales, si bien no existe un criterio uniforme dado por los tribunales superiores en torno al contenido de la expresión, la jurisprudencia ha venido considerando una diversidad de ítems como deudas alimentarias en el caso particular<sup>1187</sup>.

En nuestro ordenamiento, la norma utiliza la expresión "créditos por alimentos", lo cual es indicativo de que la LC solo hace alusión a las obligaciones originadas en la obligación legal de prestar alimentos contemplada entre los artículos 142 y 153 del Código Civil, sin extenderse a otras obligaciones surgidas entre parientes y/o miembros que fueren o hubieren sido de la familia del deudor fuera de las normas señaladas. De ello es que la LC estaría dejando fuera de protección a los acreedores de obligaciones originadas en prestaciones o pensiones compensatorias y compensaciones por razón de

---

<sup>1182</sup> STEINFELD y STEINFELD (2004) "A brief overview...", cit., p. 127; MAHONEY, Margaret M. (2004) "Debts, divorce, and disarray in bankruptcy", en *UMKC L. Rev.*, Volumen 73, p. 92.

<sup>1183</sup> FIELDSTON (1993) "Implications...", cit., p. 150.

<sup>1184</sup> TOPOR, Karl (2008) "The impact of the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act on the family law practitioner", en *American Journal of Family Law*, p. 153 y MAHONEY (2004) "Debts...", cit., p. 92.

<sup>1185</sup> De acuerdo a TOPOR (2008) "The impact...", cit., p. 154, se ha indicado que la modificación introducida por la enmienda de 2004 constituiría una mejora en el trato de deudores y acreedores en torno a la certeza jurídica puesto que se habría establecido claramente el significado y contenido de las obligaciones exceptuadas del *discharge* a través de la expresión *domestic support obligation* definida en la sección 101(14A), con la consecuente ventaja de limitarse con ello la litigación en torno a las obligaciones que estarían contenidas en la excepción de la sección 523(a)(5). En esta línea se pronunciaría AUSTIN, Daniel A. (2005) "For debtor or worse: discharge of marital debt obligations under the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005", en *Wayne L. Rev.*, Volumen 51, p. 1371, al expresar que "[...] *this might appear at first to shut down litigation over the discharge of marital obligation for cases that's are filed after the effective date of the BAPCPA*"

<sup>1186</sup> Artículo L. 741-2.

<sup>1187</sup> Dando ejemplos de diversos fallos en los que se da cuenta de un contenido no definido de la expresión, RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., pp. 334 y 335.

trabajo de uno de los cónyuges. Las Conclusiones del Seminario de Segunda Oportunidad de 2016<sup>1188</sup> no logran acuerdo en torno a la naturaleza de este tipo de créditos y, desde este punto, lograr una interpretación en torno a la posición que tendrían en el concurso; con lo que, aparentemente, la interpretación que señalamos sería la que prima. Incluso, en atención a la norma del artículo 92.5º en relación al 93.1º LC, tales créditos serán subordinados por ser de titularidad de personas relacionadas con el deudor concursado<sup>1189</sup>, sin que los mismos entren en la excepción planteada por el párrafo segundo del artículo 92.5º atendido a la naturaleza de los crédito que la norma plantea.

Apreciamos que ello es contradictorio con el respeto de la finalidad que persiguen todos y cada uno de los créditos originados en relaciones de familia, respecto de los cuales si bien en algunos casos puede ser discutida su naturaleza compensatoria, resarcitoria o de mantenimiento, no es menos cierto que en todo caso buscan concretar un equilibrio de circunstancias que signifiquen para este tipo especial de acreedores un estado que permita su desarrollo personal y familiar<sup>1190</sup>. De acuerdo a esto, el Banco Mundial<sup>1191</sup> ha señalado que la noción de responsabilidad familiar, dentro de la cual entendemos se encuentra inmersas todas las prestaciones y obligaciones pecuniarias que se originan de las relaciones de familia, crea una obligación al margen del mercado.

Entendemos que una adecuada comprensión de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda, en atención a sus fundamentos y finalidades, permitiría el establecimiento de un conjunto limitado y específico de obligaciones que, conjugando de manera adecuada el objetivo de la moderna regulación concursal de la persona física y los intereses de determinados acreedores a quienes la descarga puede provocar consecuencias negativas, se encuentren exceptuadas de la exoneración salvando las drásticas consecuencias<sup>1192</sup> que la LC impone a ciertas personas relacionadas con el

---

<sup>1188</sup> CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 2.

<sup>1189</sup> De igual manera, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 125; CUENA (2009) "Algunas...", cit., p. 15.

<sup>1190</sup> En contra, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2010) "Repercusiones...", cit., p. 492, para quien "[...] su concesión no obedece tanto a la satisfacción de la necesidad de subsistir de manera digna cuanto, y como su nombre lo indica a la de compensa el desequilibrio económico producido a raíz de la separación o divorcio."

<sup>1191</sup> INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 333.

<sup>1192</sup> En torno a las pensiones compensatorias, YZQUIERDO TOLOSA, Mariano (2010) "¿Créditos intrínsecamente perversos? Apuntes acerca de los créditos subordinados que ostentan las personas cercanas al concursado", en Cuenca Casas, Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Navarra: Thomson Reuters, pp. 462 y 463; CUENA (2009) "Algunas...", cit., pp. 14, 15 y 17

deudor persona física de buena fe, respecto de quienes no se justifica la exoneración de sus créditos.

### **3. Respecto de la excepción de la parte de los créditos garantizados no cubiertos por la ejecución de la garantía.**

La disposición artículo 178 bis.5.2º expresa que la parte de los créditos que gozan de privilegio especial (art. 90.1), que no haya sido satisfecha con la ejecución de la garantía, quedará exonerada. Así, si luego de la ejecución, el producto de la misma no alcanza para cubrir el monto del crédito que hubiere sido garantizado, esta parte no cubierta será exonerada. Ahora bien, la norma plantea la excepción de que esta parte del créditos no cubierto no quedará exonerada si, según su naturaleza, puede ser incluido en alguna categoría distinta a la de créditos ordinario o subordinado. Así las cosas, si la parte del créditos que no ha sido cubierta por el producto de la ejecución es por su naturaleza un crédito contra la masa o uno privilegiado, entonces no operará la exoneración.

La interpretación que surge de la redacción de la norma es que los créditos, que por su naturaleza sean considerados créditos contra la masa o privilegiados, que no hayan sido cubiertos por la ejecución, se constituyen en una excepción a la descarga de deudas en función de la redacción expresa de la norma que señala "quedará exonerada salvo". En esta interpretación, por tanto, tales créditos no podrían ser exonerados en base a la aplicación de la forma de exoneración aplazada del apartado 6.

Sin embargo, esta interpretación tendría que partir de la base de que los créditos contra la masa y privilegiados, en su totalidad, debieran ser estimados como excepciones al alivio de la deuda, lo que en definitiva atentaría contra los objetivos y fines de los procedimientos concursales de la persona natural y del principio del fresh start considerando lo que hemos argumentado en la primera parte de esta sección. En efecto, teniendo en cuenta las justificaciones y finalidades de las excepciones a la descarga de la deuda, aunque si bien en algunos casos de créditos contra la masa y privilegiados es procedente establecer su excepcionalidad —como apreciamos en torno al crédito por alimentos—; en los restantes no cabría aludir a tales argumentos para tratar de justificar una excepcionalidad a la descarga de deudas. Por otro lado, teniendo presente los efectos de las excepciones a la descarga, ya hemos argumentado en torno a la diferencia que existe entre la forma de operar de las mismas sobre determinadas

obligaciones y el carácter de no exonerable que, atendido a otros factores pueden tener las obligaciones. En tal sentido, volvemos a instar porque las excepciones a la descarga de deuda sean establecidas expresa y claramente en la legislación concursal, de manera de evitar la incertidumbre jurídica entre deudores y acreedores.

Ahora bien, nos preguntamos en qué casos podría suceder lo descrito en la norma como excepción a la exoneración. Si bien el artículo 155.5 señala que en casos de ejecución de bienes con privilegio especial el acreedor hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria (correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa), donde se plantea el supuesto de que con la realización se logre obtener más de lo que correspondiera a la deuda original; en el artículo 178 bis.5.2° se está planteando el caso contrario, esto es, que el montante de la ejecución no alcance a cubrir la totalidad del crédito con privilegio especial.

La norma del artículo 90.3 señala que el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada según el artículo 94.5. El importe del crédito que exceda del reconocimiento como privilegio especial será calificado según su naturaleza<sup>1193</sup>. De ello entendemos que el monto del crédito que sea mayor al reconocido como privilegio especial, que a su vez está dado por la parte del crédito que no exceda el valor de la garantía, se calificará según su naturaleza; y que el privilegio especial alcanzará solo a la parte del crédito cubierto por el valor de la garantía. Así, podemos decir que el crédito, en aquella parte cubierta por el valor de la garantía, será privilegio especial, y según su naturaleza en la no cubierta. Nos interesa esto puesto que pudiendo entender que siempre el crédito será calificado de privilegio especial en el monto que alcanza el valor de la garantía, en caso de ejecución de la misma y el montante obtenido no alcance o sea menor al del valor de la garantía original, la parte no cubierta sería privilegio especial en la diferencia entre el montante obtenido por la realización y el valor original de la garantía (obtenido por las operaciones del artículo 94.5 LC), y, según indica el artículo 90.3 en relación artículo 178 bis.5.2°, el monto del crédito más allá del valor de la garantía será calificado según su naturaleza, y podría ser exonerado.

Ahora bien, podría existir casos en que, considerándose el valor de la garantía, que según las reglas de determinación del valor (artículo 90.3 en relación al artículo

---

<sup>1193</sup> Entendemos que para HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar (2018) "Los créditos con privilegio", en Campuzano, Ana y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 736 y 748, en ese caso el remanente del crédito pasaría a ser calificado como ordinario.

94.5) podría perfectamente fijarse en un monto menor al valor del crédito originalmente concedido, cuando el monto obtenido como resultado de una realización o ejecución (según la regla del artículo 155.4), por ejemplo, a través de una subasta, fuere menor al valor de la garantía original y distinto al valor real del bien hipotecado, se cubriría solo una parte del crédito con privilegio especial; cuyo monto está dado por el valor de la garantía original, y no por el monto del producto de la realización; con lo cual una parte del crédito no cubierto continuaría siendo crédito con privilegio especial y, por tanto, no exonerable según la regla del art 178 bis.5.2<sup>1194</sup>.

Ahora bien, se ha dado cuenta<sup>1195</sup> de que en caso de que sea abortada la posibilidad de un convenio, refiriéndose a la expresión "deuda originaria" del artículo 155.5, las reglas de cálculo del importe del privilegio de los artículos 90.3 y 94.5 no resultarían aplicables, con lo que el privilegio especial volverá a su extensión originaria y cubrirá el principal y los intereses hasta donde alcance el valor de la garantía. En tal supuesto, y como que la no aplicación de tales normas, entendemos, solo sería respecto del recorte al que alude el artículo 94.5, si hipotéticamente en la realización se obtiene un valor menor al valor razonable de la garantía, al no aplicarse el recorte del diez por ciento sobre el valor razonable al que alude la norma en comento, al final se obtiene una diferencia de crédito que continuaría siendo privilegio especial del 10% en relación al crédito que continuaría siendo privilegiado si se entiende aplicable el recorte en cualquier instancia de realización del bien. Ello, para ilustrarlo con un ejemplo, comporta que si en una deuda originaria (monto original del crédito) de 500.000, si el valor razonable del inmueble fuere determinado en 450.000 y el bien es subastado por 400.000, de aplicarse el recorte el deudor permanecería con un crédito privilegiado no exonerable de 5000, versus uno de 50.000 que importaría la no aplicación del recorte aludido. Gran diferencia que para los deudores personas físicas significa, en todo caso, un trato desfavorable en torno a su interés de alivio.

---

<sup>1194</sup> Dando un ejemplo, ARIAS (2016) "Artículo 90...", cit., p. 1169.

<sup>1195</sup> MUÑOZ PAREDES, Alfonso (2018) "La liquidación", en Campuzano, Ana B., y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 942.

### 3.1. Adecuada comprensión del *cramdown* como herramienta eficiente para los deudores hipotecarios. La experiencia comparada.

En el ordenamiento estadounidense, considerándose la premisa de la efectiva existencia de hipotecas *undersecured*<sup>1196</sup>, esto es, casos en que el valor de la propiedad inmueble (*collateral*) con la que se pretende garantizar un crédito (el préstamo) no es suficiente para cubrir el monto de una parte, o de la totalidad, del mismo<sup>1197</sup>, la sección 506 del *Bankruptcy Code* establece una regla que se traduce en la interrogante respecto de la posibilidad de que en el procedimiento concursal sea modificado el valor de la deuda hipotecaria considerándose el valor de mercado de la propiedad inmueble con la que se garantiza el préstamo (*collateral*)<sup>1198</sup>, precisamente en aquellos casos en que el valor del inmueble no sea suficiente para cubrir una parte o la totalidad del valor del crédito o préstamo.

La norma de la sección 506(a), en lo pertinente, señala que el crédito de un acreedor asegurado a través de una garantía en la propiedad inmueble autorizado en el concurso es calificado como un *secured claim* en aquella porción de valor de la propiedad, y es un *unsecured claim* en aquella porción restante<sup>1199</sup>. Por su parte, la sección 506(d) establece que la parte del crédito que no es un *secured claim* autorizado en el concurso es eludida (*void*)<sup>1200</sup>. De acuerdo a esta disposición, previa tasación de la propiedad inmueble, la corte puede dividir o bifurcar el crédito considerado

---

<sup>1196</sup> WHITFORD, William C. (1999) "Secured creditors and consumer bankruptcy in the united states", en *Osgoode Hall L. J.*, Volumen 37, p. 348, explica que "An undersecured creditor's claim exceeds the value of its collateral."; KAUFMAN, Jane (1994) "Lien stripping after nobelman", en *Loy. L. A. L. Rev.*, Volumen 27, p. 547; MORINGIELLO (2011) "Mortgage modification...", cit., p. 1600 y SAVINO, Joseph C. y STREICHER, Brian M. (2016) "Breathing underwater: the survival of second mortgages in bankruptcy proceedings", en *The Florida Bar Journal*, marzo de 2016, p. 9. Por su parte, NACY (2000) "Survival underwater...", cit., p. 93, nota al pie N° 36, señala que nos encontramos frente a un *undersecured claim*, en aquellos casos en que el valor del *consensual claim* excede el valor de la *collateral*, esto es, cuando el valor de la propiedad con la que se asegura el crédito (*collateral*) es menor que el valor de lo adeudado por el deudor. De igual forma, MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1335, nota al pie N° 4.

<sup>1197</sup> En este sentido, LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 579, nota al pie N° 39, conceptualiza lo que significa que un "*undersecured loan*", estableciendo que "Un préstamo es *undersecured* si el monto debido del crédito es mayor que el valor de la garantía [que en este caso es el valor de la propiedad con la que se garantiza el préstamo] que asegura el préstamo. Los prestamistas [o titulares de créditos hipotecarios que se encuentran en esta situación] y los préstamos [en estas características] también son referidos como "*upside-down*" o "*underwater*"."

<sup>1198</sup> HOWARD, Margaret (1991) "Stripping down liens: section 506(d) and the theory of bankruptcy", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 65, p. 374 y sgtes., discute y argumenta en torno a la posibilidad de aplicación en el Capítulo 7, dando cuenta de fallos judiciales que se manifiestan a favor y en contra de su postura.

<sup>1199</sup> Sección 506(a) del U.S. Code, establece que "*An allowed claim of a creditor secured by a lien on property in which the estate has an interest ... is a secured claim to the extent of the value of such creditor's interest in the estate's interest in such property ... and is an unsecured claim to the extent that the value of such creditor's interest..., is less than the amount of such allowed claim.*"

<sup>1200</sup> Sección 506(d), en la parte pertinente, señala que "(d) *To the extent that a lien secures a claim against the debtor that is not an allowed secured claim, such lien is void [...]*". Para un tratamiento de la historia de la sección 506(d), HOWARD (1991) "Stripping down...", cit., pp. 375 a 381.



*undersecured* en dos porciones: una porción *secured*, que corresponderá a aquella parte del crédito soportado por el valor de la garantía o *collateral*, y una *unsecured*, que corresponderá a la porción restante del crédito<sup>1201</sup>, pudiendo evadir o eludir la parte *unsecured* en virtud de la sección 506(d). Desde el punto de vista de los intereses del deudor, en teoría ello permitiría una rebaja sustancial del monto de la deuda cuando la hipoteca se considere *undersecured*<sup>1202</sup>, en lo que la doctrina estadounidense ha denominado un *cramdown* en el monto de la deuda<sup>1203</sup>. Como puede apreciarse, el valor de la propiedad inmueble será muy importante, tanto para acreedor como para el deudor, puesto que en aplicación de la sección 506(a), mientras el valor de la propiedad sea mayor, soportará mayor carga de deudas, beneficiando a los acreedores cuyo interés es el pago de la mayor cantidad de créditos; por otro lado, mientras el valor de la propiedad sea menor, una mayor cantidad de deuda no soportada por el valor del inmueble podrá ser considerada *unsecured*, y por tanto descargada en el procedimiento concursal<sup>1204</sup>.

En efecto, un *cramdown* constituye una particular forma de alivio autorizada por el *Bankruptcy Code*, a través de la re escritura de un contrato en el que se han establecido ciertas garantías en oposición de los acreedores —y para lo que nos interesa, prestamistas (*lenders*)—, de manera de modificar las fechas de pago, los montos a pagar y las tasas de interés<sup>1205</sup>. Con lo anterior en mente, existen dos variantes del

---

<sup>1201</sup> Para WHITFORD (1999) "Secured...", cit., p. 348, la norma establece el principio de bifurcación, en virtud del cual "*collateral. It is a fundamental principle of American bankruptcy law (called "bifurcation") that an undersecured creditor has two claims—a secured claim to the extent of the value of its collateral, and an unsecured claim for the balance, sometimes called the deficiency.*". Del mismo modo, LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 607; HOWARD (1991) "Stripping down...", cit., p. 375; HOWARD, Margaret (1994) "Secured claims in bankruptcy: an essay on missing the point", en *Cap. U. L. Rev.*, Nº 23, p. 316; NACY (2000) "Survival underwater...", cit., p. 93.

<sup>1202</sup> KAUFMAN (1994) "Lien stripping...", cit., p. 576; WHITFORD (1999) "Secured...", cit., p. 352; De acuerdo a NEWBORN, Mary Josephine (1993) "Undersecured creditors in bankruptcy: dewsnup, nobelman, and the decline of priority", en *Ariz. St. L.J.*, Nº 25, p. 553, para los deudores, las secciones "[...] 506(a) and 506(d) of the Bankruptcy Code, authorized bankruptcy courts to reduce the lien of an undersecured creditor to value of the creditor's collateral."

<sup>1203</sup> MORINGIELLO (2011) "Mortgage modification...", cit., p. 1605, define el *cramdown* como el pago total solo de la porción considerada *secured* en un crédito determinado. Se analiza de manera detallada la aplicación del *strip off* en el Capítulo 7 y Capítulo 13 en MYERS (2011) "Dewsnup strikes...".

<sup>1204</sup> WHITFORD (1999) "Secured...", cit., p. 348. CARLSON (1991) "Secured creditors...", cit., pp. 65 a 70, explica la importancia de la tasación de la propiedad en relación a los intereses de las partes, especialmente de los *unsecured creditors*.

<sup>1205</sup> Para hablar de un *cramdown*, según KENNEDY (1981) "Bankruptcy reform...", cit., p. 335, es necesario que exista un estatuto que permita a ciertos acreedores aceptar o rechazar un plan, puesto que en el *cramdown* se envuelve el hecho de la modificación de ciertos derechos del acreedor sin su consentimiento. Para el autor, un *cramdown* en el Capítulo 13 se constituye en la aprobación de un plan respecto del cual los acreedores no han manifestado su aprobación. GRAY (2006) "Cars and homes...", cit., cit., p. 302 y 303. Por su parte, KAUFMAN (1994) "Lien stripping...", cit., p. 555, expresa que "[...] *cramdown* [is the] power of the debtor in bankruptcy to force a nonconsenting creditor to accept

*cramdown*<sup>1206</sup>, sin perjuicio que en ambos casos la idea central gira en torno al valor de mercado de la propiedad con la que se garantiza el préstamo o *collateral*<sup>1207</sup>.

Por un lado, respecto de aquellos inmuebles que solo estén gravados con una hipoteca, teóricamente el *strip down* conlleva una rebaja del valor de la deuda hipotecaria al valor real o de mercado de la propiedad con la cual se garantiza la obligación, previa bifurcación, división o separación del valor de la propiedad fijado en la tasación entre el monto *secured* y el *unsecured*<sup>1208</sup>. De acuerdo a la clasificación de créditos, en teoría, el deudor solo estaría obligado al pago de la parte considerada *secured*, pudiendo evadir<sup>1209</sup> a través de la descarga de deudas la parte *unsecured* tanto en el Capítulo 7 como en el Capítulo 13<sup>1210</sup>.

Por otro lado, en aquellos casos en que una vivienda sea gravada con dos o más hipotecas, el *strip off* posibilita el descuento o rebaja del monto total de la deuda hipotecaria originada en uno o más contratos de préstamos hipotecarios posteriores (*junior mortgages*) a uno primigenio o primero (*senior mortgage*), cuando el valor real o de mercado de la propiedad o garantía (*collateral*) no sea suficiente para cubrir el total de aquel o de aquellos préstamos posteriores<sup>1211</sup>. En este caso, de acuerdo a la doctrina nos encontraremos frente a una *wholly unsecured junior mortgage*, esto es, una hipoteca respecto de la cual el valor real o de mercado de la propiedad o garantía no es suficiente para cubrir o soportar el monto total del crédito específico<sup>1212</sup>. Teóricamente, el deudor solo se encontraría obligado al pago de la deuda hipotecaria cubierta con el valor real o de mercado del inmueble (*secured debt*), pudiendo evadir<sup>1213</sup> a través de la descarga la totalidad de las deudas por créditos hipotecarios posteriores (*junior mortgages*) —al

---

*confirmation of a plan of reorganization so long as the plan meets certain minimum standards for the treatment of that nonconsenting creditor.*"

<sup>1206</sup> LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 579, nota al pie N° 38, plantea que de acuerdo a la sección 506, el *strip down* es sinónimo de *lien stripping* y *cramdown*. De igual forma, NACY (2000) "Survival underwater...", cit., p. 94, nota 43.

<sup>1207</sup> GRAY, David (2009) "The chapter 13 estate and its discontents", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 17, p. 305.

<sup>1208</sup> LEVITIN (2009) "Resolving the...", cit., p. 607.

<sup>1209</sup> NACY (2000) "Survival underwater...", cit., p. 94, nota al pie N° 43.

<sup>1210</sup> WHELAN y COHEN (1994) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 181, señalan que "*Payments would be made on the resulting secured claim, while the debtor modified the unsecured portion.*"

<sup>1211</sup> COCO (2015) "Foaming the runway...", cit., p. 432, indica que "*Another significant advantage that is not afforded a non-debtor homeowner is the ability of a bankruptcy debtor to eliminate a junior lien holder on the property that is unsecured due to a drop in the home's market value. The second mortgage payment is eliminated from a debtor's total debt load through the lien stripping process in bankruptcy.*"

<sup>1212</sup> MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1345.

<sup>1213</sup> NACY (2000) "Survival underwater...", cit., p. 94, nota al pie N° 43.

primer crédito hipotecario (*senior mortgage*)— que no fueran cubiertas por el valor de la propiedad (*unsecured debts*)<sup>1214</sup>.

Respecto de ambas formas de rebaja substancial del monto de la deuda hipotecaria en el concurso, la doctrina se encuentra dividida en torno a la posibilidad de su aplicación en el Capítulo 7 y Capítulo 13 del *Bankruptcy Code*. Para la doctrina que apoya la posibilidad, se constituye en una herramienta que beneficia al deudor puesto que en el procedimiento concursal obtendrá en esencia una significativa rebaja de la carga de la deuda total<sup>1215</sup> a través de la evasión o elución legal (*avoid*) de una parte o la totalidad de una deuda<sup>1216</sup>. Por un lado, en un Capítulo 7, si bien el deudor perderá el inmueble, podría cubrir el total de la *secured debt* con el valor real o de mercado obtenido en la realización de la propiedad, pudiendo descargar la parte considerada *unsecured debt*; por otro lado, en un Capítulo 13, si se trata de un *strip off*, y facultado para asumir en el periodo de compromiso del plan el pago del monto equivalente a la *secured debt*, podría descargar todas aquellas deudas hipotecarias originadas en créditos hipotecarios posteriores al primero; mientras que si se trata de un *strip down*, también optaría a una descarga de la parte de la deuda considerada *unsecured*, si al final del periodo de compromiso se hubiere efectuado el pago completo de la parte de la deuda considerada *secured*.

De acuerdo a lo anterior, nos llama positivamente la atención que el legislador francés contemple de manera expresa en la ley de protección del deudor sobreendeudado el *cramdown* respecto de los créditos titularidad de acreedores garantizados con el inmueble que se constituye en residencia principal de la familia<sup>1217</sup>, a diferencia del derecho estadounidense donde se discute fervientemente en torno a la posibilidad de aplicarlo en casos de hipotecas constituidas sobre la residencia principal

---

<sup>1214</sup> MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1335, manifiesta que "*In such instances, a debtor could argue that a mortgage without any underlying value cannot be considered "secured." In contrast to strip down-which, if allowed, would limit the security interest and lien on the property to the judicially determined fair market value-a "strip off" allows a court to completely remove the lien and consider the whole mortgage to be an unsecured debt. Debtors.*". Así también, WHELAN y COHEN (1994) "Consumer bankruptcy...", cit., p 181, señalan que "*In cases of wholly unsecured junior mortgagees, debtors would bifurcate the claim under section 506(a) and avoid the entire unallowed secured claim under section 506(d).*"

<sup>1215</sup> COCO (2015) "Foaming the runway...", cit., p. 432; MYERS (2011) "Dewsnup strikes...", cit., p. 1335.

<sup>1216</sup> NACY (2000) "Survival underwater...", cit., p. 94.

<sup>1217</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 247, expresa que la reducción del monto de créditos por venta de inmueble es una medida que la Comisión puede recomendar, por lo que requiere homologación por parte del juez, y que tiene cabida tanto en la venta forzada del inmueble como en una venta amigable. KILBORN (2005) "La responsabilisation...", cit., p. 647, se refiere sucintamente a esta norma al señalar que "*The court [debiendo haber señalado la Comisión] may provide for a partial or full discharge only of a deficiency obligation remaining on a home mortgage loan following the forced sale of the home*".

del deudor, especialmente en el Capítulo 13. En efecto, el ordenamiento francés contempla abiertamente la aplicación del *cramdown*, tanto en su vertiente de *strip-down*, como incluso *strip-off*<sup>1218</sup>, en el artículo L. 733-7.<sup>1219</sup>, que permite reducir el monto debido en capital a título de préstamo inmobiliario cuando se trate de una venta forzada de la residencia principal del deudor, se trate de un préstamo hipotecario y el acreedor hipotecario haya sido satisfecho parcialmente con el producto de la venta del inmueble<sup>1220</sup>. Ello, consideramos, tiene su fundamento en el marcado carácter proteccionista de los intereses y derechos del deudor por parte de la regulación de tratamiento de sobreendeudamiento<sup>1221</sup>, tal como los mismos fundamentos de la legislación lo esgrime, ante lo cual el deudor podrá descontar la parte o el total del monto de un crédito hipotecario que no haya podido ser cubierto con el producto de la venta del inmueble que se constituye en su residencia principal<sup>1222</sup>.

---

<sup>1218</sup> PAISANT, Gilles (1996) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 4, p. 711, expresa que "Compte tenu du fait que la mesure de réduction" prévue par la loi peut consister dans la remise totale de la dette s'il apparaît que cette solution est seule compatible avec les ressources et les charges du débiteur."

<sup>1219</sup> La norma, en lo pertinente expresa que "*La commission peut recommander, par proposition spéciale et motivée, les mesures suivantes: 1° En cas de vente forcée du logement principal du débiteur, grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ou à une société de financement ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition, la réduction du montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit ou aux sociétés de financement après la vente, après imputation du prix de vente sur le capital restant dû, dans des proportions telles que son paiement, assorti d'un rééchelonnement calculé conformément au 1° de l'article L.733-1, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur. La même mesure est applicable en cas de vente amiable dont le principe, destiné à éviter une saisie immobilière, et les modalités ont été arrêtés d'un commun accord entre le débiteur et l'établissement de crédit ou la société de financement.*"

<sup>1220</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 338. De acuerdo a lo expresado por PAISANT, Gilles (1998) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 2, p. 412, la misma legislación contempla la necesidad de que aquella parte del crédito que el deudor debe asumir, debe ser compatible con sus recursos y cargas.

<sup>1221</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 328, expresa que las medidas de tratamiento del sobreendeudamiento relacionadas con la residencia principal del deudor proceden de dos ideas: "*éviter l'éviction du surendetté de son logement et, si cela est impossible, obtenir le meilleur prix de vente du logement.*"

<sup>1222</sup> Creemos que la aplicación del *cramdown* en el ordenamiento francés tiene también fundamento en la caracterización de la relación contractual entre deudor consumidor y acreedores prestamistas, lo que con fundamento en las expectativas del acreedor, y siendo estimable o probable un eventual incumplimiento por el deudor, el mismo no es obligado más allá que las solas expectativas del acreedor, que en el caso particular, no podrían ir más allá que el solo valor de mercado del bien inmueble con el cual se garantiza la obligación principal.

### 3.2. La exención al embargo de bienes. Breve referencia al régimen de la vivienda habitual del deudor en el concurso de la persona física.

No es una cuestión oculta el restrictivo tratamiento que la vivienda habitual tiene en la regulación del concurso de la persona física en la LC. La doctrina está de acuerdo en que el tratamiento de la vivienda habitual del deudor en el derecho concursal español no significa de manera alguna un beneficio para el deudor, sino que le repercute consecuencias tan drásticas para él y su familia que es esta otra razón para, si se quiere decir así, repudiar la regulación planteada<sup>1223</sup>.

En las Conclusiones del Seminario de Segunda Oportunidad de 2016<sup>1224</sup>, y ante la consulta de si el deudor puede mantener la vivienda habitual pese a la exoneración, sin dar justificación, apreciamos, en atención al fondo del asunto en el informe, se concluye que no. Se ha planteado<sup>1225</sup> que la regulación concursal en comento no permite siquiera plantear la posibilidad de exonerar una deuda garantizada, y además, impide valorar la conducta del prestamista a la hora de conceder el préstamo. Vinculado a lo anterior, se ha expresado<sup>1226</sup> que las exigencias al mercado del crédito en torno a la aplicación de medidas en beneficio de los deudores personas físicas han de ser prudentes en materia de créditos con garantía real; donde salvo en caso de actuación irresponsable del prestamista, no hay razón para imponerle un sacrificio en aquella cuantía de su crédito que esté cubierta por la garantía. Incluso algunas medidas introducidas por el llamado Código de Buenas Prácticas a través del RDL 6/2012, de 09 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que ha sido modificado por el RDL 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios y por el RDL 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, no han tenido la aceptación esperada<sup>1227</sup>.

Aunque un tratamiento adecuado de la vivienda habitual en el concurso de la persona física requeriría un trabajo de larga extensión, y escapando al objetivo principal

---

<sup>1223</sup> Así lo pone de manifiesto CUENA, Matilde (2015) "Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 23, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).

<sup>1224</sup> Las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 12, solo se limitan a señalar que "El precio de la exoneración es la liquidación del patrimonio del deudor [...]"

<sup>1225</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 49.

<sup>1226</sup> COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 436.

<sup>1227</sup> En torno a las medidas de reestructuración forzosa de las deudas en caso de deudores en el umbral de exclusión social, y especialmente a la dación en pago, FERNÁNDEZ REYES, Ángel V. (2015) "Las últimas reformas legislativas en materia de préstamos hipotecarios y su repercusión en el futuro de la hipoteca en España", en Sánchez R., Inmaculada y Olmedo C., Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, pp. 375, 376 y 403.

del nuestro, nos atrevemos en todo caso a efectuar ciertas precisiones y dejar sentadas ciertas premisas que, entendemos, serían válidas y del todo útiles para una profundización posterior.

La primer precisión que debemos efectuar surge a raíz de una cuestión que, aunque simple, podría tener repercusiones de gran importancia para los intereses de alivio del deudor persona física. En efecto, la cuestión es, ¿la moderna regulación concursal de la persona física, en cuya base se encuentra el principio del fresh start, podría incidir en alguna medida en la respuesta a la problemática?.

En relación a esto y de manera breve, partiendo de la primacía de los intereses de los acreedores garantizados en el procedimiento concursal, se ha señalado<sup>1228</sup> que la protección de los deudores personas físicas debe limitarse a lo que sea estrictamente necesario para evitar la exclusión social de su persona y familia, lo cual permitiría comprender como razonable la exigencia al deudor de buena fe y a su familia de un suficiente grado de austeridad en su vida, de manera tal de equilibrar sacrificios.

Sentado esto, y aunque sería necesario efectuar una profunda identificación y comprensión de los intereses y razones que se encuentran subyacentes a los derechos fundamentales en colisión, podríamos estimar a priori que un adecuado entendimiento del principio del fresh start, de su objetivo de tratar y solucionar de manera efectiva o real el problema subyacente a la insolvencia del deudor persona física, podría significar la base de un argumento que bien podría desequilibrar la balanza hacia el entendimiento de que ciertos bienes del deudor podrían ser excluidos del activo concursal con finalidad de escapar a la acción de los acreedores debido a la naturaleza y función que el mismo detenta para un individuo en particular, atender a las necesidades de la familia<sup>1229</sup>; y que en atención a las especiales circunstancias del deudor, requiere de este nivel de protección para el cumplimiento del objetivo de un real alivio, o en otras palabras, el logro de la erradicación del riesgo de la exclusión social en su persona y familia.

Bajo esta perspectiva, no nos referimos a una excepción a la descarga de la deuda que beneficie a un acreedor en circunstancias de especial cuidado, sino de una exención al activo del concurso con fundamento en las justificaciones y derechos que instituyen el principio del fresh start. Una exención al activo concursal que, por otro lado, posibilite al deudor de buena fe el logro efectivo del objetivo de un real alivio; y que determine para él y su familia la concreción de circunstancias de vida que

---

<sup>1228</sup> COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 436.

<sup>1229</sup> Esta especial funcionalidad también es apreciada por CUENA (2015) "Mecanismos...", cit., p. 1.

efectivamente le permitan el desarrollo personal y familiar. En concordancia con lo anterior, se ha señalado<sup>1230</sup> que el significado social y humano que tiene la pérdida de la vivienda familiar de una persona endeudada invita a reflexionar acerca de la posible moderación o exclusión de esta penosa pérdida.

De acuerdo a lo que hemos podido constatar en el derecho comparado, si como hemos visto existen herramientas que posibilitan una separación o bifurcación de un único crédito garantizado en una parte no descargable y otra descargable; si como hemos podido ver es posible una regulación específica que consagre tal efecto; ¿por qué no pensar en la posibilidad de que atendido a las circunstancias especiales del deudor persona física, atendido al principio del fresh start, atendido a la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona natural, atendido al objetivo de otorgar un alivio, pueda concretizarse tal efecto en la LC; e incluso más, atendido a todas estas razones, pueda concretizarse una exención del activo concursal de la vivienda habitual del deudor?.

Nótese que, aunque la cuestión anterior pudiere parecer para algunos una idea descabellada, esta idea no surge de la nada, pues como vemos, existirían fundamentos para su comprensión; y además, puesto que no es una idea de un mundo quimérico, sino que por el contrario, es una realidad hoy. En efecto, en el ordenamiento estadounidense, aunque en la actualidad la mayoría de los estados la contemplan, es en el de Texas, reconocido por la doctrina como proteccionista de los intereses del deudor<sup>1231</sup>, en cuyo ordenamiento tiene sus orígenes la excepción al activo concursal que protege directamente la propiedad que se constituye en residencia principal del deudor o *homestead exemption*<sup>1232</sup>.

---

<sup>1230</sup> Así, BLANQUER (2009) "Endeudamiento...", cit., p. 313. Del mismo modo, citando al anterior, aunque refiriéndose a la paralización de la ejecución hipotecaria en el concurso, JIMÉNEZ (2010) "Vivienda familiar...", cit., p. 281.

<sup>1231</sup> RUSHING (2016) "Use it or lose it...", cit., p. 903; KEMNER (1991) "Personal bankruptcy...", cit., p. 685.

<sup>1232</sup> De acuerdo a RESNICK (1978) "Prudent planning...", cit., p. 620 y VUKOWICH, William T. (1974) "Debtors' exemption rights", en *Geo. L. J.*, Volumen 62, N° 3, p. 1463, hechos históricos como la depresión sufrida por Estados Unidos en el año 1837, la guerra civil y la excesiva hostilidad en zonas rurales de ciertos estados, llevó a que muchos crearan generosas excepciones, entre las cuales se encuentra la *homestead exemption* en el estado de Texas. De igual forma, MORANTZ, Alison D. (2006) "There's no place like home: homestead exemption and judicial constructions of family in nineteenth-century america", en *Law & Hist. Rev.*, Volumen 24, N° 2, pp. 252 y 253. KEMNER (1991) "Personal bankruptcy...", p. 685, señala que los orígenes de la *homestead exemption* preceden a la *Bankruptcy Act* de 1898 por casi seis décadas. De acuerdo a GONZÁLEZ, Henry B. (1995) "The texas homestead: the last bulwark of liberty", en *St. Mary's L.J.*, Volumen 26, pp. 339 y 343, la *homestead exemption* es una preciada libertad consagrada constitucionalmente, originada por la influencia de eventos, culturas e individuos en el desarrollo de principios y valores en el estado, especialmente la crisis económica de 1837, que se constituye en base de la "*Texas constitutional homestead protection*", por más de ciento

Una *homestead exemption* exceptúa bienes específicamente determinados de una venta forzada<sup>1233</sup>. La importancia de la excepción para efectos concursales, radica en el hecho de que el deudor podrá eximir del activo concursal (*state*), con escasas limitaciones, la propiedad que se constituye en residencia principal, de manera de aprovecharse de ella sin que sean autorizados los acreedores a perseguirla para hacerse pago de sus acreencias<sup>1234</sup>. Ello posibilita que el deudor y sus dependientes mantengan ciertos bienes que les permitan una mínima calidad de vida y dignidad con posterioridad al procedimiento concursal<sup>1235</sup>.

La regulación de la *homestead exemption* en el estado de Texas presenta tanto a nivel constitucional como legal<sup>1236</sup> una protección especial a la propiedad familiar del deudor<sup>1237</sup>. El artículo XVI, sección 50(a) de la Constitución y la sección 42.001(b)(1) del *Property Code*, establecen que la propiedad que se constituye en residencia principal de una familia o de un adulto soltero es protegida de la venta forzada con propósito del pago a los acreedores, exceptuándose los casos específicamente determinados en la misma norma<sup>1238</sup>, entre los cuales se encuentran el de divorcio, préstamos para mejoras del hogar, préstamos hipotecarios, refinanciamiento de préstamos. La determinación de la propiedad familiar es relativamente sencilla, permitiendo catalogar como tal una residencia de hasta diez acres si se encuentra en el área urbana, y de hasta doscientos

---

cincuenta años. BAKER, James L. (1996) "The texas homestead exemption's near ban on home equity lending: Its time for the people to decide", en *Hous. L. Rev.*, Volumen 33, p. 256, señala que en el año 1845, y como consecuencia de las constantes vacilaciones entre las legislaturas, se decidió otorgar estabilidad a la excepción, incluyéndola en la Constitución.

<sup>1233</sup> BOETTCHER, Charles C. (1999) "Taking texas home equity for a walk, But keeping it on a short leash!", en *Tex. Tech L. Rev.*, Volumen 30, p. 201.

<sup>1234</sup> TARVIN, Timothy R. (2011) "Bankruptcy, relocation, and the debtor's dilemma: preserving your homestead exemption versus accepting the new job out of state", en *Loy. U. Chi. L.J.*, Volumen 43, p. 144, expresa que "*The effect of homestead exemption laws is to protect home equity, preserve home ownership, avoid the eviction of families, and minimize the need for public welfare and housing assistance.*". Conceptualizando la *homestead exemption*, CUENA (2015) "Mecanismos...", cit., pp. 2 y sgtes. POWERS (2012) "Can you trust...", cit., p. 749; BROWN (1997) "Political and ethical...", cit., p. 150; KEMNER (1991) "Personal bankruptcy...", cit., p. 685.

<sup>1235</sup> RESNICK (1978) "Prudent planning...", cit., p. 626; LEE (1971) "The Counseling...", cit., p. 388; VUKOWICH (1974) "Debtors...", cit., pp. 785 y 785; PRICE, Stephen H. (1992) "Florida's homestead exemption: racketeers should not leave home without it", en *Stetson L. Rev.*, Volumen 21, p. 684, explica que desde su incorporación, la excepción ha sido arraigada en propósitos humanitarios y socioeconómicos. BREINSTEIN, MacKenzie (2010) "The ideal homestead exemption: avoiding asset conversion and fraud but still protecting dependents", en *Drake L. Rev.*, Volumen 58, p. 1122.

<sup>1236</sup> KEMNER (1991) "Personal bankruptcy...", cit., p. 686.

<sup>1237</sup> De acuerdo a KEMNER (1991) "Personal bankruptcy...", cit., p. 686, los propósitos detrás de la instauración de la *homestead exemption* fueron "*Preserving family integrity, preventing debtors from burdening society, and instilling feelings of independence and stability in citizens.*". En el mismo sentido BOETTCHER (1999) "Taking...", cit., p. 204.

<sup>1238</sup> BOETTCHER (1999) "Taking...", cit., p. 202.



acres si se encuentra en área rural<sup>1239</sup>. Lo anterior posibilita catalogar a la regulación de la excepción entre las más liberales de Estados Unidos, al establecerse la limitación en cuanto a la superficie de la propiedad y no en cuanto a su valor<sup>1240</sup>. A ello se agregan reglas procedimentales internas del estado que impiden la ejecución de una propiedad exenta<sup>1241</sup>. No obstante lo anterior, y a diferencia de la originaria redacción de la disposición constitucional, las normas aludidas presentan una visible limitación para los deudores que pretenden utilizar la excepción, puesto que si bien se permite exceptuar del concurso una propiedad de ilimitado valor, las excepciones mencionadas limitan el ejercicio de este derecho en caso que el deudor haya contraído una obligación garantizada con hipoteca<sup>1242</sup>.

Por su parte, a diferencia del Estado de Texas, considerando el objetivo de las excepciones al activo concursal, y en lo relativo al tratamiento de la vivienda que se constituye en residencia principal del deudor concursado<sup>1243</sup>, el Estado de Florida ha

---

<sup>1239</sup> Sección 41.002(a) y (b) *Texas Property Code*. RUSHING (2016) "Use it or lose it...", cit., p. 904; BAKER (1996) "The texas...", cit., p. 251.

<sup>1240</sup> En esta línea, DENHAM, Michael (1999) "A call for bankruptcy reform: the fifth circuit limits the texas homestead exemption and further complicates the exemption controversy", en *Tex. Tech L. Rev.*, Volumen 30, p. 274; BREINSTEIN (2010) "The ideal...", cit., p. 1128; BAKER (1996) "The texas...", cit., p. 252.

<sup>1241</sup> En este sentido, DENHAM (1999) "A call...", cit., pp. 276, da cuenta de las normas que en el ordenamiento del estado de Texas impiden que los bienes exentos sean ejecutados, contando la *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann.* § 31.002(a), las que de acuerdo a su interpretación, incluirían a la propiedad que se constituye en residencia principal en virtud de la *homestead exemption*. Aunque su postura es minoritaria, para el autor, la interpretación sistemática de las normas que consagran constitucional y estatutariamente la *homestead exemption* y las normas de procedimiento aludidas, se traducen en que un inmueble que goza del carácter de residencia principal del deudor, que haya sido exento del concurso, no puede ser ejecutado en el procedimiento. En contra, GONZÁLEZ (1995) "The texas...", cit., p. 339, para quien, aunque la *homestead exemption* se constituye en una herramienta de protección de la vivienda del deudor, la Constitución de Texas autorizaría la ejecución forzada de hipotecas. En esta línea, BREINSTEIN (2010) "The ideal...", cit., p. 1121, nota al pie N° 1 y p. 1131, nota al pie N° 42.

<sup>1242</sup> RUSHING (2016) "Use it or lose it...", cit., p. 902. Ahora bien, llama la atención que la regulación original de la *homestead exemption* en el Estado de Texas no estableciera ninguna limitación al deudor para exceptuar de cualquier venta forzada la vivienda familiar, al indicar que "*The homestead of a family, or single adult person, shall be, and is hereby protected from forced sale, for the payment of all debts except for the purchase money thereof, or a part of such purchase money, the taxes due thereon, or for work and material used in constructing improvements thereon, and in this last case only when the work and material are contracted for in writing, with the consent of both spouses [...]*". Texto encontrado en KEMNER (1991) "Personal bankruptcy...", cit., p. 686, nota 12.

<sup>1243</sup> RESNICK (1978) "Prudent planning...", cit., p. 622, establece la relación entre los propósitos que justifican las excepciones de propiedad del activo concursal y la vivienda principal del deudor, al indicar que "*The homestead exemption, which exists in the vast majority of jurisdictions, also serves the purpose of providing necessities of life by permitting the debtor to keep his home.*". CROSBY, Harold B. y MILLER, George J. (1949) "Our legal chameleon, the florida homestead exemption: I-III", en *U. Fla. L. Rev.*, N° 2, pp. 14 a 16, da cuenta de los propósitos de la *homestead exemption* en palabras de los jueces, indicando que los mismos consideran que son "[...] *to secure to each family a home and means of livelihood, irrespective of financial misfortune, and beyond the reach of creditors; [...] to prevent the unfortunate citizen, from being deprived of the necessities of life and to preserve for him and his family certain things reasonably necessary to enable him to earn a livelihood and where his livelihood is produced by his*

consagrado constitucionalmente una regulación más liberal de la *homestead exemption*<sup>1244</sup>. Los requisitos de procedencia los establece el artículo XI, sección 4, de la Constitución del Estado de Florida, al señalar que la excepción puede ser planteada respecto de la propiedad que se constituye en residencia principal del deudor, en un monto ilimitado de valor, solo limitándose en cuanto superficie a medio acre si la propiedad se encuentra situada dentro del municipio, o ciento sesenta acres si se encuentra fuera<sup>1245</sup>. Dependiendo de si el deudor se encuentra en un Capítulo 7 o 13, la aplicación de la excepción será diferente. Teniendo en cuenta la diversa naturaleza y caracteres de cada capítulo, la excepción será aplicada en el Capítulo 13 en todo caso, y aunque el deudor no la hubiere solicitado, puesto que atendida la naturaleza del Capítulo 13, la propiedad permanece en manos del deudor mientras pende el cumplimiento del plan de pagos; por el contrario, puesto que en un Capítulo 7 el deudor entrega el inmueble al *trustee* para que proceda con la liquidación, la excepción no será aplicada sino cuando el deudor la hubiese solicitado, puesto que su no solicitud determina el abandono de la propiedad al *trustee* y el nacimiento de su derecho a solicitar una *wild card exemption*<sup>1246</sup>.

Pues bien, ¿por qué no pensar en esta posibilidad en nuestro derecho concursal?. Es que además, en la misma legislación concursal española se encuentra un fundamento que, bien entendido, posibilita aceptarla. En efecto, ya hemos dado cuenta de la naturaleza de exención al activo concursal que cumple los alimentos consagrados en el artículo 47 en relación con el artículo 84.4º LC. Tal naturaleza justifica que determinados bienes o ingresos del deudor puedan ser extraídos del activo concursal para ir en respuesta de una particular situación de necesidad. De acuerdo a esto, y en relación a este derecho de alimentos, se ha manifestado<sup>1247</sup> que es la necesidad la que permite atemperar el rigor del artículo 1911 del Código Civil y aplicar bienes del

---

*personal labor and services to so protect him and his family that such earnings may not be taken from them and they be left destitute and a charge upon charity.*"

<sup>1244</sup> PRICE (1992) "Florida's...", cit., p. 683; CROSBY y MILLER (1949) "Our legal...", cit., p. 14; VUKOWICH (1974) "Debtors...", cit., p. 786.

<sup>1245</sup> LANEY, John T. y GARCÍA, Nicholas J. (2016), "Bankruptcy", en *Mercer Law Review*, Volumen 67, p. 828.

<sup>1246</sup> LANEY y GARCÍA (2016), "Bankruptcy", cit., pp 827 a 829, respecto de la *wild card exemption*, un deudor puede solicitar la excepción del activo concursal de aquellos bienes personales hasta por un monto de cuatro mil dólares, en caso que no solicitaren o no les fuera concedido el beneficio de la *homestead exemption*. De allí su nombre, puesto que la excepción actúa como un comodín en aquellos casos en que el deudor no haya sido beneficiado con la excepción del activo concursal de la propiedad que se constituye en su residencia principal.

<sup>1247</sup> DURO VENTURA, C. (2004) "Artículo 47", en Palomar Olmeda, A. (coordinador), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid: Editorial Dickinson, p. 512.

concurso a la satisfacción de sus propias necesidades, sin saldar íntegramente los créditos existentes en su contra. Por otro lado, también se ha expresado<sup>1248</sup> que esta necesidad existirá cuando los bienes inembargables no sean suficientes para asegurar la vida digna del concursado y su familia. Siendo ello así, si tales alimentos, que en naturaleza se corresponden a una exención al activo embargable del deudor, pueden fijarse más allá de los bienes y recursos inembargables del deudor en la medida que han de responder a una necesidad particular; y si tal necesidad ha de moldear el principio de responsabilidad patrimonial del deudor en función de sus circunstancias de vida particulares y las de su familia; bien podemos decir que no sería descabellado pensar que ciertos bienes determinados, como la vivienda habitual del deudor, debiere ser excluida del activo concursal cuando las circunstancias de vida particulares del deudor signifiquen una situación de necesidad tal que repercuta en riesgo de exclusión social o, como entendemos nosotros, falta de desarrollo personal y familiar.

Por otro lado, las exenciones al activo concursal encuentran su fundamento en la necesidad de proveer a los deudores y sus familias de un mínimo de bienes o ingresos que permitan enfrentar una vida después del concurso de manera digna<sup>1249</sup>. Considerando que las exenciones al activo concursal —junto a la descarga— son una especial herramienta para lograr los objetivos del principio del fresh start<sup>1250</sup>, entendemos que se encontrarían a su vez justificadas por las mismas razones que fundamentan este último, y que algunos autores señalan<sup>1251</sup> se encuentran en el reconocimiento por parte de la legislación de la inherente dignidad de cualquier ser humano, de manera tal de serle otorgada una oportunidad para vivir en condiciones económicas básicas que respondan a tal dignidad y permita ponerle en el camino de la auto determinación como miembro que contribuye a la continua existencia de la sociedad y la protección de sus dependientes<sup>1252</sup>.

---

<sup>1248</sup> NANCLARES VALLE, J. (2004) "Artículo 47", en Córdón Moreno, Faustino (director), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona: Editorial Thomson Aranzadi, p. 380.

<sup>1249</sup> LANDRY (2012) "Ethical considerations...", cit., p. 68, nota al pie N° 56; LOMBINO (1998) "Uniformity of exemptions...", cit., p. 177; BLOCH (2009) "Approaching the...", cit., p.1753; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 97, nota al pie N° 43;

<sup>1250</sup> KEMNER (1991) "Personal bankruptcy...", cit., pp. 684 y 685; KIM (2010) "Saving our future...", cit., p. 354.

<sup>1251</sup> FLINT (1991) "Bankruptcy...", cit., p. 536, TABB (1990) "The scope...", cit., p. 95 y KRONMAN (1983) "Paternalism...", cit., pp. 785 y 786.

<sup>1252</sup> BROWN (1997) "Political and ethical...", cit., p. 169 y RESNICK (1978) "Prudent planning...", cit., pp. 621, expresan que el propósito detrás de las excepciones al activo concursal es inseparable de las políticas sociales avaladas por los cuerpos legislativos y los tribunales, esto es, proporcionar al deudor que lo merece los bienes necesarios para su subsistencia, protección de la dignidad e identidad cultural y religiosa del deudor, la rehabilitación financiera y capacidad de obtener ingresos futuros, la protección de

### SECCIÓN 3ª. EL CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA REGULACIÓN CONCURSAL DE PERSONA FÍSICA EN LA LC.

#### 1. Las anotaciones de deudores en el registro.

##### 1.1. Las anotaciones de la exoneración de la deuda en el Registro de Deudores.

La norma del artículo 178 bis.3.5º.v) expresa que la declaración de alivio será inscrita en el Registro Público Concursal. En el registro se anotará la obtención del alivio de la deuda por el periodo de cinco años posteriores a la concesión definitiva de la exoneración de la deuda en virtud del párrafo primero del artículo 178 bis.8.

Considerando que como tendremos oportunidad de corroborar<sup>1253</sup>, nuestra interpretación es que los requisitos planteados en el apartado 3 son copulativos a las formas de exoneración contempladas en el artículo 178 bis, debe entenderse que esta exigencia la contempla la LC tanto para la fórmula de exoneración directa del número 4º del apartado 3, como para la fórmula de exoneración aplazada a la que hace referencia el número 5º del apartado 3 en relación al artículo 178 bis.6<sup>1254</sup>.

En línea con lo que venimos argumentando, la justificación que tuvo el legislador para establecer este requisito de incorporación de los deudores personas físicas que hubieran obtenido la exoneración de la deuda con posterioridad a la conclusión del procedimiento concursal, fue la protección de los intereses de los acreedores. Ello es posible de comprender de la lectura de la exposición de motivos de la LC y la historia de ley de la LSO, a la que ya hemos hecho referencia previamente y a la cual nos remitidos<sup>1255</sup>. A mayor abundamiento, ello es reafirmado por la norma concursal desde que únicamente tendrá acceso a esta información, las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, "entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de un crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por este y que esté condicionada a su solvencia", dejando con

---

la familia del deudor de las adversas consecuencias del empobrecimiento, y cambiar la carga de proporcionar al deudor y su familia con un mínimo soporte financiero desde la sociedad a los acreedores, quienes recibirán menos como resultado de las excepciones efectuadas.

<sup>1253</sup> Así, apartado II.3., Sección 1ª, Parte Cuarta.

<sup>1254</sup> De manera contraria, entendiendo que la exigencia la LC la aplica solo para el caso de exoneración aplazada por el plan de pagos, PULGAR (2015) "Acuerdos extrajudiciales...", cit., y de la misma forma, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., pp.118 y 119.

<sup>1255</sup> Apartado 2.2.2, Sección 1ª, Parte Segunda y apartado 3, Sección 1ª, de esta Parte Tercera

ello de manifiesto la importancia que cumple el registro para los intereses de los acreedores a la hora de otorgar crédito.

## **1.2. Las anotaciones de denegación y revocación de la deuda en el modelo alemán.**

La reforma de la InsO de 2014, a través de la § 303a InsO, estableció que la denegación o revocación del alivio de la deuda será incluido en los Sistemas de Información de Créditos (SCHUFA)<sup>1256</sup>. En la práctica, el registro anota y mantiene por un periodo de tiempo de tres años la información relativa a la decisión en torno a la denegación y revocación del alivio de la deuda respecto a un deudor determinado que haya sido parte en un procedimiento concursal<sup>1257</sup>.

El fundamento tenido en vista por el legislador alemán a la hora de instaurar este efecto del alivio de la deuda fue la protección del interés de los futuros acreedores, bajo el entendido de que a través del registro podrían conocer si al deudor le había sido denegado o revocado el alivio de la deuda con anterioridad, de manera tal de efectuar una más adecuada evaluación de la solvencia crediticia a la hora de otorgar crédito<sup>1258</sup>.

Es posible apreciar que subyacente a las justificaciones de la regulación en comento existe implícita una admisión del potencial riesgo que el deudor liberado de la deuda residual representa para los prestamistas. Teniendo ello en mente, y dado que el riesgo de recurrencia en la insolvencia existe sobre todo con respecto a deudores deshonestos que buscan obtener préstamos que luego no pueden o no quieren pagar, la conclusión es que los redactores del proyecto habrían asumido que todo deudor es típicamente deshonesto<sup>1259</sup>; razón que justificaría una necesaria acción para proteger a los intereses de los futuros acreedores.

Entendiéndose que el procedimiento debe otorgar alivio a todo deudor honesto<sup>1260</sup>, de acuerdo a la perspectiva anteriormente descrita, la regulación presenta una contradicción irresoluble con los objetivos originalmente considerados por el

---

<sup>1256</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 33.

<sup>1257</sup> HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 251; SCHMERBACH (2012) "Änderungen...", cit., p. 58.

<sup>1258</sup> Así, El PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA INSO DE 2012, BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 33. SCHMERBACH (2012) "Änderungen...", cit., p. 58, expresa que se pretende proteger los negocios honestos y proporcionar al tribunal de insolvencia la oportunidad de conocer las denegaciones anteriores en el contexto de la decisión inicial de conformidad con la § 287.

<sup>1259</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 230.

<sup>1260</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 1.

legislador a la hora de implementar la reforma del procedimiento concursal de la persona física en 2014<sup>1261</sup>.

Esta contradicción entre los objetivos idealmente planteados por el legislador y la regulación finalmente lograda con la § 303a InsO se presenta además en torno a la pretendida disminución del tiempo para un alivio de la deuda. En efecto, se ha criticado que si el legislador pretendió promover el emprendimiento a través de la disminución del tiempo de duración de los procedimientos concursales de la persona física, de manera tal de devolver más rápidamente al deudor a una situación de vida digna<sup>1262</sup> a través de un incentivo como es la disminución del término del periodo de buena conducta, ello no se logra en la práctica, puesto que un efectivo alivio de la deuda no llega sino hasta pasados tres años posteriores al término del procedimiento concursal<sup>1263</sup>. Así, con una posibilidad de aplazamiento de los costos del procedimiento, podría estar el deudor hasta por 9 o 10 años a la espera de una definitiva reconstrucción de su solvencia; e incluso, con una duración de tres años del procedimiento, la duración real hasta el alivio efectivo de la deuda sería de 7 años, lo cual significa una espera demasiado larga para alcanzar los objetivos supuestamente perseguidos por el legislador<sup>1264</sup>.

### **1.3. La privación de un efectivo alivio del deudor.**

El registro de deudores, a diferencia del pretendido objetivo del legislador de proteger los intereses de los acreedores, en la práctica adquiere una connotación negativa<sup>1265</sup>, puesto que debido a que el alivio de la deuda se califica como una característica del problema de la insolvencia<sup>1266</sup>, se aprecia al deudor como una persona de potencial riesgo, a pesar de haber cumplido todas sus obligaciones y haber sido beneficiario de un alivio de la deuda<sup>1267</sup>. Ello en definitiva se constituye en una

---

<sup>1261</sup> PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 153; BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 230.

<sup>1262</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 1.

<sup>1263</sup> PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., pp. 153 y 154.

<sup>1264</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 226. PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., pp. 153 y 154, expresa que ello significaría que la duración del procedimiento en la práctica iría más allá de los siete años que originariamente se habían establecido en la InsO en 1999, esfumándose el acortamiento a seis años que el 2001 se habría efectuado con la enmienda de la regulación.

<sup>1265</sup> HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 222.

<sup>1266</sup> HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 251.

<sup>1267</sup> PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 154, señala que el cumplimiento de todas las obligaciones de información, cooperación y adquisición durante el procedimiento no beneficiaría al deudor. Debido a la entrada obligatoria en la lista de deudores, tendría que esperar otros tres años hasta

discriminación arbitraria<sup>1268</sup> que, repercutiendo de manera negativa en sus pretensiones de obtención de crédito, significa una limitación de sus posibilidades de vida adecuada o digna<sup>1269</sup>.

La razón de un inicio tardío de los procedimientos concursales se debe a que el sistema legal no proporciona a los deudores un instrumento que se percibe como aceptable, que permita una solución rápida y eficiente de la difícil situación y, si ello falla, un reinicio rápido. El deudor siente el estigma social del fracaso, que se manifiesta en el hecho de que incluso, tras el alivio de la deuda, queda marcado con una característica negativa<sup>1270</sup>, que puede incluso considerarse un castigo.

Se aprecia de esta forma el trasfondo negativo que presenta la regulación de las anotaciones en el registro de deudores, a pesar de que el legislador pretenda o intente cubrir este efecto desfavorable en los intereses de los deudores personas físicas con declaraciones de buenas intenciones en lo que describe sería una protección a los intereses de futuros acreedores del deudor que ya ha sido beneficiado con una exoneración de la deuda.

En tal sentido, aunque la exigencia contemplada en la LC se pretendiera justificar en la consideración de que una limitación al principio de responsabilidad patrimonial universal debe ir acompañado de un mayor flujo de información financiera del deudor, de manera tal de fomentar la competencia financiera para ofrecer mejores tipos a los clientes de los que tienen información y al resto de nuevos clientes respecto de los cuales también podría tener acceso a su información y también suponer un control del sobreendeudamiento de los particulares<sup>1271</sup>, considerando la experiencia analizada del modelo alemán, en la cual como se aprecia es del todo criticable la institución del registro de deudores, es posible reprochar el plazo y el contenido del registro establecido por la LC.

---

que tenga la oportunidad de retornar a condiciones económicas ordenadas y volver a ser considerado digno de crédito.

<sup>1268</sup> HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 222.

<sup>1269</sup> En este sentido, BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., pp. 229 y 230, expresa que las agencias de informes de crédito (en particular SCHUFA) toman la información "del alivio de la deuda residual concedida" desde los registros de los tribunales automatizados y la almacenan como una característica negativa hasta el final del tercer año calendario, es decir, hasta por cuatro años. Durante este tiempo, el registro -como cualquier otro registro negativo- impedirá cualquier préstamo, como la celebración de contratos de telefonía móvil, contratos de arrendamiento, incluso de equipo de oficina de bajo valor, uso de tarjeta de crédito, incluso la obtención de una cuenta bancaria, y, en muchas regiones, el alquiler de una casa o locales comerciales. En este mismo sentido, HENNING (2014) "Die Verkürzung...", cit., p. 222 y HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 251, HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 14.

<sup>1270</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 228.

<sup>1271</sup> En esta línea, SENENT (2015) "El nuevo...", cit., pp. 5 y 7.

Por un lado, el plazo de cinco años establecido por la norma parece excesivamente largo en comparación a los tres años que contempla el procedimiento alemán, en el cual, aún con esta extensión de tres años, se critica de manera drástica la consecuencia desfavorable que la anotación en un registro de deudores, del alivio mismo, tiene en las pretensiones de los deudores de obtener un real fresh start.

Por otro lado, es criticable que la legislación española contemple una forma de anotación en el registro que comprenda la concesión de la exoneración, cuestión que, desde el punto de vista de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, se presenta como una de las herramientas esenciales contenidas en el principio del fresh start para el logro de la finalidad transcendental de todo procedimiento concursal de la persona física como es otorgar alivio al deudor<sup>1272</sup>. A diferencia del modelo alemán, en el que la incorporación de una anotación en el registro de deudores tiene como contenido solo la circunstancia de denegación o revocación de la exoneración de deuda, esto es, casos en que los deudores hubieren actuado efectivamente con infracción de un deber de manera maliciosa o manifiestamente negligente en detrimento de los intereses del procedimiento y de sus acreedores, nuestro modelo opta por incorporar en el registro de deudores una circunstancia que en atención al objetivo de la moderna regulación concursal de la persona física, debe entenderse como positiva o beneficiosa para el deudor, esto es, la concesión de la descarga de la deuda residual<sup>1273</sup>. En la LC se otorga o tiñe con un carácter negativo un efecto del concurso de persona natural que en su esencia es positivo, especialmente considerando la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, las justificaciones del principio del fresh start y los objetivos en él contenidos.

A mayor abundamiento, no nos parece razonable la estimación de que el requisito que obliga al deudor a aceptar que la concesión del beneficio provisional se haga pública en una sección especial del Registro Público Concursal, puede mantenerse si dicha publicidad se entiende como "obligación prevista para garantizar los intereses de los acreedores", tal como lo dispondría la PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016 en su artículo 22.1.b)<sup>1274</sup>. En efecto, comprendiendo nosotros que la moderna regulación

---

<sup>1272</sup> La misma redacción en cuanto a plazo y contenido de la anotación es mantenida por la redacción del artículo 498.3, para el régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos, el PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit, p. 153.

<sup>1273</sup> En este mismo sentido, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., pp. 119 y 120.

<sup>1274</sup> Así, LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 13. Por otro lado, es importante destacar que el artículo 22 de la Propuesta de Directiva se está refiriendo a una circunstancia distinta, esto es, a la posibilidad de



concurzal de persona física obedece a particulares finalidad, principios y objetivos, tal razonamiento no se justifica desde que el principio del fresh start impone la obligación de otorgar un real alivio al deudor persona natural.

A pesar de las críticas planteadas en el ordenamiento alemán, y que entendemos son del todo replicables en nuestro modelo, el trasfondo negativo de la anotación en el registro de deudores de la concesión de la exoneración definitiva se hace patente para deudores que son etiquetados por cinco años, sumados al tiempo transcurrido a lo largo de las fases del procedimiento concursal y especialmente del periodo de buena conducta establecido por la LC, como deudores respecto de quienes, a pesar de haber logrado tras larga espera una exoneración de la deuda residual, es preciso tener cuidado y respecto de quienes sería riesgoso otorgar crédito. Y todo ello se presenta, además, a pesar de que la insolvencia hubiere tenido origen a partir de un sobreendeudamiento pasivo del deudor persona física<sup>1275</sup>. A través de esta regulación, la LC etiqueta de los deudores, todos, y sin excepción, como peligrosos para el mercado del crédito<sup>1276</sup>.

Esta consecuencia negativa repercute en que el deudor persona física no pueda obtener un real *fresh start* al término formal del procedimiento concursal de la persona natural y que el anhelado alivio sea presentado solo como una ilusión a plazos tan largos que, incluso, en ciertos casos, le harán perder las esperanzas —que a la postre será lo único que en la gran mayoría de los casos tendrán los deudores—; circunstancias que le conducirían o arrastrarían eventualmente a una economía sumergida<sup>1277</sup> y, por qué no, si existe una mayor tensión, al delito.

Con todo lo explicado a lo largo de este apartado, estimamos que se hace necesaria una modificación legislativa que considere, si bien con afán de protección de los futuros acreedores, y en la medida que el principio del fresh start lo permite, la incorporación en el registro de anotaciones que solo se refieran a casos en que haya existido realmente, y haya sido constatada, una mala actitud, falta a la verdad o rectitud

---

establecer causales de rechazo de la exoneración, sea en la forma de periodos de bloqueo, denegación o revocación, cuestión que como veremos más adelante, solo debe proceder en ciertas y determinadas circunstancias vinculadas a la conducta del deudor.

<sup>1275</sup> En este contexto, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 16.

<sup>1276</sup> Concuerta con nosotros, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 68, para quien "[...] la medida no está justificada y además es innecesaria pues el que el deudor haya recibido una exoneración de deudas es un dato negativo en su historial crediticio que se haría constar en los ficheros de solvencia negativos, sin que sea necesaria una publicidad adicional que estigmatiza al deudor y le disuade de utilizar un sistema que potencialmente tiene muchos beneficios para la sociedad [...]"

<sup>1277</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 164, expresa que la falta de un *discharge* eficaz favorece la economía sumergida.

para con los acreedores o para con el procedimiento<sup>1278</sup>. La cuestión que surge a partir de ello es, ¿cómo se logra una adecuada identificación de tales deudores?. A ello nos referiremos en la parte cuarta de este trabajo.

## **2. Una hipótesis de futura insolvencia ¿y delincuencia? del deudor persona física en consideración al carácter de la regulación de la LC.**

La Exposición de Motivos del RDL 1/2015, así como la de la LSO, establecen que una de las finalidades de la regulación que incorporó el mecanismo de segunda oportunidad es evitar la economía sumergida<sup>1279</sup>.

Desde el punto de vista de la Criminología, dos son las cuestiones que es preciso analizar en torno a las consecuencias o efectos que una regulación como la descrita en la LC, especialmente en torno al periodo de buena conducta y las anotaciones del alivio en los registros de deudores, eventualmente, pudiere tener en la conducta del deudor persona física:

En primer término, siendo la necesidad de alivio esencial en la vida de una persona física insolvente, no solo para la consecución de sus propios intereses, sino también para aquellos que dicen relación con los de su entorno familiar cercano, el impedimento para lograr un real reinicio repercute de manera significativamente negativa en las pretensiones de una vida digna.

El impedimento para el logro de alivio que constituye un tratamiento drástico del deudor por parte de la legislación, desde el punto de vista de la criminología representa para la persona física deudora y su familia una contradicción entre los objetivos impuestos socialmente, y esperados particularmente por el individuo, y los mecanismos jurídicos que el mismo ordenamiento pone a su disposición para alcanzarlos<sup>1280</sup>. En efecto, constituyéndose el procedimiento concursal de la persona física en un mecanismo de *última ratio* a la hora de otorgar una solución al problema de la

---

<sup>1278</sup> En relación a los ficheros de insolvencia positivo, su impacto beneficioso para la noción de concesión de crédito responsable y el impacto negativo de los ficheros de insolvencia de datos negativos de los deudores, CUENA (2011) "Fresh start...", cit., pp. 43 y sgtes.; CUENA (2014) "Préstamo...", cit., pp. 9 y sgtes.; CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 741, nota al pie N° 21; CUENA (2015) "Mecanismos...", cit., p. 14; CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., pp. 121 y 122.

<sup>1279</sup> En esta línea, PULGAR (2015) "Acuerdos extrajudiciales...", cit.

<sup>1280</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2014) *Tratado de criminología*, 5ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 790 y 791. De acuerdo a GIDDENS, Anthony (1998) *Sociología*, Madrid: Editorial Alianza, p. 740, "[...] según Merton, la desviación es una consecuencia de las desigualdades económicas y de la ausencia de equidad en las oportunidades".

insolvencia del deudor<sup>1281</sup>, que el mismo procedimiento concursal le impida un real alivio lo deja a merced de los problemas mediato e inmediato de la insolvencia, impidiéndole de esta forma el retorno a las circunstancias de vida que le permitan un desarrollo personal y familiar y, por tanto, a una vida digna<sup>1282</sup>.

Bajo el entendido de que lo anterior configura una discrepancia entre los fines perseguidos por el deudor y la ineptitud o ineficacia de los medios de que dispone para obtenerlos, ello se traduce en un factor que inevitablemente genera una tensión<sup>1283</sup> incremental en el deudor; lo cual a su turno, y como consecuencias de la aparición de reacciones de malestar social y ante una falta de mecanismos de contención sociales y jurídicos, como pudieren ser una adecuada y eficiente asesoría integral, social y continua de la deuda; podrían derivar en la generación de conductas desviadas<sup>1284</sup> o actos delictivos por parte de algunos<sup>1285</sup> individuos para afrontar el conflicto generado<sup>1286</sup>.

Considerando las fuentes de la tensión, esto es, la imposibilidad de alcanzar objetivos sociales positivos, la privación de gratificaciones que un individuo ya posee, espera poseer y agregamos nosotros, que poseía, y el sometimiento a situaciones negativas o adversas de las cuales no puede escapar<sup>1287</sup>, apreciamos que todas y cada una se encontrarían presenten en la persona de un deudor que, teniendo una situación de vida específica (que no necesariamente hacemos sinónimo de buena) o en espera de una situación de vida que podemos catalogar como digna de acuerdo a cánones sociales y

---

<sup>1281</sup> Aunque no de manera expresa, se puede inferir de lo señalado por HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 129.

<sup>1282</sup> En este contexto, BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 232.

<sup>1283</sup> GIDDENS (1998) *Sociología*, cit., p. 740.

<sup>1284</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 88, señala que con el supuesto fortalecimiento de los derechos de los acreedores, el cual no logra su objetivo, el deudor disminuirá su motivación para colaborar y pagar, existiendo peligro de desplazamiento a la economía sumergida.

<sup>1285</sup> De acuerdo a GARRIDO, VICENTE, STANGELAND, PER y REDONDO, SANTIAGO (2006) *Principios de criminología*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanc, p. 233, "Al igual que Merton, Agnew reconoce que, si bien puede crear presiones hacia la desviación, la tensión no conduce inevitablemente a un comportamiento desviado. En la formulación de Merton, si la cepa finalmente conduce al uso de medios desviados para asegurar los fines valorados depende del "modo de adaptación" del individuo o de los esfuerzos de uno para reconciliar los objetivos de éxito culturalmente valorados en condiciones de restricción estructural."

<sup>1286</sup> De acuerdo a GARRIDO, STANGELAND y REDONDO (2006) *Principios...*, cit., p. 233, "Merton distinguiría dos niveles de discrepancia entre medios y fines: en un nivel social, la disconformidad con los valores y normas imperantes, con los que ciertos grupos no coinciden, da lugar a la anomia o ausencia de norma para tales grupos; mientras que en el plano individual, la disconformidad origina tensión y sentimientos de incomodidad y rebeldía que pueden conducir a ciertos individuos a optar por la delincuencia como una solución".

<sup>1287</sup> GARRIDO, STANGELAND y REDONDO (2006) *Principios...*, cit., p. 241.

culturales, es privado del derecho al alivio<sup>1288</sup>, lo que tiene como resultado el sometimiento inevitable a largos años de escasez, con una consecuente falta de desarrollo personal y familiar<sup>1289</sup>.

Por otro lado, teniendo en cuenta el carácter sancionatorio que otorgan a los procedimientos concursales la regulación del periodo de buena conducta y anotaciones de alivio de la deuda residual en registros de deudores, ya hemos dado cuenta del tratamiento restrictivo que el sistema concursal español impone a la persona física. Ello debido a que cada uno de estos elementos, en mayor o menor medida y en la práctica, dificulta, imposibilita o priva el ejercicio y/o disfrute del derecho a un real alivio.

En efecto, y en este punto siguiendo a alguna doctrina alemana<sup>1290</sup>, podemos estimar que la visión que habría tenido el legislador español a la hora de establecer las reglas relativas a la insolvencia de la persona física habría sido la de un deudor despreocupado, negligente o imprudente, en definitiva, un deudor que es responsable por la situación de insolvencia. De allí que los elementos característicos de la regulación concursal de la persona física en la LC se presenten privativos del interés del deudor concursado por obtener un alivio efectivo, e incluso sancionatorios.

Desde estas consideraciones, es posible observar una determinada caracterización o etiqueta que es dada a los deudores personas físicas, sobre la cual se construye un tipo especial de sistema concursal destinado a prevenir y tratar el problema de la insolvencia<sup>1291</sup>. Desde las consideraciones de la teoría criminológica del etiquetado o *labeling*, la situación de insolvencia del deudor, entendida con una connotación negativa, significa para el deudor ser considerado como un individuo que ha actuado de manera equivocada, errónea, imprudente o negligentemente en torno a su situación

---

<sup>1288</sup> De acuerdo a GARRIDO, STANGELAND y REDONDO (2006) *Principios...*, cit., p. 241, Agnew ha señalado que la bibliografía científica ha evidenciado con claridad que el bloqueo de las aspiraciones legítimas de un individuo puede ser un factor desencadenante de la agresión.

<sup>1289</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 232, señala que no cumpliendo al Proyecto de Reforma de la InsO de 2012 los objetivos que el mismo se planteó, en orden al fomento del alivio de la deuda, al establecer la regulación definitiva y en especial la normativa relacionada con el fortalecimiento de los derechos de los acreedores, por lo general, seguirán nuevos procedimientos de insolvencia, o por el contrario, el deudor establecerá definitivamente su actividad económica a través de actividades en las sombras y será retirado del acceso de los acreedores.

<sup>1290</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., pp. 226 y 228.

<sup>1291</sup> Según GARRIDO, STANGELAND y REDONDO (2006) *Principios...*, cit., p. 394, "[...] los mecanismos de aprender a ser desviado [...] suelen ser consumados por las propias instituciones que supuestamente tienen la finalidad de erradicar la desviación [...]". De lo señalado por GARCÍA-PABLOS (2014) *Tratado...*, cit., p. 861, uno de los postulados de la teoría del *labeling* es la naturaleza definitoria del delito o la conducta desviada, donde el carácter desviado de una conducta y su autor depende de ciertos procesos sociales de definición, que atribuyen a la misma tal carácter, y de selección, que etiquetan al autor como desviado.

económico-financiera, esto es, de manera desviada<sup>1292</sup>; lo que justificaría la configuración de un procedimiento concursal, o sistema de control y tratamiento<sup>1293</sup>, con un marcado carácter represivo-sancionatorio.

Es preciso señalar que el etiquetaje no solo afecta a la forma en que un individuo es visto por los demás, sino que también influye en la idea que tiene aquel de su propia identidad<sup>1294</sup> bajo el entendido de que una desviación secundaria implica una aceptación por parte de la persona de una etiqueta determinada —considerándose a sí mismos desviados—, convirtiéndola en algo esencial para la identidad personal y hacer que el comportamiento desviado continúe o se intensifique<sup>1295</sup>. Desde este punto de vista, el etiquetado influye en el individuo reforzando su propio autoconcepto como desviado y facilitando nuevas oportunidades para la realización de futuras conductas desviadas<sup>1296</sup> o actos delictuales al incorporarlo a contextos subculturales<sup>1297</sup>.

Así las cosas, la configuración del procedimiento concursal de la persona física restrictivo del interés del deudor de obtener un real alivio responde a una idea o consideración de connotación negativa sobre su persona, el cual, imponiendo al deudor un contexto de privación por largo tiempo de un real reinicio o retorno a las circunstancias de vida que le permitan un desarrollo personal y familiar<sup>1298</sup>, y por tanto, el sometimiento a un contexto de escasez por largo tiempo, influye en el reforzamiento del auto concepto desviado del deudor, lo cual facilita o posibilita una tendencia a la repetición de la conducta desviada<sup>1299</sup>, esto es, a situaciones de nueva insolvencia con

---

<sup>1292</sup> De acuerdo a GIDDENS (1998) *Sociología*, cit., p. 743, "según Becker, el "comportamiento desviado es aquel al que la gente cuelga esa etiqueta"".

<sup>1293</sup> De acuerdo a GARRIDO, STANGELAND y REDONDO (2006) *Principios...*, cit., p. 391, citando a GIDDENS (1993), "En estos procesos, los desviados y los delincuentes se convierten en la principal fuente de etiquetamiento sobre la que operan los mecanismos y sistemas de control."

<sup>1294</sup> GIDDENS (1998) *Sociología*, cit., p. 744.

<sup>1295</sup> GIDDENS (1998) *Sociología*, cit., p. 744, citando a LEMERT (1972). GARCÍA-PABLOS (2014) *Tratado...*, cit., p. 862.

<sup>1296</sup> GARCÍA-PABLOS (2014) *Tratado...*, cit., p. 860.

<sup>1297</sup> GARRIDO, STANGELAND y REDONDO (2006) *Principios...*, cit., p. 392, expresa que en la subcultura el individuo puede cambiar su autoconcepto mediante la interiorización de la etiqueta de desviado que le asigna la sociedad cuando le detiene, procesa y condena, lo que en el contexto del deudor persona física podría significar que el autoconcepto del deudor puede variar a una consideración propia de desviado o imprudente o negligente a la hora de asumir sus obligaciones mediante la interiorización de la etiqueta que el propio sistema concursal le impone al ser parte en el procedimiento.

<sup>1298</sup> Según BERNBURG, Jon Gunnar y KROHN, Marvin D. (2003) "Labeling, life chances, and adult crime: the direct and indirect effects of official intervention in adolescence on crime in early adulthood", en *Criminology*, N° 41, p. 1289, la aplicación de una etiqueta de desviado a través de los mecanismos de control tiende a marginar a la persona de las oportunidades convencionales por un periodo de tiempo crucial, lo que repercute en el aumento del riesgo de una desviación posterior.

<sup>1299</sup> En este sentido, PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 153, expresa que bajo la etiqueta de "mayor fortalecimiento de los derechos de los acreedores" se regulan nuevas reglamentaciones psicológicamente muy perjudiciales.

probabilidad de asunción de deuda de manera irreflexiva o irresponsable, o en caso de acumulación de gran tensión, a situaciones delictuales de menor y mayor connotación<sup>1300</sup>.

De todo esto se constata la contradicción entre las eventuales justificaciones planteadas por el legislador a la hora de establecer la regulación y las graves consecuencias que la misma conlleva para las pretensiones del deudor, no solo de obtener un alivio, sino que con mayor importancia, para el logro del objetivo de otorgar un real alivio al deudor y de esta forma permitirle alcanzar una situación de vida que le permita un desarrollo personal y familiar.

---

<sup>1300</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 126, da cuenta de la posible relación entre el sobreendeudamiento y la comisión de delitos, expresando que una de las consecuencias del sobreendeudamiento puede ser la criminalidad, donde de hecho, sería una respuesta típica a la crisis al final de una espiral ascendente de la deuda hacer compras con tarjeta de crédito, en parte para tener algo que comer; en tales casos, si bien hasta ahora ciertamente no hay cargos criminales cuando se trata de pequeñas cantidades, en algunos casos, las compras con tarjeta de crédito se relacionan con un comportamiento de compra mórbido o interdependencia, que son causas importantes de la deuda.



**PARTE CUARTA**  
**LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL EN EL PROCEDIMIENTO**  
**CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA**

Uno de los objetivos del principio del fresh start es el tratamiento eficiente de la insolvencia del deudor persona física. Para el logro de este objetivo, aunque no de manera excluyente, los ordenamientos comparados consagran la *discharge* o descarga de la deuda residual, o en palabras del legislador español, exoneración de la deuda residual. De acuerdo a lo que hemos podido corroborar, junto con otras herramientas descritas a lo largo de este trabajo, la descarga o exoneración de la deuda posibilita que el deudor persona física logre la finalidad de un alivio al problema subyacente a la insolvencia.

De acuerdo a la experiencia de modelos y doctrina comparadas, aunque la descarga de la deuda asume múltiples y dispares efectos, los cuales incluso inciden en su naturaleza jurídica, es posible conceptualizarla como una herramienta o mecanismo concursal que posibilita la eliminación<sup>1301</sup> de las deudas que con carácter previas al concurso hubiere asumido el deudor concursado y que no hubieren sido cubiertas en el procedimiento concursal respectivo<sup>1302</sup>. La descarga o exoneración de la deuda posibilita que el deudor sea liberado de las obligaciones que no ha podido cumplir a lo largo del procedimiento concursal<sup>1303</sup>.

---

<sup>1301</sup> Para efectos de una conceptualización general, hemos utilizado la expresión "eliminación", que entendemos es una voz neutra que no da cuenta de la naturaleza jurídica de la institución, la cual, atendido al carácter dispar de los efectos que la descarga de la deuda presenta en modelos comparados, es discutible. En cuanto al tratamiento de la naturaleza jurídica de la descarga de la deuda, con especial mención en el ordenamiento español, nos referiremos en el apartado III.4.1., Sección 3ª, Parte Cuarta. A modo de ejemplo, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 96, habla de "desatención legal, total o parcial de una obligación".

<sup>1302</sup> GARCÍA VICENTE, José R., (2010) "Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes, en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 20, mayo - agosto, Editorial Thomson Reuters, p. 221, utiliza la expresión "borrón y cuenta nueva".

<sup>1303</sup> INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 329.



## SECCIÓN 1ª. LA CONDUCTA DEL DEUDOR COMO LÍMITE A LA DESCARGA DE LA DEUDA RESIDUAL EN LA LC.

### I. LA CONDUCTA DEL DEUDOR COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DEL FRESH START.

#### 1. La conducta del deudor y su vinculación con el objetivo de prevención del abuso.

Tomando en cuenta el objetivo del principio del fresh start de tratar la insolvencia del deudor persona natural, y que el mecanismo de la descarga de la deuda, como una de sus manifestaciones, es en esencia una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>1304</sup>, la liberación de la responsabilidad personal del deudor por las deudas anteriores a la solicitud del concurso no es un derecho absoluto<sup>1305</sup>. Los límites al principio del fresh start se gestan en función de la necesidad de que la regulación concursal de la persona física, aunque protectora del deudor, debe no obstante respetar los intereses de satisfacción de los acreedores en la medida que el principio lo permite.

Ahora bien, en atención a que la regulación concursal de persona física, especialmente a través de la exoneración de deudas, representa una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>1306</sup>, y contempla mecanismos que propugnan una mejora en la situación de vida de los deudores, el riesgo de que los mismos puedan aprovecharse de las ventajas que, atendido la finalidad de la regulación, el procedimiento concursal les ofrece<sup>1307</sup>, es una cuestión que necesariamente debe ser considerada por los ordenamientos que pretenden tratar de manera adecuada la insolvencia de las personas naturales<sup>1308</sup>. En este contexto, aunque se ha evidenciado

---

<sup>1304</sup> PULGAR (2016) *Preconcurso...*, cit., p. 895; CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 744.

<sup>1305</sup> JACKSON (1986) *The logic...*, cit., p. 225. CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 744, expresa que "No hay que olvidar que [el mecanismo de segunda oportunidad] supone una excepción a un principio medular de nuestro Derecho patrimonial como es el consagrado en el art. 1911 CC y debe evitarse a toda costa que puedan beneficiarse conductas de deudores oportunistas y alterarse la cultura de pago."

<sup>1306</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 2.

<sup>1307</sup> Se ha señalado por la doctrina a esta circunstancia como el riesgo moral o *moral hazard* del deudor persona física ante las ventajas de procedimiento concursal. Así, SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 2; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 95. Se manifiesta este temor en lo expresado por COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 433.

<sup>1308</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., pp. 164 y 176; LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 4.

que el riesgo moral por parte del deudor es en los hechos de un porcentaje muy bajo<sup>1309</sup>, ello no obsta a que los ordenamientos contemplen mecanismos que, por un lado impidan un abuso por parte de los deudores, pero al mismo tiempo, favorezcan el cumplimiento del objetivo de otorgar alivio al deudor contenido en el principio del fresh start.

La cuestión se traduce entonces en: ¿cómo prevenir que los deudores se aprovechen del procedimiento y del mecanismo de liberación de deudas al tiempo de lograr un alivio a su situación de insolvencia?. A modo de ejemplo, en Estados Unidos, aunque de manera muy criticada por lo excesivamente automático<sup>1310</sup>, discriminatorio en ciertos casos<sup>1311</sup> y sin sentido para prevenir el abuso<sup>1312</sup>, se regula el mecanismo del *means test* o test de recursos, el cual impide a los deudores acceder al procedimiento de liquidación y por tanto beneficiarse de un fresh start<sup>1313</sup>.

En el sistema alemán, a través de un criterio de honestidad (*würdigkeitskriterium*), se establecen supuestos o condiciones que actúan como causas de denegación de la liberalización de la deuda<sup>1314</sup>, relativas tanto a actividades de agravación del estado de insolvencia efectuadas por el deudor, como de su disponibilidad y colaboración durante el procedimiento<sup>1315</sup>. En el modelo alemán, los casos se vinculan solo con la conducta del deudor en relación a su colaboración

---

<sup>1309</sup> INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 251.

<sup>1310</sup> GRAY, David (2007) "Means testing: the failed bankruptcy revolution of 2005", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 15, p. 227. De acuerdo a BERTLETT (2008) "Decoding...", cit., p. 100, el mecanismo discrimina automáticamente entre deudores que se encuentran por debajo de un umbral de ingresos y que podrán ser sujetos de protección del Capítulo 7 de liquidación accediendo a un rápido *discharge*, y aquellos que cuentan con ingresos por sobre el mínimo legal pre establecido, caso en el que presumiéndose de manera automática que el deudor ha abusado del procedimiento concursal, deberá someterse a un plan de pagos del Capítulo 13. PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., pp. 989 y 990, da cuenta del carácter rígido y mecánico de la fórmula del means test. OLAZABAL y FOTI (2003) "Consumer...", cit., p. 338, aludiendo y criticando el *means test*, afirman que una regla mecánica no toma en consideración el lado humano de la ley.

<sup>1311</sup> BERTLETT (2008) "Decoding...", cit., p. 104. ESPY (2004-2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., pp. 1405 y 1406, calificando al *means test* como un universal y objetivo estándar de *substantial abuse*.

<sup>1312</sup> GRAY (2007) "Means testing...", cit., p. 228; PÉREZ (2013) "Not "special"...", cit., p. 287; WHITE (2007) "Abuse or protection...", cit., p. 291; OLAZABAL y FOTI (2003) "Consumer...", cit., p. 350; LAWLESS, et. al. (2008) "Did bankruptcy...", cit., p. 385.

<sup>1313</sup> BRAUCHER (2006) "A fresh start...", cit., p. 1324; CULHANE y WHITE (1999) "Debt after...", cit., p. 668; MURPHY y DION (2008) ""Means test"...", cit., p. 416; FLINT (2012) "Consumer...", cit., p. 338; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 105; WEDOFF (2005) "Means testing...", cit., p. 234.

<sup>1314</sup> § 290 de la InsO.

<sup>1315</sup> ASENSI, Altea (2014) "La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 33, septiembre - diciembre, p. 356.

diligente y honesta en el procedimiento concursal, como en relación a su honestidad para con sus acreedores<sup>1316</sup>.

Por su parte, el modelo francés, exigiendo la buena fe del deudor como requisito de acceso al procedimiento concursal<sup>1317</sup>, además presenta reglas que establecen de manera expresa y objetiva conductas del deudor que serán constitutivas de mala fe<sup>1318</sup> a la hora de presentar la demanda ante la Comisión<sup>1319</sup>, así como el artículo L. 711-1, que como cláusula general, exige evaluar la conducta global<sup>1320</sup> del deudor en torno a las causas y nivel de endeudamiento, incluso en el periodo anterior a la apertura del procedimiento, tanto a lo largo de la contratación como con posterioridad a ella<sup>1321</sup>.

## 2. Límites al principio del fresh start en función de la conducta del deudor.

El establecimiento de límites al principio del fresh start se vincula con una finalidad de prevención del abuso por parte del deudor del procedimiento concursal de la persona física en cuanto a la finalidad y objetivos que el mismo contempla. A través de la regulación de determinadas limitaciones vinculadas a la conducta del deudor se pretende que la finalidad del procedimiento concursal de otorgar alivio al deudor sea logrado solo por aquellos deudores que se lo merecen<sup>1322</sup>, deudores honestos pero

---

<sup>1316</sup> ZABALETA DÍAZ, M. (2005) "La condonación de las deudas pendientes en el derecho concursal alemán", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons, p. 890. De igual forma, ASENSI (2014) "La reforma...", p. 365.

<sup>1317</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 44; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., pp. 307 y 309; PAISANT (2006, N° 2) "Chroniques...", cit., p. 488; SERRANO (2010) "Sistemas...", cit., p. 68.

<sup>1318</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., pp. 308 y 309. De igual forma, aunque introduciendo algunas apreciaciones en torno a la intención con la que el deudor hubiere actuado, PAISANT, Gilles (1998) "A propos de la déchéance encourue par le débiteur ayant aggravé son endettement", en *RTD Com.*, N° 3, p. 694.

<sup>1319</sup> Son tales conductas las que la doctrina ha encasillado dentro de los casos de pérdida o privación del derecho del deudor al acceso al procedimiento (cas de déchéance). PAISANT (2006) "Chroniques...", cit., p. 488.

<sup>1320</sup> Para GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6, definiéndose la buena fe como la ignorancia del contratante de la dificultad de respetar o dar cumplimiento a sus obligaciones, la misma ignorancia debe apreciarse considerando globalmente la conducta del deudor durante el periodo en el que ha suscrito la obligación y en el que la modificación del contrato es solicitada a través del procedimiento concursal.

<sup>1321</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 310, señala que "*Il conviendra de prendre en considération les causes de ce surendettement: il y a toujours bonne foi lorsque la cause de ce surendettement est due à un événement extérieur, imprévisible, ce qu'il est convenu d'appeler les "accidents de la vie".*" Por su parte, FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 45, señalan que el artículo L. 330-1 — actual L. 711-1— supone que sean igualmente examinados el conjunto de condiciones tanto materiales como psicológicas en los intereses al contratar los diversos compromisos que son el origen de su sobreendeudamiento.

<sup>1322</sup> GARCÍA VICENTE (2010) "Un régimen...", cit., pp. 221 y 229; SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 569;

desafortunados, deudores de buena fe<sup>1323</sup>. De esta forma, la descarga de la deuda solo será procedente en aquellos casos en que el deudor sea uno honesto pero desafortunado (*honest but unfortunated*)<sup>1324</sup>, deudor en *bonne foi* o de buena fe<sup>1325</sup>, o *redlich schuldner*.

## 2.1. Buena fe contractual y buena conducta procedimental.

Desde el punto de vista dogmático, la cuestión de la buena fe del deudor tiene implicancias en dos aristas de importante consideración. Por un lado, la honestidad del deudor se relaciona con la conducta directa llevada a cabo en el procedimiento concursal y con respecto a sus acreedores con posterioridad a la contratación, y por otro, se relaciona con las causas del estado de crisis económica-financiera del deudor, lo que a su turno precisa diferenciar aquellas situaciones de sobreendeudamiento activo y pasivo. Aunque la doctrina considera la evaluación de la buena fe desde un enfoque procedimental y uno contractual<sup>1326</sup>, para nosotros, y a efectos de una mejor distinción, en el primer caso estaremos hablando de buena conducta procedimental, donde se evalúa el comportamiento del deudor al tiempo de la apertura y transcurso del procedimiento concursal, y en el segundo, de buena fe contractual, en el que se aprecia la buena fe del deudor pendiente la fase de endeudamiento, esto es, se pone atención en las condiciones y circunstancias en las que contrató y se endeudó<sup>1327</sup>.

En torno a las causas del estado de crisis económico-financiera del deudor, el sobreendeudamiento activo se produce en aquellos supuestos en que el consumidor provoca de forma dolosa, o al menos negligente, su propio estado de insolvencia, aumentando su endeudamiento excesiva e irreflexivamente<sup>1328</sup>. De acuerdo a lo anterior, al hablar de un deudor de buena fe nos referimos a uno diligente, un deudor que ha

---

<sup>1323</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 27; CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 149; SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 3. Ello también se desprende de SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., pp. 51 y 124; COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 433.

<sup>1324</sup> JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1393.

<sup>1325</sup> JACKSON (1985) "The fresh-start...", cit., p. 1393; ÁLVAREZ (2008) "El concurso...", cit., p. 304; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 310. TAMAYO H., Silvia (2008) "El sobreendeudamiento de los consumidores", en TOMILLO U., Jorge (director) y ÁLVAREZ R., Julio (coordinador), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra: Editorial Thomson Civitas, pp. 349 y 350.

<sup>1326</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 44;

<sup>1327</sup> Refiriéndose a ambos casos, GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6.

<sup>1328</sup> ÁLVAREZ (2008) "El concurso...", cit., p. 304; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 310. TAMAYO (2008) "El sobreendeudamiento...", cit., pp. 349 y 350, dando cuenta de la diferencia, explica que la misma importa a la hora de la consideración de la política de los estados en torno a si solo merece una especial protección el consumidor sobreendeudado por causas sobrevenidas y ajenas a su voluntad, o si debe extenderse también al consumidor que negligentemente ha asumido créditos excesivos.

incurrido en un sobreendeudamiento pasivo, esto es, una sobre carga de deudas motivada por circunstancias imprevistas y ajenas a su voluntad<sup>1329</sup>. Son los casos de deudores que repentinamente se ven ahogados en deudas por una enfermedad grave de él o un miembro de su familia, por la pérdida de su trabajo, por divorcio<sup>1330</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la conducta del deudor en relación al procedimiento concursal y para con sus acreedores, uno honesto pero desafortunado es aquel que se merece el beneficio de la descarga de deudas y por tanto del procedimiento concursal, atendido a que ha llevado a cabo una conducta caracterizada por una lealtad y honestidad<sup>1331</sup> para con sus acreedores<sup>1332</sup> y con respecto al inicio y curso progresivo del procedimiento concursal<sup>1333</sup>. Es el deudor que no se aprovecha o abusa del beneficio del procedimiento concursal de la persona natural.

## 2.2. Un concepto de buena fe en el concurso de la persona física.

Si bien a nivel comparado no existe una definición específica en los textos legales, se ha señalado que, para efectos del concurso de la persona natural, la buena fe constituye una regla permanente de conducta del deudor<sup>1334</sup>, caracterizada por la ignorancia de las dificultades de respetar sus obligaciones asumidas, y que exige de los sujetos de derecho una lealtad y honestidad que excluya toda intención malévola<sup>1335</sup>

---

<sup>1329</sup> GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 5. Por su parte, RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 310, señala que la buena fe hoy conlleva una causa del sobreendeudamiento debido a eventos exteriores, imprevisibles, que conviene llamar como accidentes de la vida.

<sup>1330</sup> PAISANT (2008) "La insolvencia...", cit., p. 239, expresa que desde mediados de la década y hasta los años 2000 se pasó al problema del sobreendeudamiento pasivo, esto es, "personas que son víctimas de [...] accidentes de la vida, por ejemplo el desempleo, un divorcio o un problema de salud grave".

<sup>1331</sup> GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6, explica que la buena fe termina siendo "[...] *une exigence de loyauté contractuelle permanente* [...]", lo que a su vez permite dar justificación a la intervención del juez en los contratos del deudor sobreendeudado con la finalidad de proceder a su adaptación.

<sup>1332</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 44, expresan que siendo asumido por la mayoría de la jurisprudencia, en la definición de la buena fe para efectos del procedimiento de sobreendeudamiento de particulares se encuentran posturas con un enfoque contractual, en el cual el análisis se lleva a cabo respecto del comportamiento global del deudor, inclusive al tiempo de asumir la obligación.

<sup>1333</sup> GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6. Por su parte, FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 44.

<sup>1334</sup> A esto es a lo que se refieren los autores al considerar la evaluación de la conducta global del deudor desde el tiempo mismo de la contratación hasta la época en el que se abre y transcurre el procedimiento de sobreendeudamiento. Así, GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6; SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (2015) "El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad", en Sánchez R., Inmaculada y Olmedo C., Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, p. 786 y 801, se refiere a la buena fe del deudor como una regla de conducta que se configura como parámetro de actuación bajo la interpretación del principio de buena fe.

<sup>1335</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, p. 45, expresan que "*La notion de bonne foi apparaît alors comme une norme morale de comportement appréciée un abstracto selon les bons*

para con sus acreedores y con respecto al inicio y curso progresivo del procedimiento concursal. Es el deudor que no abusa o se provecha del procedimiento concursal para lograr un injusto *discharge*. En este sentido, y considerando tanto el enfoque procedimental como contractual, el deudor de mala fe es aquel que tiene una intención maliciosa o una voluntad de defraudar a los acreedores<sup>1336</sup>, manifestada por un lado en una conducta<sup>1337</sup> en la que el deudor miente o disimula un hecho que de tenerse en conocimiento le impide beneficiarse del procedimiento concursal, o en la que se ha endeudado teniendo una voluntad evidente o implícita de defraudar a sus acreedores al momento de contratar o en tiempo posterior y previo al inicio del concurso<sup>1338</sup>.

### 2.3. La conducta esperada del deudor para el logro de alivio.

Desde el punto de vista de la conducta del deudor, conociendo la importancia de la comprensión de la dualidad entre la buena conducta procedimental y buena fe contractual, dentro del ámbito de la primera, el análisis de las limitaciones al principio del fresh start pasará por el establecimiento, conocimiento y comprensión de una serie de condiciones, requisitos, o circunstancias que el deudor deberá cumplir para lograr un alivio. Tales requisitos o circunstancias se vinculan a la conducta del deudor en relación al logro de los objetivos del procedimiento concursal, como en relación con el cumplimiento de los intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita. Por su parte, en el ámbito de la buena fe contractual, la cuestión de la limitación del alivio pasará por el establecimiento de una exigencia o requisito de conducta proba o recta por parte del deudor desde el tiempo de la asunción de las obligaciones. En este caso, el alivio es supeditado a la circunstancia genérica de que el

---

*usages de la vie en société. C'est cette "bonne foi loyauté" que le droit positif impose dans les relations contractuelles et que la doctrine française assimile à un véritable principe général*", asimilado a un principio general.

<sup>1336</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 310. PAISANT (2006) "Chroniques...", cit., p. 488. PAISANT, Gilles (1997) "Bonne foi, autorité de la chose jugée et fait nouveau", en *RTD Com.*, N° 1, p. 141, expresa que "[...] si la référence faite à la bonne foi [...] sert à sanctionner des comportements frauduleux, cette fraude tient le plus souvent au comportement du débiteur qui, de manière consciente, aggrave sa situation d'endettement pour se procurer de meilleures conditions d'existence."

<sup>1337</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 82, expresan que la buena fe es una cuestión de hecho. Por su parte, FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 44, señalan que es debido a la gran variedad de situaciones de sobreendeudamiento que la Corte no ha querido proporcionar una definición, dejando a los jueces del fondo la apreciación de la buena fe al ser una cuestión de hecho.

<sup>1338</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 83, expresan que son así juzgados de mala fe aquellos que, en violación de su obligación de lealtad y sinceridad, proporcionan información falsa o errónea para la obtención de un crédito, o que omiten en conocimiento la mención de circunstancias necesarias para evaluar la solvencia del deudor.

estado de insolvencia no hubiere sido causado por una conducta maliciosa o irreflexiva por parte del deudor al tiempo de endeudarse<sup>1339</sup>.

Considerando que la descarga de la deuda residual es uno de los mecanismos a través de los cuales se manifiesta el objetivo del principio del fresh start de otorgar alivio al deudor, el establecimiento de limitaciones al alivio<sup>1340</sup> significará que, en la mayoría de los casos, aunque no necesariamente sea una exigencia *sine qua non*, los requisitos que el deudor deberá cumplir se vinculen no solo a ciertas condiciones para el acceso a la descarga o exoneración de deudas, sino que con condiciones vinculadas a una conducta proba y acorde con la rectitud que el deudor deberá asumir desde el inicio y a lo largo de todo el procedimiento concursal respectivo, o incluso con anterioridad a su inicio al tiempo de asumir sus obligaciones<sup>1341</sup>. A su turno, considerando la experiencia comparada, la cuestión de la limitación del alivio del deudor vinculada a su conducta podrá o no manifestarse a través de la exigencia de buena fe del deudor en términos generales, o bien, a través de la exigencia de cumplimiento de determinadas

---

<sup>1339</sup> Esta dualidad también la considera SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 52.

<sup>1340</sup> Aunque en el procedimiento concursal de la persona física debe estimarse la conducta del deudor en torno a la asunción de las obligaciones, no es menos cierto que el logro de los objetivos del principio del fresh start obligan también a constatar la conducta de los acreedores al tiempo de ofrecer y otorgar crédito a los deudores personas físicas. Aunque no es objeto de este trabajo, dejamos de manifiesta nuestra opinión en torno a la necesidad de que los ordenamientos jurídicos establezcan mecanismos de control a la actividad de los prestamistas para el logro del objetivo de la prevención de la insolvencia. De igual forma, CUENA (2012) "Insolvencia...", p. 6.

Por otro lado, somos partidarios del establecimiento de mecanismos no solo de control, sino que también de sanción a las entidades financieras prestamistas que en el ejercicio de su actividad hubieren contribuido en la generación de un estado de sobreendeudamiento o insolvencia en los deudores personas físicas. En la misma línea, MELERO BOSCH, Lourdes (2016) "Concesión irresponsable de crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 24, Editorial Wolter Kluwer, pp. 9 y sgtes. (Smarterca).

La experiencia en modelos comparados como el estadounidense, en el que se ha venido planteando la idea de subordinar el crédito del prestamista o *lender* en circunstancias en que con su actividad negligente o dolosa hubiere contribuido en la generación del estado de insolvencia del deudor, es del todo ilustrativa. Para una mayor comprensión, GENDLER, Richard S. (2014) "Home mortgage cramdown in bankruptcy", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 22, p. 332; MORINGIELLO (2011) "Mortgage modification...", cit., p. 1611; DICKENS, Jeremy W. (1987) "Equitable subordination and analogous theories of lender liability: toward a new model of "control"", en *Tex. L. Rev.*, Volumen 65, pp. 819 y 822; SKEEN, David W. (1985) "Liens and liquidation: preferences, strong arm clause, fraudulent transfers, equitable subordination, priorities and other limitations on liens claims", en *Tul. L. Rev.*, Volumen 51, p. 1419; KENNEDY, Frank R. (1982) "Secured creditors under the bankruptcy reform act", en *Ind. L. Rev.*, Volumen 15, N° 2, p. 489; HERZOG, Asa S. y ZWEIBEL, Joel B. (1961) "The equitable subordination of claims in bankruptcy", en *Vand. L. Rev.*, Volumen 15, pp. 87 y 113; GLEICK, Harry S. (1961) "Subordination of claims in bankruptcy under the equitable power of the bankruptcy court" en *Bus. Law.*, Volumen 61, p. 625. Vislumbra también esta posibilidad, MELERO (2016) "Concesión...", cit., p. 10.

<sup>1341</sup> En este contexto, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 176, se refiere a dos momentos en que se efectuará el control respecto de la conducta del deudor: "cuando el deudor presenta la solicitud de exoneración y con posterioridad a la concesión del beneficio. [Expresa que] El control apriorístico se suele presentar en forma de requisitos para la aceptación de las solicitudes. El control *a posteriori* se hace bajo la forma de causas de revocación". De igual forma, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009) *El sobreendeudamiento...*, cit., p. 213.

condiciones que, en caso de acatamiento por parte del deudor, significará la comprensión de que ha adoptado una conducta proba o acorde con la rectitud merecedora del alivio a través del procedimiento concursal<sup>1342</sup>; y en ambos casos, pudiendo o no considerar la conducta llevada a cabo por el deudor al tiempo de la asunción de las obligaciones.

Así por ejemplo, en el modelo alemán, la limitación al alivio del deudor vinculada a su conducta es configurada a través de una serie de condiciones o circunstancias que el deudor deberá cumplir, desde el inicio y a lo largo de todas las etapas del procedimiento concursal de la persona física, especialmente, pero no siendo excluyente, en el procedimiento de alivio de la deuda residual (*restschuldbefreiung*); por su parte, en el modelo francés, la limitación del alivio del deudor es configurada por la exigencia de buena fe desde el inicio del procedimiento de sobreendeudamiento de particulares, poniendo atención en la conducta al tiempo de la asunción de sus obligaciones, sin que exista una delimitación pormenorizada de circunstancias que el deudor deberá cumplir a lo largo del procedimiento<sup>1343</sup>, o de manera especial en la etapa de restablecimiento personal con o sin liquidaciones de bienes. Finalmente, en el modelo estadounidense, se establece una serie de circunstancias en las que evidenciándose una conducta reprochable del deudor, no procede el *discharge*<sup>1344</sup>.

Considerando la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física surge la pregunta, ¿qué medio o fórmula es más adecuada para el logro del objetivo de prevenir el abuso por parte del deudor persona física?. Previos a responder a esta pregunta, es necesario efectuar una precisión en torno al efecto del establecimiento de limitaciones del alivio del deudor vinculadas a la conducta del deudor.

---

<sup>1342</sup> Así, GARCÍA VICENTE (2010) "Un régimen...", cit., pp. 228 y 229, consideraba oportuno la especificación de listados de conducta reprochables, más que atender a las razones de la propia insolvencia.

<sup>1343</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 148.

<sup>1344</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 28.



### **3. El rechazo de la descarga de la deuda como consecuencia del incumplimiento de las limitaciones vinculadas a la conducta del deudor.**

El establecimiento de un conjunto de condiciones que el deudor deberá cumplir antes o durante el transcurso del procedimiento concursal, cuyo fundamento se encuentra en el objetivo de prevención del abuso, conlleva la exigencia por parte del deudor de cumplirlas son pena de serle rechazada una descarga de la deuda residual y, consecuentemente, un alivio. La necesidad de que el deudor deba cumplir rigurosamente las condiciones que la regulación concursal le impone significa una garantía de que el procedimiento concursal estará siendo utilizado de manera legítima por el deudor.

El otorgamiento de alivio al deudor que incumple las exigencias vinculadas a su buena conducta procedimental o buena fe contractual significaría una contradicción entre la finalidad última de la regulación concursal de la persona física y sus objetivos. De ello deriva que la consecuencia del incumplimiento de las condiciones vinculadas a la conducta del deudor sea el rechazo del alivio, el cual, en la mayoría de los casos, aunque no de manera única, se verá reflejado en la práctica a través del rechazo de la descarga de la deuda residual.

Así las cosas, en determinados ordenamientos como el estadounidense o el alemán, la buena conducta procedimental se ve reflejada en herramientas que posibilitan el rechazo de la descarga de la deuda debido a casos establecidos en la ley y que se vinculan con determinadas circunstancias padecidas por el deudor con anterioridad al procedimiento concursal o con determinada conducta del deudor llevada a cabo durante el procedimiento concursal, y que en general se refieren a una conducta proba, honrada u honesta. En el modelo estadounidense, la descarga de deudas es otorgada a menos que durante el transcurso del procedimiento concursal el deudor hubiese incurrido en abuso del procedimiento<sup>1345</sup>, esto es una conducta establecida como prohibida<sup>1346</sup> o fraudulenta<sup>1347</sup> y que por interpretación de la jurisprudencia, en la mayoría de los casos

---

<sup>1345</sup> Sección 707(b) del *Bankruptcy Code*.

<sup>1346</sup> En tal sentido, SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 567 y FLINT (1991) "Bankruptcy...", cit., p. 515, nota 3.

<sup>1347</sup> Secciones 727(d) y 1328(e) del *Bankruptcy Code*, para el caso de la revocación del *discharge*.

es atribuible a falta de franqueza u honestidad, total desobediencia<sup>1348</sup> o falta de cooperación en el procedimiento concursal<sup>1349</sup>.

Por su parte, en el derecho alemán, sin considerar un concepto de buena fe, el legislador entendió que la honestidad del deudor se refiere a una actitud que da cuenta de confiabilidad y obediencia; una persona que no ha hecho nada malo respecto de sus acreedores<sup>1350</sup>. Desde esta concepción, el legislador optó por establecer un catálogo<sup>1351</sup> de casos o situaciones que ponen de manifiesto, o determinan, la deshonestidad del deudor<sup>1352</sup>, en función de la procedencia de determinadas circunstancias en su persona, o la transgresión o incumplimiento de determinadas obligaciones, y que en su conjunto representan los intereses de los acreedores<sup>1353</sup>. En este sentido, las situaciones de rechazo del alivio de la deuda se relacionan con requisitos de probidad en el comportamiento del deudor durante el procedimiento concursal, y a veces, con anterioridad al mismo<sup>1354</sup>.

### 3.1. Breve relación de los casos de rechazo de la descarga de la deuda.

A partir de la experiencia comparada, y en términos generales, es posible apreciar tres conjuntos de casos que modelan la honestidad del deudor<sup>1355</sup> desde el punto de vista de su conducta con anterioridad o durante el procedimiento concursal, y que tendrán como consecuencia el rechazo de la descarga de la deuda.

---

<sup>1348</sup> SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 568, da cuenta de los tipos de conducta prohibidas que podrían llevar a denegar el *discharge* de deudas: "(i) *transferred or destroyed property within one year before the filing date "with the intent to hinder, delay, or defraud a creditor"* [, de la sección 727(a)(2)(A)]; (ii) *transferred or destroyed "property of the estate" after the bankruptcy petition is filed* [, de la sección 727(a)(2)(B)]; (iii) *"concealed, destroyed, mutilated, falsified, or failed to keep or preserve" any financial documents* [, de la sección 727(a)(3)]; (iv) *made a false oath or presented a false claim in connection with the bankruptcy case* [, de la sección 727(a)(4)]; or (v) *failed "to obey any lawful order of the court other than an order to respond to a material question or to testify,* [de la sección 727(a)(6)(A).]".

<sup>1349</sup> TABB (2001) "The death...", cit., p. 7.

<sup>1350</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 125.

<sup>1351</sup> SCHMERBACH, Ulrich (2009) "Versagungsgründe außer Rand und Band", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 13, p. 677.

<sup>1352</sup> En la InsO original, el BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 190, expresa que todos los motivos de denegación tienen su origen en el principio de la regulación de que solo un deudor honesto, que no es culpable de nada con respecto a sus acreedores, debería recibir el alivio de la deuda residual.

<sup>1353</sup> RUCH, Julia (2011) "Die Auswirkungen der Ehegattenhaftung nach § 1357 BGB auf das Insolvenzverfahren", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 5, p. 164; DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 123. WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 654, refiriéndose a la relación entre la honestidad del deudor y los motivos de denegación.

<sup>1354</sup> VALLENDER, Heinz (2003) "Ein redlicher Schuldner?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 253. RUCH (2011) "Die Auswirkungen...", cit., p. 164, expresa que la integridad del deudor debe darse en todas las etapas del procedimiento, incluido su comportamiento antes y en momento de la solicitud y cumplimiento de sus obligaciones en el periodo de buena conducta.

<sup>1355</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 125.

Las primeras, vinculadas a determinadas circunstancias que afectan a la persona del deudor con anterioridad al procedimiento concursal, operan al inicio del procedimiento de insolvencia, e impiden que el deudor pueda solicitar la declaración de concurso y la descarga de la deuda por un periodo de tiempo determinado; término que la jurisprudencia y doctrina ha denominado periodo de bloqueo. En la práctica, los periodos de bloqueo varían en función de sus causales, y tienen como efecto el rechazo temporal de un procedimiento concursal o de descarga de la deuda, esto es, significan la privación del derecho al alivio del deudor por un periodo de tiempo determinado. Se entiende que la posibilidad de un procedimiento concursal o de descarga de la deuda queda "bloqueada" por un específico término debido a un estado o una circunstancia particular del deudor vinculada a su conducta.

Las segundas, que configuran los denominados motivos de denegación de la descarga, relativas a la transgresión o incumplimiento de determinadas obligaciones del deudor en el procedimiento, posibilitan un rechazo de la descarga mientras transcurre el procedimiento concursal. Tales causales, en esencia, son situaciones taxativas<sup>1356</sup> que posibilitan el rechazo<sup>1357</sup> de la descarga de la deuda cuando ha procedido una circunstancia particular del deudor con anterioridad al procedimiento concursal o una infracción dolosa o groseramente negligente de alguna obligación del deudor durante el curso del procedimiento, esta infracción haya afectado la satisfacción de los acreedores, tales circunstancias se tornen conocidas por el tribunal o un acreedor, y haya sido invocada por el tribunal o solicitada por el acreedor durante el procedimiento concursal debiendo hacer creíbles tales requisitos<sup>1358</sup>. En la práctica, la admisibilidad de una causal de denegación tiene como efecto el rechazo del alivio de la deuda residual de manera permanente en el procedimiento concursal respectivo<sup>1359</sup>.

Las terceras, denominadas causales de revocación de la descarga de la deuda residual, relacionadas con la transgresión de determinadas obligaciones del deudor durante el procedimiento concursal, y que generalmente coinciden con las obligaciones

---

<sup>1356</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 123; WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 655.

<sup>1357</sup> AVERCH, Craig H. (1997) "Denial of discharge litigation", en *Rev. Litig.*, Volumen 16, p. 74.

<sup>1358</sup> LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., p. 298; WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 653.

PAPE (2010) "Linien...", cit., p. 14, expresa que en fase de periodo de buena conducta el rechazo de la solicitud se vincula también a la exigencia de credibilidad del motivo de denegación, donde las solicitudes al azar, o en las que existe solo una sospecha de desventaja por parte del acreedor, no son admisibles.

<sup>1359</sup> DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 123.

que dan origen a las causales de denegación, operan con posterioridad a la concesión de la descarga de la deuda e implican la revocación de la misma<sup>1360</sup>.

### **3.2. Fundamentos, justificaciones y naturaleza jurídica de los casos de rechazo de la descarga de la deuda.**

Considerándose las circunstancias que, tanto de manera genérica como de manera particular, posibilitan el rechazo de la descarga de la deuda residual, la justificación para el establecimiento de normas que limitan el acceso —periodos de bloqueo— o la concesión de la descarga de la deuda residual —motivos de denegación y causales de revocación de la descarga de la deuda residual— se encuentra en la prevención del abuso del procedimiento concursal por parte del deudor<sup>1361</sup>. Con las mismas se pretende evitar que el deudor persona física eventualmente utilice el procedimiento concursal como medio para reducir repetida o fraudulentamente la carga de la deuda a expensas de los acreedores<sup>1362</sup>.

De manera específica, en torno a los periodos de bloqueo, la alta jurisprudencia alemana los justificaba considerando el fomento de la operatividad de los motivos de denegación como herramienta para otorgar alivio solo al deudor honesto<sup>1363</sup>, y en general, la prevención del abuso del deudor<sup>1364</sup>. En efecto, se expresaba por la jurisprudencia que de no contemplarse los periodos de bloqueo como una sanción para el deudor, la facultad de hacer una reiteración no calificada de una solicitud de alivio

---

<sup>1360</sup> En la legislación estadounidense, la sección 727(d) del *Bankruptcy Code* contempla las causales de revocación del *discharge*.

<sup>1361</sup> SCHMERBACH (2009) "Versagungsgründe...", cit., p. 678; EMERSON, Andrew F. (2015) "Identifying the honest debtor: section 727(a)(4)(a) of the bankruptcy code and the need for consistency in denial of discharge proceedings", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 89, p. 609.

<sup>1362</sup> El BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 190, expresa que la liberación de la deuda residual debe servir como una ayuda para las personas necesitadas, sin culpa propia, no como un refugio para aquellos que deliberadamente quieren transmitir los riesgos financieros a los demás. De la misma forma, el BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25, de la Reforma de la InsO de 2014, expresa que el requisito de admisibilidad de la § 287a (2)(2) InsO-E crea una barrera para un procedimiento de recuperación de deuda abusivamente repetido.

<sup>1363</sup> Sentencia del BGH de 11 de octubre de 2007 - IX ZB 270/05, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 12, p. 610.

<sup>1364</sup> MÖHRING, Praxedis (2017) "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Sperrfristen und § 287a Abs. 2 InsO", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, p. 290. THÜNING, David (2017) "Die Zulässigkeit eines zweiten Restschuldbefreiungs- nebst Stundungsantrags nach neuem Recht", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 10, p. 378. LAROCHE (2011) "Die "Sperrfristrechtsprechung...", cit., p. 74. También se indica como justificativo de la extensión de los periodos de bloqueo por la jurisprudencia, aunque de manera menos significativa, la disminución de costes de los procedimientos concursales. HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 249, en relación a la introducción de la § 287a InsO, expresa que obviamente los procedimientos inútiles no debieran llevarse a cabo. En iguales términos, HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 10.

pondría la fuerza legal de una decisión que niega el alivio a la sola discreción del deudor, al poder iniciar procedimientos cuando él lo deseara<sup>1365</sup>, lo cual significaría que el propósito de los motivos de denegación, esto es, otorgar alivio solo al deudor honesto, perdieran su función procesal<sup>1366</sup>.

Por su parte, en torno a los motivos de denegación, se ha expresado por la doctrina estadounidense que la clave de la descarga de la deuda es que el deudor debe demostrar franqueza y honestidad a lo largo del proceso de bancarrota, incluida la información financiera y de divulgación proporcionada en la solicitud de bancarrota y sus anexos<sup>1367</sup>.

De esta forma, la regulación de los motivos de rechazo de la descarga de la deuda residual encuentra su fundamento en la prevención del abuso del deudor<sup>1368</sup>, teniendo como objetivo, por un lado, prevenir actos o conductas contrarias a la rectitud por parte del deudor, de manera tal de evitar que ello pueda afectar la satisfacción de los créditos, y por tanto los intereses de los acreedores<sup>1369</sup>, y por otro, fomentar la cooperación del deudor en el procedimiento concursal para la mejor satisfacción de los intereses de los acreedores<sup>1370</sup>. Las causales de rechazo de la descarga de la deuda, en definitiva, son la manifestación de de la buena conducta procedimental y buena fe contractual que el

---

<sup>1365</sup> Sentencia del BGH de 18 de septiembre de 2014 - IX ZB 72/13, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 12, p. 450.

<sup>1366</sup> A través de una solicitud renovada el deudor podría eludir los motivos de denegación de § 290 (1)(1 a 4) InO, e incluso, si se le hubiere negado el alivio por falta de información y cooperación (§ 290 (1)(5 y 6)) podría obtener alivio en un nuevo procedimiento concursal. Si el deudor no fuera sancionado para iniciar un procedimiento de insolvencia posterior, no tomaría en serio los motivos de denegación, los cuales se verían privados de función procesal. Por su parte, la Sentencia del BGH de 18 de septiembre de 2014, para el caso de violación de la obligación de información y cooperación de la § 305 (3). Así, THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., p. 378 y MÖHRING (2017) "Die Rechtsprechung...", cit., p. 290.

<sup>1367</sup> SOUSA (2010) "The principle...", cit., p. 567.

<sup>1368</sup> LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., pp. 297 y 298.

<sup>1369</sup> El Proyecto de Reforma de la InsO de 2012 tuvo como un objetivo de gran importancia el fortalecimiento de los derechos de los acreedores. STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87. Sobre esta base, la exposición de motivos en BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 15, para dar justificación a los cambios en materia de protección de intereses de los acreedores, señaló que demostrando la experiencia práctica que las normas legales, en particular con respecto al procedimiento de alivio de la deuda residual, tienen varios puntos débiles, el ejercicio de los derechos de los acreedores en los procedimientos de alivio de la deuda residual a veces es visto por ellos como engorroso, al tiempo de que por diferentes razones una y otra vez el alivio de la deuda se otorga incluso a los deudores deshonestos. Apreciándose ello injusto, es que el proyecto tuvo como objetivo establecer tal regulación.

<sup>1370</sup> La exposición de motivos de la InsO de 1999, BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 188, refiriéndose a la norma que establece los motivos de denegación del alivio de la deuda, expresa que con ella, por tanto, se contrarresta el uso indebido del alivio de la deuda residual, al tiempo que esta disposición aumenta las posibilidades de que los acreedores realmente obtengan la satisfacción por parte del deudor, ya que el deudor está motivado para actuar de manera justa y crédula antes, durante y después del procedimiento de insolvencia.

deudor debe llevar a cabo para lograr un alivio; en definitiva, circunstancias vinculadas a la honestidad del deudor como límite al principio del fresh start.

Sentado lo anterior, en atención a que los motivos de rechazo de la descarga de la deuda tienen como objetivo la protección de los intereses de los acreedores con fundamento en la prevención del abuso del deudor<sup>1371</sup>, y tal como lo ha indicado la jurisprudencia comparada, entendemos que los mismos tienen naturaleza de sanción al deudor que ha incurrido en alguna de las circunstancias particularmente descritas<sup>1372</sup>.

Los casos de rechazo de la descarga de la deuda —tanto en su vertiente de rechazo de la posibilidad de incoación de un nuevo procedimiento concursal que lleve a la descarga, como en su vertiente de rechazo de la descarga de la deuda— en la práctica significan la privación del derecho al alivio del deudor subyacente al principio del fresh start<sup>1373</sup>. De ello es posible desprender la naturaleza sancionatoria del rechazo del alivio de la deuda en virtud de los casos que conducen a los periodos de bloqueo<sup>1374</sup>, a la denegación<sup>1375</sup> y a la revocación de la descarga de la deuda; toda vez que, en esencia, en cada uno el rechazo se configura como una consecuencia negativa para el deudor derivada de circunstancias particulares en su persona, o de una actividad determinada, contrarias a la probidad.

En este contexto, la exposición de motivos de la Reforma de la InsO de 2014 reconoce que los motivos de rechazo del alivio de la deuda corresponden a sanciones<sup>1376</sup>. Como tales, las causales de rechazo de la descarga de la deuda tienen como finalidad, por un lado, castigar al deudor deshonesto, y por otro, evitar que la conducta sea reiterada en el futuro<sup>1377</sup>.

---

<sup>1371</sup> LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., pp. 297 y 298.

<sup>1372</sup> THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., p. 378, da cuenta que el BGH declaró que la conducta deshonesto del deudor en un primer procedimiento no podría quedar sin sanción.

<sup>1373</sup> AVERCH (1997) "Denial...", cit., p. 68.

<sup>1374</sup> LAROCHE (2011) "Die "Sperrfristrechtsprechung...", cit., p. 73.

<sup>1375</sup> PAPE (2010) "Linien...", cit., p. 14, para los motivos de denegación.

<sup>1376</sup> BT-Drucks. 17/11268, cit., p. 27, expresa que la ampliación de la obligación de adquisición también requiere una extensión de las posibilidades de sanción.

<sup>1377</sup> DAVIS, Jonathan S. y JONES, Mary-Margaret (1986) "Discharge: sections 727, 524, and 525", en *Bankr. Dev. J.*, Volumen 3, p. 313.

## II. EL TRATAMIENTO DE LA CONDUCTA DEL DEUDOR EN LA LC.

### 1 La consideración de la conducta del deudor persona física vinculada a la buena fe en la LC.

La LC no se aparta de la concepción de que una descarga de la deuda residual debe ser otorgada solo a los deudores que se lo merecen. Esta idea es posible de constatar tanto en la Historia de la Ley<sup>1378</sup> como en la Exposición de Motivos de la LSO, desde donde se desprende la pretensión por parte del legislador de que el mecanismo de exoneración de deudas se vincule estrechamente con la exigencia de que el deudor merezca el beneficio de la liberación. Así, en la Exposición de Motivos de la LSO se expresa que la exoneración cumple con dar una salida razonable a deudores "que por infortunios de la vida" no pueden cumplir sus compromisos contraídos, considerando además que aunque muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, "No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor"<sup>1379</sup>. A su turno, la Exposición de Motivos del RDL 1/2015, expresó que el mecanismo de segunda oportunidad diseñado establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones de pago selectivas, demostrando por tanto una clara preocupación por un eventual abuso que los deudores pudieran llevar a cabo respecto del mecanismo<sup>1380</sup>. Tal exigencia, en efecto, determina que la regulación concursal de la persona física en el ordenamiento español consagre el mecanismo de exoneración solo para los deudores que se lo merecen<sup>1381</sup>. Desde esta visión, el legislador comprendería que es deudor de buena fe aquel que, en cuya situación de insolvencia, es afectado por circunstancias que escapan a su voluntad o

---

<sup>1378</sup> De la intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., pp.17 y 18, se colige que la legislación busca salvaguardar la cultura de pago pero ofreciendo al mismo tiempo una segunda oportunidad, de manera cautelosa, a los deudores de buena fe.

<sup>1379</sup> Preámbulo de la LSO, I, p. 5. La idea es reiterada por la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 1/2015, I, p. 2.

<sup>1380</sup> Exposición de Motivos del RDL 1/2015, I, p. 3. Tal idea es reiterada por el Preámbulo de la LSO, I, p. 6.

<sup>1381</sup> Del anterior régimen de exoneración configurado por la LAE, se criticó por la doctrina la laxitud de los parámetros vinculados a la buena fe del deudor, así como una falta de controles posteriores a la concesión de la exoneración. Así lo expresa LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 172.

previsibilidad; en el entendido de alguna doctrina<sup>1382</sup>, externalidades que el deudor no puede controlar y por ello sobrevenidas e imprevistas.

Es en función de esta necesidad que el legislador supedita la concesión de la exoneración al cumplimiento por parte del deudor de determinadas requisitos que, en términos generales, y desde la expresión utilizada por la normativa, imponen que debe encontrarse de buena fe. De esta forma, el artículo 178 bis.3 establece que solo se admitirá la solicitud de exoneración a los deudores de buena fe, agregando que se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan ciertos requisitos que la misma norma pone de manifiesto.

Nuestra LC concreta la limitación del alivio del deudor vinculado a su conducta a partir de la buena fe como requisito de acceso o de procedencia de la fase de exoneración de la deuda residual<sup>1383</sup>. A diferencia de modelos comparados como el francés en el que la exigencia de buena fe se configura como un requisito de acceso al procedimiento de sobreendeudamiento de particulares, y a la usanza del modelo alemán, la LC opta por establecer el requisito vinculado solamente a la sub fase de exoneración de la deuda residual.

Por otro lado, el legislador español ha considerado un requisito de acceso a la descarga de la deuda residual, como es la buena fe, pero a diferencia del modelo francés, en el que se delimita como un concepto genérico que puede ser llenado de contenido por el juez en virtud de las diversas circunstancias del deudor, y a similitud del ordenamiento alemán, ha dado o llenado su contenido de manera específica en base al establecimiento de una serie de circunstancias en las que puede encontrarse el deudor y que en la visión del legislador determinan su buena fe, o mala fe en caso de incumplimiento<sup>1384</sup> (en el modelo alemán, la honestidad o deshonestidad del deudor).

Así las cosas, las limitaciones al alivio vinculadas a la conducta del deudor en la LC se caracterizan por operar solo como requisito propio de la fase de exoneración y por configurarse en base a un número determinado de circunstancias en la que se encuentra el deudor, definitorias y comprensivas de su buena fe.

---

<sup>1382</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ (2015) "El concepto...", cit., p. 775.

<sup>1383</sup> Para SANJUÁN Y MUÑOZ (2015) "El concepto...", cit., p. 786, la buena fe consagrada en la LC "[...] se parece entonces a un modelo o paradigma de conducta de ejecución continuada".

<sup>1384</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 149.



## 2. El carácter no taxativo de las circunstancias delimitadoras de la buena fe del deudor.

Teniendo en cuenta las normas del apartado 3 y apartado 4 del artículo 178 bis, nos preguntamos si las circunstancias configuradoras de la buena fe del deudor que enumera el apartado 3 pueden ser estimadas como un *numerus clausus* o como *numerus apertus*. La cuestión no es baladí, desde que una comprensión de las circunstancias enumeradas por el apartado 3 como no taxativas significa el entendimiento del requisito de buena fe del deudor establecido en el encabezado del apartado 3 como un requisito genérico de buena fe, que facultaría al juez a delimitar el contenido de las circunstancias ya establecidas y otras que pudieren ser merecedoras de evaluación, para el otorgamiento del alivio al deudor.

La parte final del apartado 3 establece que se entenderá que concurre buena fe en el deudor "siempre que se cumplan los siguientes requisitos", de lo cual debemos concluir que la disposición estaría queriendo limitar el contenido del requisito genérico solo a ciertos y determinados casos enumerados a continuación<sup>1385</sup>. De allí que la expresión "siempre que" deba entenderse como sinónimo de absoluto o invariable, y que las circunstancias enumeradas deban ser entendidas como un *numerus clausus*<sup>1386</sup>. En este contexto, se ha comprendido<sup>1387</sup> que el concepto de buena fe dado en el apartado 3 es legal y no valorativo, y que la LC comprende un sentido cerrado de la expresión buena fe que limita el concepto. Por otro lado, se ha estimado<sup>1388</sup> que la intención del legislador habría sido no querer dejar la apreciación de la buena fe bajo discrecionalidad judicial, con lo que la norma no se remitiría a un concepto abierto de buena fe.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece adecuado comprender que la expresión "se entenderá", utilizada en el encabezado del apartado 3, posibilita comprender que las circunstancias enumeradas a continuación son dadas a modo de ejemplo, por lo que la buena fe exigida por la primera parte de la norma —podría entenderse— comprende

---

<sup>1385</sup> En esta interpretación se encontraría FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 280, al entender las causales de oposición tasadas en función del apartado 3 del artículo 178 bis. De igual modo, BENAVIDES (2018) "Nuevas oportunidades...", cit., p. 20.

<sup>1386</sup> Esta interpretación también vislumbra SANJUÁN Y MUÑOZ (2015) "El concepto...", cit., p. 777.

<sup>1387</sup> PULGAR (2015) "Acuerdos extrajudiciales...", cit. Así entiende que lo habría pretendido el legislador, SANJUÁN Y MUÑOZ (2015) "El concepto...", cit., p. 800.

<sup>1388</sup> BASTANTE, Víctor (2016) *El "deudor de buena fe" en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, Granada: Editorial Comares, pp. 133 y 220.

otras circunstancias no enumeradas expresamente en las que el deudor pudiere encontrarse. A mayor abundamiento, el hecho de que el número 1 del apartado 3 se remita a la calificación del concurso, en la que de acuerdo al artículo 164.1 se establece la causal genérica de concurso culpable, significa que la evaluación de la buena fe del deudor para determinar su acceso a la exoneración no necesariamente se encuentre limitada a causales taxativas. En efecto, de acuerdo a alguna doctrina<sup>1389</sup>, el Tribunal Supremo ha señalado que tal disposición, como cláusula general, tipifica el concurso culpable, por lo que cualquier otra conducta no prevista en los hechos base descritos en los artículos 164.2 y 165 LC, pero en los que concurren los factores de dolo o culpa grave y hayan generado la insolvencia de acuerdo a un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso.

Bajo esta interpretación, si bien la LC contemplaría en principio un número específico de casos en los que se entiende que el deudor estaría de buena fe, también contemplaría una cláusula genérica de buena fe como requisito de acceso a la fase de exoneración; requisito este, genérico e indeterminado, que bien podría ser llenado de contenido caso a caso en virtud de la multiplicidad de circunstancias que configuran la situación particular del deudor persona física<sup>1390</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que subyacente a la redacción de la LC existe una implícita diferenciación entre el tratamiento de las causales de rechazo contempladas por el ordenamiento concursal. Bajo tal interpretación, se entiende que con la redacción dada por el artículo 178 bis.3, la LC ha pretendido establecer una diferenciación de las circunstancias que serán aplicadas para determinar una limitación a la exoneración entre, por un lado, aquellas que posibilitarán un rechazo al acceso del deudor a la exoneración, y por otro, aquellas que significarán un rechazo a la exoneración propiamente tal.

---

<sup>1389</sup> GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2016) "La calificación del concurso y responsabilidades derivadas", en García-Cruces, José Antonio (director), *Jurisprudencia y concurso*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 1366 y 1367, citando una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2015.

<sup>1390</sup> En línea con nuestra comprensión, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 113. En sentido contrario, señalando que el juez no tendría discrecionalidad fuera de las condiciones objetivas materiales, CARRASCO PERERA, Ángel (2015) "El mecanismo de "segunda oportunidad" para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 13. Disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2019], p. 4, aunque luego en p. 5, expresa que "Es absurdo que tanto las condiciones de primer nivel como las de segundo nivel se sigan caracterizando como determinaciones necesarias de la "buena fe". Es un error introducir la condición de "buena fe" si luego va a ser totalmente normativizada por medio de elementos fácticos y estándares de conducta que nada tienen que ver en verdad con la "buena fe"."

Por una parte, las circunstancias definidas por el legislador como causales que permiten el rechazo del acceso a la exoneración no serían taxativas, especialmente en atención a la aplicación de la causal genérica de calificación del concurso del artículo 164.1 que hace aplicable el número 1º del apartado 3 a la fase de exoneración. Tal interpretación podría verse respaldada por las Conclusiones del Seminario de Segunda Oportunidad de 2016<sup>1391</sup>, en las que ante la pregunta de si sería posible que se tuvieran en cuenta otras circunstancias distintas a las contempladas en el artículo 178 bis, y en relación al sobreendeudamiento activo, se concluye que tal posibilidad, de ser así, ya estaría contemplada en la causal de concurso culpable.

Por otro lado, las circunstancias que posibilitarían un rechazo de la exoneración, cuando la fase de exoneración ya haya comenzado, el legislador las habría querido de manera taxativa, restringiéndolas solo a las específicamente establecidas en el artículo 178 bis. De allí que ante la aplicación de la fórmula de exoneración aplazada del artículo 178 bis.3.5º la normativa disponga una serie de específicas y determinadas obligaciones vinculadas a la conducta del deudor mientras pende la fase de exoneración a través del plan de pagos.

### **3. Aplicación copulativa de los requisitos vinculados a la conducta del deudor.**

La expresión "alternativamente" otorga ambigüedad a la norma del artículo 178 bis.3.5º en torno a los requisitos que serán necesarios para la procedencia de la primera o segunda forma de exoneración. En efecto, la palabra puede dar a entender que siendo cada forma de exoneración independiente, los requisitos de procedencia se contemplan de manera separada para cada una, desde donde puede estimarse que para la primera (exoneración automática) bastaría el cumplimiento de los requisitos enumerados en los números 1º a 4º, sin ser necesario el cumplimiento del número 5º en su completitud, por lo que no se aplicarían, por ejemplo, los requisitos de los numerales ii) al v)<sup>1392</sup>. En esta interpretación, por otro lado, para la segunda forma de exoneración (exoneración aplazada por cinco años), bastaría el cumplimiento de los requisitos del número 5º, sin ser necesario el cumplimiento de los requisitos de los números 1º a 4º del apartado 3<sup>1393</sup>.

Desde otra interpretación, considerando que los requisitos serían de aplicación

---

<sup>1391</sup> CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 10.

<sup>1392</sup> En esta interpretación, SÁNCHEZ JORDÁN (2016) *El régimen...*, cit., p. 111.

<sup>1393</sup> Estas son las redacciones que presenta EL PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., pp. 149 y 151 (arts. 486 y 492).

copulativa solo respecto de la fórmula de exoneración aplazada<sup>1394</sup>, se ha señalado<sup>1395</sup> en referencia a la que entendemos es la segunda forma de exoneración de la deuda, que es mucho más rigurosa para el deudor persona natural, puesto que no basta que el concurso sea fortuito o que no haya sido condenado por determinados delitos, sino que además debe someterse a una serie de requisitos que, si bien, pueden ser razonables, por su carácter objetivo deberían exigirse a todos los que pretendieran obtener el beneficio de la exoneración de deudas y no solo a los que lo hacen por esta vía, pues quien carece de recursos para pagar un importe de deuda, que en algunos casos será elevado, se ve sometido a un requisitos mucho más exigentes en atención, no tanto a su conducta previa, como a su capacidad económica.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque beneficiosa para el deudor y su pretensión de alivio de la deuda, esta interpretación la entendemos contradictoria con la idea del legislador y del procedimiento concursal de la persona física de prevenir el abuso, toda vez que determinadas exigencias vinculadas a una conducta proba y acorde con la rectitud y verdad quedarían al margen de evaluación al momento de otorgar alivio al deudor. A modo de ejemplo, al no aplicarse para la primera opción de exoneración los numerales iii) o, incluso, los numerales ii) y iv) del número 5°.

Así las cosas, al ser estos los requisitos que delimitan o configuran la buena fe del deudor, y entendiendo nosotros que la norma del número 5° plantea que la "alternativa" se refiere solo a una alternativa de exoneración aplazada respecto de una forma automática del número 4°, sin referirse a los requisitos de buena fe en particular; los requisitos vinculados a la buena fe del deudor que la disposición del apartado 3 contempla habrá de entenderse aplicados a todo caso de exoneración, debiéndose comprender como de aplicación copulativa para cada uno de los supuestos de

---

<sup>1394</sup> Aunque no utiliza la expresión "aplicación copulativa", FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 265, entiende que "La regla 5° es una alternativa a la regla 4°, lo que determina que no pueda eximirse al deudor del cumplimiento de los requisitos de las tres primera reglas del artículo 178 bis 3 LC". De igual manera, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., pp. 137 y 206; LLEDÓ (2015) "La ley de segunda...", cit., p. 635, aunque criticándola por considerar que es un error que la regulación no sea exigente con el deudor; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 162. Aunque con una redacción un tanto confusa que no pone de manifiesto de manera clara tal conclusión, a la misma se infiere que llegan las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 10. En misma interpretación, UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 3.

<sup>1395</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 9; PULGAR (2015) "Acuerdos extrajudiciales...", cit. De igual manera, criticando que la regulación sea más exigente para ciertos tipo de deudores con menos recursos, CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 748; BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 134, aunque estima, debieran ser de aplicación general.

exoneración<sup>1396</sup>; sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en torno a cada una de las circunstancias que de manera particular plantea la disposición.

#### **4. El problema de la discontinuidad de la exoneración en la fase de liquidación.**

Considerándose que de acuerdo al artículo 178 bis.1 es un requisito de procedencia de la exoneración el que el concurso haya concluido por liquidación<sup>1397</sup>, siendo incluso necesaria en aquellos casos en que el concurso hubiese concluido por insuficiencia de masa en atención a que el artículo 176 bis.4 así lo exige; cumplida por tanto la liquidación, de acuerdo a la norma del apartado 4, el deudor deberá presentar una solicitud para la exoneración de la deuda residual. Lo mismo sucede en relación a la exoneración definitiva del artículo 178 bis.8, la cual solo se concederá a solicitud del deudor, cuando a pesar de no haber dado cumplimiento al plan de pagos, haya cumplido con los requisitos de destinar los ingresos mínimos al pago de los acreedores que la norma establece.

De las normas en comento se deduce que el deudor deberá siempre y en todo caso presentar una solicitud de exoneración<sup>1398</sup>, no operando, la fase como tal y la institución *per se*, como una consecuencia necesaria de una etapa de liquidación, tal como sí lo hace en ordenamientos como el francés, alemán y estadounidense<sup>1399</sup>. De esta forma, si el deudor no solicita la exoneración, las deudas por créditos no satisfechos continuarán exigibles con posterioridad al concurso. Por otro lado, si el deudor la solicita, será él quien deberá acreditar la procedencia de los requisitos aludidos en el apartado 3 del artículo 178 bis<sup>1400</sup>, esto es, y en la redacción de la LC, aquellos

---

<sup>1396</sup> CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 7, exigiendo que los requisitos de conducta sean únicos y comunes a ambos tipos de deudores de la forma de exoneración con cumplimiento de umbral de pasivo mínimo y a través de un plan de pagos.

<sup>1397</sup> Así, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 278.

<sup>1398</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 7. Aunque no es netamente el objetivo de nuestro trabajo, cabe hacer presente en torno a cuestiones de tramitación procedimental de la solicitud de exoneración del deudor en la actual redacción del artículo 178 bis, lo expresado por CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., pp. 24 y 25; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 115. De igual manera, planteando algunos problema vinculados con cuestiones procedimentales, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 177. La misma consecuencia presenta el artículo 488 del PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 150.

<sup>1399</sup> En cuanto a la tramitación de la solicitud del deudor en la redacción actual de la LC, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 278 a 282.

<sup>1400</sup> UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 4.

vinculados con su buena fe<sup>1401</sup>. Para cierta doctrina<sup>1402</sup>, la redacción de la norma la hace cuestionarse si sería incluso posible la caducidad del beneficio de exoneración.

El que la exoneración de deudas sea una fase discontinuada de las fases estructurales del procedimiento concursal determina que la misma no sea considerada en estricto rigor como elemento esencial de un procedimiento concursal de la persona física. De allí que la fase de exoneración, y la institución como tal, a ojos del legislador, pueda ser prescindible si el propio deudor no la ha solicitado.

Bajo este entendido, debido a que la fase de exoneración no se configura como un elemento esencial del procedimiento concursal, siendo prescindible si el deudor no manifiesta su voluntad en sentido de proseguir con la misma, en estricto rigor la exoneración de deuda se constituye en un elemento renunciante tácitamente por parte del deudor. En efecto, comprendiendo que la exoneración es un beneficio, se ha planteado<sup>1403</sup> que no existen límites legales que impidieran al deudor renunciarla.

Aunque lo anterior en principio no pareciera tener relevancia, si tenemos en cuenta la funcionalidad de la descarga de la deuda para el logro del objetivo de la moderna regulación concursal de la persona física, lo cierto es que tiene como consecuencia que la LC, en estricto rigor, no consagra el alivio como un derecho, o consagra el derecho al alivio como uno que, eventualmente podría caducar, o inclusive como un derecho renunciante tácitamente. Por otro lado, debido a que en la redacción actual de la norma es el deudor el encargado de acreditar los presupuestos para la concurrencia de la exoneración, y como la misma está supeditada a su buena fe, lo que hace el legislador es que, dependiendo de la circunstancia, en estricto rigor solicita al deudor persona física prueba de su buena fe<sup>1404</sup>.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo a lo que hemos argumentado<sup>1405</sup>, la configuración del principio del fresh start exige el reconocimiento del derecho al alivio del deudor; considerando que la exoneración de deudas es uno de los elementos a través

---

<sup>1401</sup> Así, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., pp. 24 y 25, da cuenta de la necesidad de que el deudor sea quien deba acreditar las circunstancias configuradas como hechos positivos, como es, por ejemplo, la falta de comisión de delitos especificados en el número 2º del apartado 3. En igual interpretación, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 279; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 117.

<sup>1402</sup> Así, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 196, aunque estima una respuesta negativa.

<sup>1403</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 306.

<sup>1404</sup> En efecto, de acuerdo a lo expresado por FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 308, en caso de exoneración definitiva, es el deudor el que deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos de buena fe comprendidos en el número 4º o número 5º del apartado 3.

<sup>1405</sup> Apartados 4.3.2. y 5.4., Sección 3ª, Parte Primera.

de los cuales la regulación concursal logra su finalidad última de otorgar un alivio al deudor; y teniendo en cuenta que la exoneración se configura como un elemento a través del cual se manifiesta y logra el objetivo de tratamiento y solución al problema subyacente a la insolvencia contenido en el principio del fresh start; entendemos que la exoneración de la deuda residual es un elemento y derecho esencial en todo moderno procedimiento concursal de persona física. Como tal, la herramienta-derecho a la exoneración de deudas se constituye en norma imperativa en el moderno procedimiento concursal de persona física, sin el cual la finalidad y objetivos de la regulación concursal no se logran; irrenunciable por parte del deudor; y, en esta configuración, de obligado reconocimiento por parte de los poderes públicos como elemento integrante *per se*, sin posibilidad de que la normativa o el deudor puedan prescindir del mismo.

Es preciso recordar que a través de las normas concursales de la persona física, especialmente la herramienta-derecho a la exoneración, se cumplen una finalidad y objetivos que se vinculan con el retorno de la persona física a las condiciones necesarias para un desarrollo de su persona y familia. Tales normas reguladoras propenden a que la parte más débil en la relación contractual, y que lo sigue siendo en el estado de insolvencia, sea protegida y ayudada para que sus circunstancias de vida vuelvan a permitirle un desarrollo libre. Desde estas consideraciones es que se comprende que el carácter protector de la normativa reguladora del concurso de la persona física necesariamente ha de imponer la imperatividad de sus normas sustantivas, de manera tal que los derechos que la misma confiere al deudor posibiliten de manera efectiva el logro de los fines y objetivos de la moderna regulación concursal de persona física.

De acuerdo a lo anterior, se requiere que la normativa concursal de la persona física en el ordenamiento español comprenda la exoneración de deudas no solo como una herramienta o un beneficio, sino que con mayor relevancia, como un derecho esencial, imperativo e irrenunciable en el procedimiento concursal; configurándolo como un elemento estructural inserto en la fase de liquidación y de procedencia automática tras la liquidación de las deudas. A mayor abundamiento, y en línea con alguna doctrina<sup>1406</sup>, no parece razonable que el acceso al mismo no sea efectuado de manera directa, toda vez que la disposición de un plazo de oposición a la resolución judicial ya garantiza los derechos de los acreedores; con lo que su aplicación de oficio

---

<sup>1406</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 7.

contribuiría a agilizar la tramitación del procedimiento y a no demorar aún más el alivio del deudor.

## **5. La necesidad de una evaluación de oficio y de subsanación de ciertas circunstancias configuradoras de la mala fe del deudor.**

De acuerdo a la norma del artículo 178 bis.4, el deudor deberá presentar una solicitud para la exoneración de la deuda residual, de la cual se dará traslado a la administración concursal y a los acreedores para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. A estos efectos, el párrafo tercero del apartado 4 establece que la oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno de los requisitos del apartado 3.

Lo primero que es posible observar de la redacción escogida por el legislador es que la evaluación de la conducta del deudor se hará solo una vez el concurso hubiere concluido por insuficiencia de masa o por liquidación, esto es, una vez hayan transcurrido todas las fases del procedimiento configurado por la LC<sup>1407</sup>. Volveremos sobre este punto más adelante.

Ahora bien, considerando la relación de las normas del apartado 3 y apartado 4 del artículo 178 bis, surge la duda en torno al tiempo en el que el deudor deberá dar cumplimiento a las condiciones o circunstancia enumeradas por el apartado 3. A modo de ejemplo, en el caso del apartado 3.5.iii), que contempla un plazo determinado en el cual no debe producirse la circunstancia de haberse obtenido el beneficio de la exoneración previamente, la norma no se refiere a desde cuándo se entenderá que debe contarse el plazo de diez años previos, lo cual tiene como consecuencia una incertidumbre tanto para deudores como acreedores, generada por una ambigüedad en torno al límite específico del término.

En atención a tal problema, y considerando la redacción de la LC tanto en esta norma como en el número 2º del apartado 3, podríamos interpretar que el término de diez años al que se refieren, bien puede ser entendido como aquel previo a la solicitud

---

<sup>1407</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 177, comprende este presupuesto del todo lógico puesto que "solo cuando se constata que los activos del deudor no han servido para satisfacer la totalidad de los créditos, es cuando cabe plantearse si el deudor sigue siendo responsable por los créditos subsistentes o queda liberado."



de concurso, o bien, previo a la solicitud de exoneración de la deuda<sup>1408</sup>. Inmediatamente, considerándose que el artículo 178 bis contempla una exoneración provisional y una definitiva, surge la duda de si el plazo podría ser aquel previo a la solicitud de concurso o exoneración en el cual se haya otorgado una exoneración provisional o una definitiva. De acuerdo a lo anterior, se ha concluido<sup>1409</sup> para la primera causal, que el término final está dado por la fecha de declaración de concurso y no por la fecha de conclusión. Por su parte, apreciando la dualidad entre exoneración provisional y definitiva, se ha estimado<sup>1410</sup> que el inicio del cómputo debe estar en la declaración de exoneración provisional.

Atendido a que la norma del encabezado del apartado 3 establece que "solo se admitirá la solicitud" de exoneración a los deudores de buena fe, en la práctica, establece una exigencia que deberá ser cumplida al inicio de la fase de exoneración, y más específicamente, de acuerdo a la redacción del apartado 4 del artículo 178 bis, al momento en que el juez resuelva respecto del cumplimiento de las exigencias que la norma delimita como el contenido de la buena fe exigida al deudor para continuar con la fase de exoneración. De esta forma, aunque la mayoría de circunstancias que contempla el apartado 3 se refieren a una actividad que deberá ser llevada a cabo por el deudor en el transcurso de un término determinado, aquellas circunstancias cuyo cumplimiento sea logrado a través del ejercicio de una única conducta, debe comprenderse que el límite temporal para el cumplimiento de la exigencia es la resolución por la cual el juez concede la exoneración provisional<sup>1411</sup> de la deuda y da paso al periodo de buena conducta en virtud del artículo 178 bis.4. Siendo esto así, para el caso de de la circunstancia contemplada en el apartado 3.5º.iii), debe estimarse que el plazo de diez años ha de ser aquel previo a la concesión provisional de la exoneración.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, especialmente que la norma del apartado 3 y 4 se refieren a una solicitud de exoneración que deberá presentar el deudor, surge ahora la cuestión de si existe o no en la norma la facultad de que el juez pueda efectuar una evaluación de oficio de las circunstancias enumeradas en el apartado 3 como definitorias de la buena fe del deudor para la concesión de la exoneración. Y ello puesto

---

<sup>1408</sup> También vislumbrando estas posibilidades, optando por la segunda, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., pp. 102 y 103.

<sup>1409</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 93.

<sup>1410</sup> CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 117.

<sup>1411</sup> Si bien en esta parte utilizamos la denominación dada por la LC, no debe olvidarse nuestra interpretación en torno a la naturaleza de la exoneración provisional en el apartado I.4.4., Sección 2ª, Parte Tercera, la cual bien puede relacionarse con el apartado III.4.1., Sección 3ª, Parte Cuarta, en torno a la naturaleza de la exoneración como acto *per se*.

que, además, de la redacción de la norma del párrafo segundo del apartado 4 pudiere pensarse que la actividad evaluadora de la buena fe del deudor por parte del juez solo sería posible de llevar a cabo cuando la administración concursal o los acreedores se hubieran opuesto a la solicitud de exoneración por parte del deudor, debiendo en todo caso, cuando no existe oposición por parte de la administración concursal y los acreedores, conceder la exoneración provisional de manera automática<sup>1412</sup>.

De la redacción de las normas, a primera vista no se admite una evaluación de oficio por parte del juez para corroborar el cumplimiento de los requisitos configuradores de buena fe del deudor. Ello es contraproducente desde el punto de vista del interés del deudor de tramitación rápida del procedimiento concursal.

De estimarse esta interpretación, pudiere darse el resultado paradójico de que ciertos deudores que no hubiesen dado cumplimiento a alguno de los requisitos enumerados en el apartado 3, y ante una eventual falta de actividad de control por parte de la administración concursal y los acreedores, podrían acceder a la fase de exoneración e incluso lograr un alivio si la falta de actividad de la administración concursal y acreedores persiste. Aunque nos parece que muy pocas veces pudieren suscitarse este tipo de casos, puesto que los acreedores y la administración concursal, con justificación, estarían atentos a plantear sus oposiciones; nos parece que sí podría ser más frecuente otro resultado que, atendido a la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física, no solo sería paradójica sino absolutamente contraproducente para los intereses de los deudores personas físicas.

En efecto, de seguirse la interpretación que comentamos, pudiere darse el caso de que ante una falta de evaluación de la conducta del deudor al inicio de la fase de exoneración, en aquellos casos dudosos en que el propio deudor no fuese consciente de que su actividad significara a efectos de la norma del apartado 3 falta de buena fe, permanecerá en la incertidumbre durante el transcurso de todo el procedimiento concursal, a modo de ejemplo, durante los cinco años del plan de pagos al que se refiere el apartado 6, y cumpliendo sagradamente las obligaciones emanadas del plan; para finalmente no obtener la exoneración debido a que los acreedores, tras haberse beneficiado con el cumplimiento del plan de pagos por el deudor y justo antes de la conclusión del plazo de duración, hubieren decidido instar la revocación de la exoneración en aplicación de la norma del párrafo segundo del apartado 7.

---

<sup>1412</sup> También vislumbra esta interpretación, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 18.

Sentado lo anterior, la cuestión de una evaluación de oficio de ciertas causales de rechazo del alivio del deudor al inicio del procedimiento se relaciona con su justificación. Según las decisiones de la jurisprudencia alemana en los orígenes de la InsO, la evaluación de ciertas causales de bloqueo reemplazaba a otros requisitos de admisibilidad para una solicitud de alivio de la deuda confirmatoria, lo cual posibilitaba evaluar la procedencia de las circunstancias al momento de la solicitud del deudor. En contra de este razonamiento, la doctrina estimaba que la denegación solo podía ser estimable en un procedimiento concursal admisible y solo a petición de un acreedor<sup>1413</sup>.

Considerándose el fundamento de la originaria configuración de la solicitud de denegación del alivio, se ha indicado que no existe razón para que el juez deba evitar el alivio de la deuda cuando en la práctica, siendo los acreedores los únicos interesados en un rechazo del alivio de la deuda en función de sus intereses subyacentes, no se hayan manifestado en tal sentido<sup>1414</sup>. Por otro lado, se ha señalado que ello podría significar un aumento de la carga de los tribunales debido a que una evaluación de oficio por parte del juez requeriría un análisis de las eventuales causales, la obviedad del motivo y si ha mediado negligencia grave o intención maliciosa por parte del deudor, y a la larga, favorecería reproches de los acreedores al tribunal y abriría la posibilidad a que se buscaran motivos de denegación no solo en caso de obviedad, sino de manera rutinaria con finalidad de ahorro de recursos y tiempo<sup>1415</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible criticar que la obligación de corrección del resultado del procedimiento, cuya finalidad es la obtención del alivio del deudor, se entregue solo a la responsabilidad del acreedor. Ello puesto que la configuración de las causales de rechazo solo en base a motivos de denegación, en la práctica determinan que no exista un control efectivo del cumplimiento de las obligaciones del deudor por parte de los acreedores debido a la falta de conocimiento de su comportamiento y de recursos para tal fin; por otro lado, para determinadas causales de denegación se hace muy difícil acreditar la mala conducta y su causalidad concreta con un deterioro de las

---

<sup>1413</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 278.

<sup>1414</sup> PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 153. PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., pp. 242 y 243, expresa que un acreedor genuinamente interesado no tendría problema en presentar una solicitud de denegación del alivio de la deuda, donde dejar esto de lado, entregando la carga al tribunal podría incentivar a los acreedores a no hacer nada. DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 129, entiende que la regulación restringe indebidamente la autonomía del acreedor. En contraposición, JÄGER (2007) "Der Regierungsentwurf...", cit., p. 514, estima que es adecuado que exista la posibilidad de que el juez, de oficio, deniegue el alivio de la deuda.

<sup>1415</sup> PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., pp. 242, 243 y 246.

expectativas de los acreedores<sup>1416</sup>, lo cual perjudica sus intereses e impide que el fundamento y finalidad de la institución de los motivos de rechazo del alivio del deudor sean logrados.

Considerando lo anterior, el establecimiento de determinadas causales de rechazo del acceso al procedimiento concursal, cuya evaluación sea efectuada de oficio por el juez al inicio del procedimiento concursal, se hace necesario en nuestra legislación concursal. Ello posibilitaría la adopción de una regulación acorde con los fundamentos de la institución del rechazo del alivio del deudor y una mayor certeza jurídica a los deudores y acreedores en torno a la obtención del alivio, al tiempo que significaría el cumplimiento de la finalidad de otorgar alivio solo al deudor que se lo merece en respeto del principio del fresh start.

En este sentido, las causales de rechazo temporal del acceso al procedimiento concursal de la persona física habrán de consistir en motivos o causales sumariamente verificables y regularmente documentadas, pudiendo el tribunal rechazar de oficio el alivio solo cuando los motivos de denegación aparecieran de manifiesto fuera de toda duda<sup>1417</sup>.

Así las cosas, dos cuestiones de orden procedimental surgen como necesarias de las anteriores consideraciones:

La primera, la exigencia de que la LC contemple la posibilidad de que el juez deba evaluar de oficio el cumplimiento de ciertas circunstancias vinculadas a la conducta del deudor al inicio del procedimiento concursal. Ante la redacción actual de la LC, la evaluación de oficio por parte del juez de la buena fe del deudor al inicio de la fase de exoneración es esencial<sup>1418</sup>. Sin perjuicio de ello, la oficiosidad del juez debe limitarse en la mayor medida de lo posible solo a casos de fácil y expedita constatación, como por ejemplo, cuando la circunstancia misma emane de manera clara de los antecedentes del procedimiento concursal o cuando se encuentre disponibles en registros públicos. De esta forma, a través de una limitación del ejercicio de la actividad de oficio del juez, se evita que se extralimite en sus atribuciones y establezca una

---

<sup>1416</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 653; DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 124.

<sup>1417</sup> PIEPER, Nicole (2009) "Aufhebung der Verfahrenskostenstundung in der Wohlverhaltensperiode des Schuldners wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten auch vor Versagung/Widerruf der Restschuldbefreiung?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 241; PAPE (2010) "Linien...", cit., p. 3, entendía que aunque los motivos de denegación debían hacerse valer por los acreedores, excepcionalmente el tribunal podía evaluar un motivo cuando hubiese sido obvio más allá de toda duda.

<sup>1418</sup> De igual manera RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 18. Coincidente también, BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 219.

multiplicidad de criterios para la determinación de la procedencia de innumerables eventuales causales y para justificar el rechazo de la solicitud; todo lo cual, a sensu contrario, repercutiría en incertidumbre jurídica tanto para deudores como para acreedores.

La segunda, teniendo en cuenta la redacción actual de la legislación y en previsión de una reforma que no contemplara la posibilidad de evaluación de oficio de la conducta del deudor al inicio del procedimiento concursal, la admisión de la interpretación de que la LC permite que determinadas circunstancias que no hubieren sido posibles de cumplir por parte del deudor al tiempo de admitirse la solicitud de exoneración, puedan ser remediadas o subsanadas durante el transcurso de la fase de exoneración de tal manera de evitar la incertidumbre en torno a la obtención definitiva de la exoneración ante una inminente revocación de la misma. A modo de ejemplo, el incumplimiento de determinadas obligaciones de información en el contexto de la circunstancia del numeral ii), del número 5º del apartado 3; e incluso, dentro del ámbito de las denominadas causales de revocación por la LC, en el caso de incumplimiento del plan de pagos a la que se refiere la circunstancia de la letra c) del apartado 7.

En el modelo alemán se ha interpretado por la jurisprudencia que determinados motivos de denegación o revocación del alivio, y que emanan de obligaciones que el deudor ha de cumplir de manera prolongada en el tiempo, pueden ser subsanadas en el transcurso del procedimiento concursal. En este sentido, es interesante saber que el BGH creó un sistema diferenciado en el que los requisitos de cooperación de gran alcance para el deudor, se equilibran con la posibilidad de curación de determinados motivos de denegación que se refieren a requisitos de participación y actividades de largo término que se llevan a cabo durante todo el procedimiento concursal<sup>1419</sup>, como son los de las § 295 (1)(5 y 6)<sup>1420</sup>.

---

<sup>1419</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 280, señala que la Sentencia del BGH de 17 de marzo de 2005, ZVI 2005, 641, indicó que si el deudor puede corregir el motivo, y efectúa la corrección, no puede considerarse que existe una violación del deber de cooperación.

<sup>1420</sup> Para mayor profundización, AHRENS, Martin (2011) "Ausgleichsmechanismen im Versagungsverfahren", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 9, p. 66.

## **SECCIÓN 2ª. LA BUENA FE CONTRACTUAL EN LA LC. EL RECHAZO DE LA DESCARGA DE LA DEUDA.**

### **I. EL RECHAZO ABSOLUTO DE LA EXONERACIÓN EN LA LC.**

El legislador decidió establecer una lista de las circunstancias que darán lugar a la existencia o, en caso de no concurrir, a la inexistencia de buena fe respecto del deudor, sin distinguir de manera expresa entre aquellas causales que dirán relación con un motivo de rechazo absoluto o temporal de la exoneración. De acuerdo al artículo 178 bis.4, con la presentación de la solicitud de exoneración por el deudor, se concede plazo de cinco días a los acreedores y la administración concursal para que se opongan a la solicitud, surgiendo los requisitos del apartado 3 como circunstancias que los acreedores podrán utilizar para oponerse a la solicitud de exoneración.

En efecto, al establecer la norma que la oposición al alivio de la deuda podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos del apartado 3, que a su vez los vincula con la buena fe del deudor, las circunstancias enumeradas se constituyen en requisitos configuradores de la buena fe, y a sensu contrario en caso de incumplimiento, en requisitos delimitadores de una falta de buena fe, esto es, de la mala fe del deudor. De esta forma, si tales causales son motivos de oposición que la LC consagra para el inicio de la fase de exoneración, de aceptarse por el juez, se constituyen en causales de rechazo de la solicitud de exoneración.

Ahora bien, considerando que el legislador no distingue, la cuestión que surge de todo lo anterior es cuáles circunstancias enumeradas en el apartado 3 se constituirán en verdaderas causales de rechazo de la fase de exoneración de la deuda residual. La importancia de identificar, definir y delimitar adecuadamente los casos, de manera de establecer su ámbito de aplicación, contenido y alcance, tiene su razón de ser en la necesaria protección de la seguridad jurídica de acreedores y, especialmente, de los deudores, respecto de los cuales la regulación concursal de la persona física debe propender al alivio.

## **1. Rechazo por calificación del concurso (artículo 178 bis.3.1°).**

La norma del apartado 3.1° establece que se entenderá que el deudor se encuentra de buena fe cuando el concurso no haya sido declarado culpable.

Estando vinculada la calificación del concurso culpable a una circunstancia que determina un requisito en consideración a la buena fe del deudor para el acceso a la fase de exoneración, las causas de calificación del concurso se constituyen en circunstancias que, en la idea del legislador y al relacionar ambas instituciones, configuran la mala fe del deudor.

La calificación del concurso, como fase del procedimiento concursal, procede cuando se aprueba el convenio por el juez en determinados casos o cuando se declara la liquidación del deudor o sea solicitada, por lo que la circunstancia de no haberse declarado culpable el concurso se tendrá en cuenta una vez se resuelva la fase de calificación. Tanto para el caso de conclusión por liquidación, como por insuficiencia de masa (donde el hecho de que el concurso no sea culpable es requisito de procedencia), para la procedencia de la exoneración se tendrá que dilucidar antes sobre la calificación.

Aunque a primera vista pudiere parecer que la circunstancia aludida se constituye en un bloqueo a la posibilidad de que el deudor pueda solicitar la exoneración, lo cierto es que si miramos la norma con detenimiento podemos percatarnos que, a diferencia de la norma del apartado 3.2° —por ejemplo—, la disposición no establece un plazo o término específico dentro del cual habrá de estimarse que el incumplimiento de esta causal será constitutiva de una falta de buena fe del deudor. A partir de estas consideraciones, y tal como se presenta en la norma, la circunstancia viene a configurar lo que entendemos es una causal de rechazo absoluto de la exoneración, toda vez que dando cuenta de la consecuencia de rechazo de la exoneración ante la concurrencia de la circunstancia, la procedencia de la circunstancia como causal de rechazo no presenta un plazo dentro del cual podrá considerarse como tal.

En este contexto, aunque en sede del procedimiento concursal la delimitación de un plazo no pareciere tener implicancia debido a que la calificación del concurso en el mismo procedimiento significará la imposibilidad de que el deudor logre la exoneración; la importancia de tal término encuentra sentido cuando, teniendo en cuenta la experiencia comparada alemana, sabemos que la conducta del deudor llevada a cabo en un procedimiento concursal determinado podría eventualmente tener efectos en un

procedimiento concursal posterior. Basta con señalar a esta altura que de la norma del apartado 4, párrafo tercero, como no establece expresamente que la solicitud de exoneración podrá ser rechazada en caso de calificación culpable de "ese mismo" procedimiento concursal, bien podría interpretarse que ciertas circunstancias de rechazo del acceso a la exoneración que en el apartado 3 no contemplan un específico plazo — tal como en este caso— podrían dar lugar a un rechazo del acceso a la exoneración no solo en "el mismo" procedimiento, sino también en otros futuros. De allí que es comprensible la denominación de causal de rechazo absoluto del acceso a la exoneración. Volveremos sobre este punto en el siguiente capítulo.

## **2. Rechazo por incumplimiento de la obligación de colaboración del artículo 42 LC (artículo 178 bis.3.5°.ii).**

La norma del apartado 3.5°.ii) establece que para el caso de que el deudor no pueda dar cumplimiento a los requisitos contemplados en el número 4° del apartado 3, alternativamente se le concederá la exoneración si, entre otras obligaciones, "no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42" de la LC. Considerando que los números contemplados en el apartado 3 son las manifestaciones o el contenido del requisito de buena fe exigido por la LC para que el deudor persona física acceda a la exoneración de la deuda residual, comprendemos que para el legislador el cumplimiento de la obligación de colaboración del artículo 42 LC es una manifestación de existencia de buena fe en el deudor que lo hace merecedor de la exoneración. En este mismo orden de ideas, y a *contrario sensu*, el incumplimiento de la obligación de colaboración será una circunstancia que determine la falta de buena fe del deudor y, por tanto, la imposibilidad de que pueda acceder a la descarga de la deuda residual. Tal estimación se ve reafirmada desde que el apartado 3.1° en relación al artículo 165.1.2° contempla la posibilidad de que la exoneración sea rechazada de manera absoluta cuando el concurso hubiera sido calificado de culpable atendido al incumplimiento del deber de colaboración del deudor.

Al igual que para el caso de rechazo de la solicitud de exoneración por calificación del concurso, el legislador español no establece un plazo dentro del cual se entenderá que el deudor se encontrará carente de buena fe para efectos de optar a una



futura exoneración<sup>1421</sup>. Desde esta perspectiva, la circunstancia de incumplimiento de la obligación de colaboración por parte del deudor tiene como resultado un rechazo por tiempo indefinido de la exoneración, constituyéndose esta circunstancia, por tanto, en una causal de rechazo absoluto del alivio de la deuda.

Respecto a esta circunstancia debe tenerse presente que, considerando que la causal de rechazo absoluto de la exoneración por calificación del concurso, y por aplicación del artículo 165.1.2º, contiene la circunstancia de haber incumplido el deudor su deber de colaboración en el procedimiento concursal, podríamos entender que el señalamiento de esta circunstancia como una causal de rechazo absoluto de la exoneración en el apartado 3.5º.iii) se constituye en una redundancia por parte de la LC. Volveremos y responderemos a este cuestionamiento en su oportunidad.

## **2.1. La supuesta contradicción entre la calificación por incumplimiento del deber de solicitar el concurso y la posibilidad de exoneración.**

La segunda parte de la norma del apartado 3.1º establece que, aunque el concurso hubiese sido calificado de culpable por aplicación del artículo 165.1.1º, el juez podrá conceder el beneficio de la exoneración atendidas las circunstancias "y siempre que no se aprecia dolo o culpa grave del deudor".

La norma viene a establecer una eximente para la circunstancia de rechazo absoluto de la exoneración cuando el concurso hubiese sido calificado de culpable por aplicación del artículo 165.1.1º. La eximente que contempla la norma respecto de una causal de calificación, que debemos notar no está establecida a su vez en la causa de calificación misma (en relación a la falta de dolo o culpa grave del deudor), apunta a que la causal específica de calificación, como motivo de rechazo para el alivio, no se aplica si no existió dolo o culpa grave por parte del deudor.

Lo primero que es posible criticar en torno a la redacción de la norma es la aparente contradicción subyacente a la misma. En efecto, aunque posibilita que la exoneración pueda proceder cuando se haya calificado de culpable el concurso en virtud de la circunstancia de incumplimiento del deber de solicitar la declaración en atención a las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave por el juez, lo cierto es que esta posibilidad, generalmente, no se generará en la práctica, puesto que una calificación culpable del concurso atendido a esta circunstancia significa la presencia de

---

<sup>1421</sup> Mantiene la misma redacción el PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 151, (art. 492.2º).

dolo o culpa del deudor, cuestión que en atención a la redacción del apartado 3 del artículo 178 bis impondría el rechazo absoluto de la exoneración<sup>1422</sup>.

Ahora bien, decimos que generalmente la posibilidad no se generará en la práctica puesto que entendemos que bien pudieren existir casos en que, a pesar de haberse declarado culpable el concurso por incumplimiento del deber de solicitarlo, el deudor podría aún dar cuenta de su falta de dolo o culpa grave para acceder a la exoneración. A modo de ejemplo, pensemos en una persona física menor de edad, incapaz o miembro de una sociedad cuando el representante legal no hubiere dado cumplimiento al deber de solicitar el concurso en caso de que aquel fuere afectado por insolvencia<sup>1423</sup>.

La norma de la segunda parte del número 1º del apartado 3 solo se refiere al caso en que el concurso hubiese sido calificado como culpable, pero no especifica que tal calificación hubiese tenido origen en una conducta propiamente del deudor insolvente. En tales casos, y aunque en principio pudiere parecer contradictoria, la norma bien cumple con establecer la posibilidad de que el deudor, cuyo concurso hubiese sido calificado como culpable atendido a una conducta de incumplimiento no cometida por él, pueda acceder a la exoneración. En efecto, y a mayor abundamiento, aunque el hecho del incumplimiento de la obligación y posterior exoneración de la deuda acarrearán una vulneración al interés de satisfacción de los acreedores: primero, como hemos señalado, ello no es imputable a la conducta del deudor propiamente tal, y segundo, los acreedores bien podrán ser reparados del perjuicio puesto que la sentencia de calificación podrá condenar al representante legal o administrador a la indemnización de perjuicios en virtud del artículo 172.3.

En segundo lugar, aunque se critica<sup>1424</sup> que en atención a esta norma la LC estaría comprendiendo que el retraso en la solicitud de declaración del concurso sería un fallo "leve", y aunque la declaración tardía del concurso pudiere hacer inviable el

---

<sup>1422</sup> Viendo esta misma contradicción, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 8; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 90; CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 9. Por su parte, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 32, contempla esta misma contradicción, aunque, rechazando la excepción, estima que pocos concursos serán declarados culpables en atención a esta causal, dándose vía libre a la exoneración. De la misma forma, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 15. En nuestra interpretación, debido a que el número 1º del apartado 3 establece una causal de rechazo absoluto de la exoneración, entendemos que ello no estaría permitido por disposición legal.

<sup>1423</sup> En igual interpretación, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 90. La misma interpretación es apreciada por las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 9.

<sup>1424</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 32. Por su parte, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 152, estima inadecuada la excepción por cuanto desincentiva la solicitud oportuna del concurso.

acuerdo extrajudicial de pagos y que el concurso se vea abocado a la liquidación y al perjuicio al interés de los acreedores; lo cierto es que desde el punto de vista de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física y de los objetivos del principio del fresh start, no debe presumirse a priori que en todo caso será más conveniente un acuerdo extrajudicial de pagos o que la liquidación será perjudicial para los intereses de las partes. En tal sentido hay que recordar que, como se desprende de la Parte Segunda de este trabajo, la disparidad de tipos de deudores personas físicas y en atención al principio del fresh start imponen que la regulación concursal reconozca sus particulares necesidades de alivio a través de la configuración de una estructura procedimental que dé respuesta eficiente y adecuada a las mismas.

Por otro lado, no debe desconocerse que no en todos los casos en que se produzca esta circunstancia podemos presumir que ha habido mala fe del deudor. A nuestro juicio la norma contempla de manera adecuada una limitación a la posibilidad de rechazo, limitando la automaticidad que contempla la circunstancia de calificación del concurso a través de la comprensión de las circunstancias específicas y volitivas del deudor, cuestión trascendental que ha de contener, como tendremos oportunidad de ver, una adecuada evaluación de la buena fe del deudor. En este contexto, se ha expuesto<sup>1425</sup> que un adecuado tratamiento de la buena fe del deudor permitiría dar un margen de maniobra al juez para evaluar los casos oscuros en donde a pesar de incumplimiento del deber por parte del deudor se pueda constatar que tal hecho se debió a su efectiva responsabilidad.

## **2.2. El tratamiento restrictivo del deudor ante el incumplimiento de la obligación de colaboración.**

La segunda parte de la norma del artículo 178 bis.3.1º establece que, aunque el concurso hubiese sido calificado de culpable por aplicación de artículo 165.1.1º, el juez podrá conceder el beneficio de la exoneración atendidas las circunstancias "y siempre que no se aprecia dolo o culpa grave del deudor". La redacción de la norma en comento plantea que la excepción solo será aplicable en caso de que la calificación del concurso hubiera sido declarada en virtud de la causal del artículo 165.1.1º, sin hacer mención alguna a la causal del número 2º, la cual como hemos podido apreciar se plasma en el

---

<sup>1425</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 31.

artículo 178 bis.3.5°.ii) como requisito de buena fe del deudor y, por tanto, como causal de rechazo de la exoneración.

Bajo el entendido de que los fundamentos y finalidad de las herramientas comprendidas dentro de la institución del rechazo de la exoneración apuntan a la prevención del abuso por parte del deudor, comprendemos que tal eximente de igual forma debería aplicarse al caso del artículo 165.1.2° LC en torno al incumplimiento del deber de cooperación e información, y que además, se menciona como un requisito de buena fe en el artículo 178 bis.3.5°.ii). En tales casos, debiera ser considerada la posibilidad de que el deudor pueda ser estimado de buena fe si acredita que el incumplimiento del deber no fue por dolo o culpa grave, esto es, no mediando malicia o manifiesta negligencia de su parte<sup>1426</sup>.

Bajo la comprensión de que el incumplimiento de la obligación de colaboración significa una falta de buena fe por parte del deudor, esto es, su mala fe, la redacción de la norma conlleva limitar de manera grave la posibilidad de que el deudor persona natural logre un alivio, toda vez que encasilla a todos los deudores que incumplen el deber, independientemente de que lo hagan con o sin intención maliciosa o manifiestamente negligente, en una misma categoría de deudores de mala fe. Constituyéndose en un motivo de rechazo de la exoneración, la no incorporación de la posibilidad de que pueda acreditar que el incumplimiento se produjo sin dolo o culpa grave, irroga una desventaja para los deudores que se encuentran en tales circunstancias. Y lo anterior se torna más gravoso si entendemos que, al equiparar de manera injustificada a los deudores que incumplen el deber sin dolo o culpa a los que realmente hayan actuado de mala fe, esto es con dolo o culpa grave, la norma impone una sanción como es la privación del derecho a la exoneración de manera arbitraria por injustificada.

Ante este tratamiento restrictivo para los deudores personas físicas, debemos poner atención en que el mismo artículo 165 se encabeza señalando que las causales enumeradas son presunciones de culpabilidad que admiten prueba en contrario; prueba que bien puede apuntar a dar cuenta de la falta de culpabilidad, y por tanto, también, falta de dolo<sup>1427</sup>. Así, aunque la segunda parte del artículo 178 bis.3.1° establezca expresamente la excepción, entendemos que tal excepción se encuentra implícitamente

---

<sup>1426</sup> Entendemos coincidente con esta estimación lo expresado por FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 275.

<sup>1427</sup> Así también, GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2014) "Causales de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados", en en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 32, mayo - agosto, p. 437.

incorporada en el artículo 165.1 al admitir prueba en contrario, como sería la falta de culpa grave o dolo, en general, falta de culpa, con lo cual también sería aplicable a la causal del artículo 165.1.2°.

De esta forma, considerando que según hemos constatado en el apartado anterior pueden existir casos en que el deudor no haya incurrido personalmente en la circunstancia respectiva, si la causal de incumplimiento del deber de colaboración en fase de calificación admite prueba en contrario, esto es, admite acreditar la falta de dolo o culpa grave, ello posibilita comprender que bien podría entenderse aplicable en el caso del apartado 3.5°.ii) del artículo 178 bis en fase de exoneración; con lo que el deudor respecto de quien se alegare que ha incumplido el deber podrá probar que no fue por culpa grave o dolo, de manera de lograr la exoneración. No hay razón o justificación para que en fase de exoneración no se establezca la posibilidad cuando, respecto de la fase de calificación, y para esta misma circunstancia, la LC sí la contempla.

A mayor abundamiento, la redacción que planteamos es necesaria si se tiene en cuenta que el deudor persona natural, no siempre y en la mayoría de los casos, conocerá la legislación concursal para de esta forma comprender qué actividades, acciones, documentos, informes, etc., son precisos de aportar para dar cumplimiento al requisito del artículo 42 LC de que tales actividades deban ser "necesarias y convenientes para el interés del concurso". Recordemos que estamos ante la presencia de deudores personas naturales respecto de quienes, si bien se presume el conocimiento de las normas legales, no se puede exigir su cabal comprensión en cuanto magnitud e importancia para un fin determinado, más si esta finalidad es tan técnica como sucede dentro de un procedimiento concursal. Lo que para una persona natural con ciertos conocimientos o experiencia en materias concursales puede ser necesario o conveniente para el interés del concurso, no lo será para otra sin experiencia en materias como estas.

Sentada la argumentación previa, comprendemos que no hay razón o justificación para que en fase de exoneración no se establezca la posibilidad de que el deudor pueda escapar al rechazo de la exoneración acreditando su falta de dolo o culpa grave en caso de incumplimiento de su deber de colaboración<sup>1428</sup>.

Finalmente, teniendo en cuenta las precisiones anteriores, así entendida la circunstancia como causal de rechazo absoluto de la exoneración, y bajo el entendido de que el problema de falta de cumplimiento culposo del acuerdo extrajudicial de pagos se

---

<sup>1428</sup> Entendemos que coincide con nuestra estimación, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 275.

estima como un caso no considerado por la LC para efectos de la evaluación de la buena fe del deudor<sup>1429</sup>, estimamos que un deber de colaboración y cooperación que contemple la conducta dolosa o culposa del deudor bien da respuesta a este problema. En tal contexto, si el deudor incumple dolosa o culposamente un acuerdo extrajudicial de pagos, siendo ello constitutivo de un incumplimiento doloso o culposo de su deber de colaboración, bien podría no admitirse la solicitud de exoneración del deudor atendido a su mala fe.

### **3. Rechazo por falta de intento de acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 178 bis.3.3°).**

La norma del artículo 178 bis.3.3° establece que se entenderá que el deudor se encuentra de buena fe cuando reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado<sup>1430</sup> celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Al igual que para el caso de la circunstancia definitoria de la buena fe del deudor vinculada a la calificación del concurso, en la redacción de la norma la falta de intento de AEP se constituye en una causal de rechazo absoluto de la exoneración, puesto que la norma no especifica un término dentro del cual el incumplimiento de la circunstancia definirá la falta de buena fe del deudor que impida el acceso a la fase de exoneración de la deuda residual, sea en el mismo procedimiento concursal o sea en uno posterior.

#### **3.1. La supuesta contradicción entre el número 3° y número 4° del apartado 3 en torno a la exigencia de intento de acuerdo extrajudicial de pagos como base de una paradoja de mayor trascendencia y gravedad para el alivio del deudor.**

Una lectura inicial de los número 3° y 4° del apartado 3 del artículo 178 bis, pudiere dar lugar a la estimación de que ambas circunstancias son contradictorias<sup>1431</sup>, toda vez que posibilitando el número 3° el rechazo absoluto de la exoneración si no

---

<sup>1429</sup> Así, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 10.

<sup>1430</sup> Respecto de lo que se entenderá por celebración o intento de un acuerdo extrajudicial de pagos, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 242 y 243. A su turno, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 98. De igual manera UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., pp. 2 y 3.

<sup>1431</sup> Contradicción que tendría su origen, según lo que podemos rescatar de lo señalado por CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 10, en que se habría pretendido por el legislador mantener la forma de exoneración contenida en el anterior artículo 178.2 LC en su redacción dada por la LAE, al tiempo de introducir una disposición que influyera en el fomento del acuerdo extrajudicial de pagos.

existe al menos intento de acuerdo extrajudicial de pagos, el número 4º posibilita la exoneración a pesar de que el deudor no hubiere intentado el acuerdo, cuando hubiese cumplido el porcentaje de créditos determinado en beneficio de los acreedores<sup>1432</sup>.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la contradicción aludida es más aparente que real. La norma del número 3º parte señalando que se entenderá que un deudor se encuentra de buena fe cuando "reunidos los requisitos establecidos en el artículo 231" haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. Considerando que la norma del artículo 231 contempla el mecanismo de AEP solo para ciertos deudores que hubieren cumplido los requisitos que menciona la misma disposición, a saber, que no superen el umbral de cinco millones de pasivo, no haber sido condenados por los delitos especificados en la norma y no haber alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos o haber sido declarados en concurso dentro de los últimos cinco años; la norma del número 3º está pensando en los deudores que cumplen estos requisitos, los que, en todo caso, deberán al menos intentar un acuerdo extrajudicial de pagos para acceder a la exoneración de la deuda residual<sup>1433</sup>.

Respecto de aquellos deudores que, en virtud del artículo 231 no hubieren cumplido los requisitos para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, como por ejemplo, deudores que tengan más de cinco millones de euros de pasivo, como no son aptos para solicitar o intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, las normas del número 4º y número 5º posibilitan que de todas formas puedan acceder a la exoneración de la deuda residual<sup>1434</sup>, sin embargo, estableciendo un requisito adicional como es el cumplimiento de una mayor cantidad de pasivo en beneficio de los acreedores<sup>1435</sup>, o el sometimiento a un plan de pagos por cinco años, respectivamente.

---

<sup>1432</sup> En esta interpretación, MOLINA (2019) "La propuesta...", cit., p. 115. También da cuenta de esta eventual contradicción, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 181.

<sup>1433</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 35, entendiendo que la norma del número 3º del apartado 3 se refiere a los deudores que "pueden" intentar un acuerdo extrajudicial de pagos por reunir los requisitos del artículo 232 LC. En esta misma línea, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 262. Concordante con nuestra interpretación, estimando que los deudores que cumplen los requisitos del artículo 231 deben intentar un acuerdo extrajudicial de pagos para acceder a la exoneración, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 98; LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 182; RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., pp. 9 y 10; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 11; CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 755; CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 10.

<sup>1434</sup> De igual forma, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 10. En sentido contrario, entendiendo que "Las personas que no reúnan los requisitos del art. 231 solamente podrán obtener el beneficio de la exoneración del art. 178 bis.3 número 4", UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 3.

<sup>1435</sup> De igual manera lo interpreta RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 9. En sentido contrario, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 10.

Desde esta perspectiva, la LC en el apartado 3 no solo establece como circunstancia de rechazo absoluto de la exoneración la falta de intento de acuerdo extrajudicial de pagos, sino que implícitamente considera que las circunstancias en las cuales los deudores no son aptos para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos también son circunstancias que dan cuenta de una falta de buena fe por parte del deudor<sup>1436</sup>. En este punto es preciso resaltar, siguiendo a alguna doctrina<sup>1437</sup>, los requisitos restrictivos que el acuerdo extrajudicial de pagos presenta para el acceso del deudor en el artículo 231.

Si de acuerdo a la interpretación que venimos comentando, el número 3º está pensado solo para los deudores que hubiesen cumplido los requisitos para solicitar o intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, y si la misma LC considera que aquellos deudores que no los hubiesen cumplido, y por tanto no tengan posibilidad de solicitar o intentar el acuerdo, podrán solicitar la exoneración de todas formas pero sujetos a adicionales y más drásticos requisitos; en todos los casos de deudores que no pudieran solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos por incumplimiento de los requisitos del artículo 231, y a pesar de que hubiesen querido hacerlo, desde la perspectiva de la LC estaremos frente a deudores que carecen de buena fe.

Desde esta última consideración, podemos criticar la diferencia de trato arbitraria que reciben deudores que, debido a circunstancias que no necesariamente se relacionarán con una conducta contraria a la verdad o a la rectitud, tendrán que asumir una consecuencia desfavorable como es el cumplimiento de un mayor porcentaje de créditos en beneficio de sus acreedores para acceder a la exoneración debido a que la LC los considera carentes de buena fe<sup>1438</sup>. En efecto, pensemos, a modo de ejemplo, en deudores que no han podido solicitar acuerdo extrajudicial de pagos porque sus deudas superaban los cinco millones de euros. Para estos deudores el problema no solo está en que la legislación concursal de persona física estima de manera automática un monto

---

<sup>1436</sup> Entendemos que ello también es comprendido por BENAVIDES (2018) "Nuevas oportunidades...", cit., p. 27, quien, al referirse a los cambios que traería la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley Concursal, señala para este punto que la propuesta realizaría "una apreciación importante al no *castigar con el pago del veinticinco por ciento* del importe de los créditos concursales ordinarios a los deudores que no tienen la posibilidad de acceder al mecanismo del acuerdo extrajudicial de pagos." (la cursiva es nuestra). A nuestro entender la Propuesta mantiene este castigo en el artículo 490.2 al someter al deudor que no intenta un AEP cuando cumplía los requisitos para poder hacerlo a un porcentaje de pago de créditos mayor.

<sup>1437</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 136, quien además estimaba que el legislador no debería poner impedimentos a la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos y sí ser muy estricto desde el punto de vista del comportamiento del deudor a la hora de merecer la exoneración.

<sup>1438</sup> En esta misma línea, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 10.



máximos de deuda con el cual les deja fuera de una posible solución amigable a través del acuerdo extrajudicial de pagos, lo cual ya de por sí se instituye en un requisito discriminatorio; sino que, peor aún, la legislación concursal los encasilla como deudores carentes de buena fe cuando en la práctica su conducta nunca ha sido contraria a la probidad o a la rectitud.

El problema que se produce en este punto es que de igual manera llegamos a una contradicción en la que pretendiendo la LC evitar el abuso, permitiría que de todas formas ciertos deudores, aquellos que no hubieren cumplido los requisitos para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, y que en la visión de la misma LC son carentes de buena fe, pudieran acceder a la exoneración, para lo cual implementaría un sistema de mayores exigencias vinculadas a la exclusiva satisfacción de los acreedores<sup>1439</sup>. En efecto, para los deudores que no hubiesen cumplido los requisitos para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, el número 4º les posibilitaría la exoneración si logran pagar una mayor cantidad de créditos en favor de sus acreedores, y si ello no es posible, el número 5º se los permitiría si se someten a un plan de pagos por cinco años a través del cual pagarán a sus acreedores. La contradicción es posible de apreciar desde que comprendemos que la LC, considerando a tales deudores como, en principio, carentes de buena fe, respecto de quienes en atención a la norma del número 3º debiere rechazarse el acceso a la exoneración, luego parece ser que los estima "no tan carentes" de buena fe si logran una satisfacción importante de los créditos de los acreedores. En este sentido, contrariamente a los fundamentos y objetivos de las instituciones comprendidas dentro de las limitaciones al alivio en función de la conducta del deudor, la LC estaría estableciendo una limitación de la exoneración condicionada no a la conducta proba y recta del deudor, sino en función al mayor grado de satisfacción de los acreedores. En la visión de la LC tendría "menos mala fe" aquel deudor que pudiere pagar más a sus acreedores. Ello en nada se relaciona con la conducta del deudor que le haga merecedor del alivio<sup>1440</sup>.

Para evitar esta contradicción, optamos por estimar, tal como se ha entendido<sup>1441</sup>, que la exigencia de abono del 25% de los créditos ordinarios es solo

---

<sup>1439</sup> Ello se ve reflejado además por lo señalado por DOMÍNGUEZ CABRERA (2012) "La posición...", cit., p. 104.

<sup>1440</sup> Aunque refiriéndose a la disparidad de trato entre deudores que pueden y que no pueden pagar el umbral de pasivo mínimo, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 30, al expresar que "El sistema está mal construido y para el legislador español es irrelevante la conducta del deudor, lo importante es que pague la mayor parte de los créditos posible, lo cual es absurdo y nada tiene que ver con la buena fe".

<sup>1441</sup> CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 11.

efectuado por la norma a aquellos deudores que, cumpliendo los requisitos del artículo 231, no hubieren al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos; sin que sea de aplicación para los deudores que no hubieren cumplido tales requisitos, los cuales en todo caso nunca habrían tenido la posibilidad de intentar el acuerdo. De esta forma, extrayendo del ámbito de aplicación del aumento de pasivo mínimo a los deudores que no hubieren podido intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, la norma solo considerará de mala fe a aquellos deudores que, pudiendo hacerlo, no hubieren intentado el acuerdo, a quienes les exigirá un porcentaje mayor de cumplimiento para lograr la exoneración.

### **3.2. Injustificación de la causal de rechazo del alivio vinculada al intento de acuerdo extrajudicial de pagos.**

Nos preguntamos si desde el punto de vista de la finalidad de otorgar alivio al deudor y desde los fundamentos y objetivos de las limitaciones al alivio vinculadas a la conducta del deudor, es adecuado, conveniente, o justificado, vincular la buena fe, o la categorización del buen comportamiento del deudor, a un requisito como este; requisito el cual no se relaciona con una conducta maliciosa del deudor, negativa, o que persiga un aprovechamiento del procedimiento concursal, o un perjuicio de sus acreedores.

El legislador pretendió a través de esta exigencia fomentar el logro de las soluciones amigables al procedimiento concursal<sup>1442</sup> que se presentan como más eficientes y menos costosas<sup>1443</sup>, lo cual es logrado en base a un incentivo para que deudor inicie el procedimiento a través de un AEP a la usanza del modelo alemán.

Sin perjuicio de lo anterior, si lo pretendido por el legislador era el aumento del logro de los acuerdos extrajudiciales de pago de manera de fomentar las soluciones amigables al concurso, debe ponerse atención en que el logro de esta finalidad se obtiene a través de la vinculación de una consecuencia negativa en caso de incumplimiento de la exigencia; consecuencia que significa un trato desfavorable para el deudor, el cual, independientemente de las razones por las cuales hubiere preferido no instar un acuerdo extrajudicial de pagos, es considerado por la LC como carente de buena fe.

---

<sup>1442</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 137; CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 35; LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 181; LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 4; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 244; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 96.

<sup>1443</sup> CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., pp. 9 y 10.

En efecto, la consecuencia negativa a la que aludimos, en la práctica manifestada a través de un rechazo absoluto de la exoneración, en estricto rigor se constituye a la larga en una privación permanente del derecho al alivio; una sanción<sup>1444</sup>. Como la ley caracteriza al deudor de buena fe "siempre que" hubiese al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, y por tanto, a *sensu contrario*, lo estima carente de buena fe en caso de incumplimiento de la exigencia de intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, y como que este es un requisito de procedencia de la exoneración, el deudor no podrá acceder al mismo de manera indefinida<sup>1445</sup>.

A su turno, el fomento del AEP bajo amenaza de sanción para el deudor que reúne los requisitos del artículo 231 también es contemplado en el número 4° del apartado 3, toda vez que el incentivo al intento de acuerdo extrajudicial de pagos se efectúa a través de la imposición de una consecuencias desfavorable al deudor en caso que no lo hubiese llevado a cabo, la cual se traduce en la exigencia de asunción de un mayor porcentaje de pago a los acreedores para acceder a la exoneración<sup>1446</sup>. La norma plantea que si el deudor no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, para poder obtener la exoneración de la deuda residual, deberá tener que haber cubierto al menos el 25% de los créditos ordinarios; porcentaje de cumplimiento de créditos que no es exigido en caso que el deudor hubiese efectivamente intentado un acuerdo.

Desde estas consideraciones, comprendemos que no se justifica que el legislador vincule una sanción, como es la privación indefinida del derecho al alivio, a la pretensión del logro del objetivo de aumento de acuerdos extrajudiciales, toda vez que, primero, se aprecia del todo desproporcionada la medida para el logro de una finalidad que bien pudiere alcanzarse a través de otros medios menos lesivos o inocuos para el interés de alivio del deudor; y segundo, y que deja más clara la razón anterior, que es esta una circunstancia que no se genera necesariamente a partir de una conducta<sup>1447</sup> contraria a la probidad o a la rectitud por parte del deudor, no correspondiéndose

---

<sup>1444</sup> Apartado I.3.2., Sección 1ª, Parte Cuarta, en torno a la naturaleza sancionatoria de las causales de rechazo de la descarga de deudas.

<sup>1445</sup> Entendemos que en la interpretación de CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 35, su estimación sería que aunque la norma del número 3° se refiere a los deudores que cumplen los requisitos del artículo 231, tales deudores, aunque no intentaran un acuerdo extrajudicial de pagos, de igual forma podrían acceder a la exoneración del número 4° del apartado 3, norma que plantaría una excepción al requisito general de exigencia de intento de acuerdo extrajudicial de pagos.

<sup>1446</sup> Y lo mismo puede ser entendido en el caso de asumir la interpretación de que la norma del número 4° actuaría como una excepción que posibilitaría la exoneración al deudor que debiendo intentar un acuerdo extrajudicial de pagos no lo hubiera hecho. Entendemos que esta sería la interpretación de CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 35.

<sup>1447</sup> Coincide con nosotros en este punto, SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 9.

necesariamente con una conducta dolosa o gravemente negligente en contra del procedimiento o para con los acreedores, y que se constituye, en fin, en el elemento esencial y que otorga justificación a las disposiciones que vinculan la conducta y buena fe del deudor con el logro de los objetivos del procedimiento concursal de la persona natural. En línea con nuestra argumentación, se ha criticado<sup>1448</sup> en torno a las circunstancias contempladas en el apartado 3 del artículo 178 bis que la LC ha denominado como buena fe a lo que no son sino requisitos de acceso al régimen, los cuales no aluden a la conducta del deudor.

Por otro lado, no compartimos lo señalado por algún<sup>1449</sup> autor para quien la buena fe impone a todo deudor y a los acreedores intentar renegociar el contrato incumplido o a punto de incumplirse, lo cual por tanto significaría que un deudor de buena fe debe siempre intentar un acuerdo extrajudicial de pagos. Que la misma legislación concursal faculte al deudor al momento de iniciar un procedimiento concursal para optar entre someterse a una solución amigable, como pudiere ser entre otras un AEP, o a una forma de solución liquidatoria, determina que esta exigencia para que el deudor intente un acuerdo extrajudicial de pagos se constituya en una contradicción que aumenta las razones para comprender su injustificado establecimiento. Además, es inconcebible comprender que la buena fe del deudor pase por una exigencia encubierta de tener que excluirse del procedimiento concursal judicializado, el cual, en teoría, también responde a los intereses de satisfacción de los acreedores, en la medida que el principio del fresh start lo permita, a través de sus elementos estructurales.

A mayor abundamiento, además de no encontrarse en la esencia de la conducta descrita razón o justificación para otorgar una sanción tan grave desde el punto de vista objetivo de la prevención del abuso inmerso en el principio del fresh start, no se justifica que el legislador pretenda hacer pasar siempre y en todo caso al deudor por un intento de acuerdo extrajudicial de pagos, si en la gran mayoría de los casos el mismo es inoficioso o inútil<sup>1450</sup>. Que el legislador pretenda que el deudor, al menos intente un

---

<sup>1448</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 29; LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 178.

<sup>1449</sup> BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 212.

<sup>1450</sup> En esta misma línea, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 181; LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 5; RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 10; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., pp. 98 y 99. En sentido contrario, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 10, para quien no se justifica que el deudor que no tiene recursos se exima de la necesidad de acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos puesto que a su juicio siempre sería posible un acuerdo aunque sea de aplazamiento. También contrario, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 152, estima inadecuada la excepción por cuanto desincentiva la solicitud oportuna del concurso.

AEP, conlleva una pérdida de tiempo y recursos, no solo para del deudor, sino también para la administración concursal y acreedores, en aquellos casos de deudores carentes de recursos para hacer frente, inclusive, al más a primera vista asequible acuerdo. Bajo tales consideraciones, como actualmente la LC no tiene —a diferencia de la InsO— un mecanismo que posibilite evaluar la eficiencia o ineficiencia, utilidad o inutilidad, del intento de acuerdo extrajudicial de pagos en función de los diversos tipos de deudores que pueden existir, es muy probable que se obligue al deudor y a las partes a asumir costos excesivos en casos en que el intento de acuerdo no tuviere utilidad o fuera inoficioso.

El fomento al logro de los acuerdos extrajudiciales de pago debe estar fuera del establecimiento de sanciones como las que contempla la LC en el artículo 178 bis 3.3º. No porque más deudores sean obligados a intentar un acuerdo extrajudicial de pagos bajo amenaza de perder indefinidamente su derecho legítimo al alivio, posibilitará que más acuerdos sean logrados. La cuestión pasa por saber identificar los casos en los que sí sería eficiente el intento y realizar gestiones para propiciarlos y lograrlos de manera satisfactoria. Para ello, y remitiéndonos a lo argumentado previamente<sup>1451</sup>, una eficiente evaluación del nivel de endeudamiento a través de una adecuada regulación de la asesoría de deuda integral y social es de necesaria implementación.

## **II. ADECUADO TRATAMIENTO DE LAS CAUSALES DE BLOQUEO EN LA LC.**

### **1. Las causales de bloqueo en la LC.**

#### **1.1. Breve identificación de las causales de bloqueo en la LC.**

Aunque el legislador no las denomina expresamente como causales de bloqueo de la exoneración de la deuda, la LC contiene determinadas circunstancias que, concurriendo en la persona del deudor o teniendo relación con una determinada conducta del mismo, y a diferencia de las causales de rechazo absoluto de la exoneración, tienen como efecto el rechazo temporal del alivio del deudor a través de una privación transitoria del derecho a solicitar la exoneración de la deuda.

Considerando que el apartado 3 del artículo 178 bis establece que la exoneración solo se admitirá respecto de deudores de buena fe, añadiendo que "se entenderá que

---

<sup>1451</sup> Apartado 3, Sección 3ª, Parte Segunda.

concorre buena fe del deudor, siempre que se cumplan los siguientes requisitos", las causales de de rechazo temporal de la exoneración están delimitadas de manera negativa en lo que el legislador entendió como ciertas y determinadas circunstancia que no deben concurrir en la persona del deudor para efectos de que la descarga de la deuda no sea rechazada. Así las cosas, las circunstancias que configuran las causales de bloqueo en la LC, están vinculadas a una determinada conducta del deudor y, de esta forma, se constituyen en circunstancias que, en caso de concurrir, son demostrativas de una mala fe que amerita rechazar la exoneración de la deuda residual.

De acuerdo a lo anterior, el artículo 178 bis.3.2° en esencia establece que para efectos de una admisibilidad de la exoneración, se entenderá que se encuentra de buena fe el deudor que no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra Hacienda Pública o Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los últimos diez años anteriores a la declaración de concurso.

Por su parte, el artículo 178 bis.3.5°.iii), establece que para efectos de la admisibilidad de la exoneración de la deuda, se entenderá que concorre buena fe en el deudor que "no haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.". La expresión "este beneficio" utilizada por la norma debemos entenderla referida al beneficio de exoneración de la deuda insatisfecha, con lo cual, en esencia, la norma concretiza que una circunstancia que será configuradora de una buena fe del deudor será aquella en que el deudor no hubiere sido beneficiado con la exoneración de la deuda en el término de diez años anteriores<sup>1452</sup>. Finalmente, la norma del artículo 178 bis.3.5°.iv), establece que se encontrará de buena fe el deudor que no hubiere rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad dentro de los últimos cuatro años anteriores a la declaración de concurso.

En cada uno de estos casos, la concurrencia de tales circunstancias en la persona del deudor impone una prohibición para el juez de admitir la solicitud por un periodo de tiempo específico y, en consecuencia y en esencia, significa para el deudor una privación del derecho a solicitar la descarga de la deuda por un término determinado.

Aunque tales efectos son de menor gravedad que los contemplados por causales de rechazo absoluto de la descarga de la deuda, en las que el rechazo de la exoneración se presenta como indefinido, no es menos cierto que la privación del derecho a solicitar

---

<sup>1452</sup> La misma redacción es mantenida por el artículo 492.3° PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 151.

la descarga por un término determinado obedece también al carácter sancionatorio de las instituciones vinculadas al rechazo del alivio, al significar la privación de la descarga de la deuda una consecuencia desfavorable para el deudor, impuesta por la legislación, y como consecuencia de una circunstancia o conducta considerada como reprochable<sup>1453</sup>.

## **1.2. El tratamiento de las circunstancias de bloqueo en el procedimiento concursal alemán.**

En los orígenes del procedimiento concursal alemán, las circunstancias que configuran los periodos de bloqueo en la InsO se introdujeron a raíz de la reiterada práctica jurisprudencial que, efectuando una interpretación amplia de la originaria § 290 (1)(3), establecía una serie de casos en los que determinadas circunstancias del deudor, vinculadas a su probidad, posibilitaban el rechazo de la solicitud de alivio por un periodo de tiempo determinado<sup>1454</sup>. Así, de acuerdo a la jurisprudencia de bloqueo del Tribunal Federal de Justicia (BGH), ampliamente aceptada por los tribunales<sup>1455</sup>, el bloqueo temporal del alivio de la deuda se aplicaba<sup>1456</sup> en caso de denegación del alivio de la deuda en un procedimiento concursal anterior en virtud de las §§ 290 (1)(4), 290 (1)(5) y 290 (1)(6); por inadmisibilidad del alivio; en caso de solicitud de denegación omitida a pesar de existir orden judicial; en caso de retiro de una solicitud de denegación para evitar la decisión del tribunal respecto a una solicitud de denegación; caso en que hubiese existido alivio anticipado de la deuda en un procedimiento anterior<sup>1457</sup>.

---

<sup>1453</sup> En torno a la naturaleza de las causales de rechazo de la descarga de la deuda residual, apartado I.3.2, Sección 1ª, Parte Cuarta.

<sup>1454</sup> De acuerdo a BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 231, el proyecto de reforma tiene la intención de dar legalidad a la regulación establecida por la jurisprudencia.

<sup>1455</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 278.

<sup>1456</sup> Un tratamiento sucinto de la jurisprudencia de bloqueo lo aborda LAROCHE (2011) "Die Sperrfristrechtsprechung...", cit., pp. 73 y sgtes., para los casos de denegación del alivio en un procedimiento anterior debido a incumplimiento de obligaciones de información y cooperación, rechazo de una solicitud de alivio en un procedimiento anterior por inadmisibilidad, retirada de una solicitud en caso de inminencia de denegación del alivio de la deuda residual en un procedimiento anterior.

<sup>1457</sup> Entre otras, Sentencia del BGH de 14 de enero de 2010 - IX ZB 257/09, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 145; Sentencia del BGH de 16 de julio de 2009 - IX ZB 219/08, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 19, p. 422; Sentencia del BGH de 11 de febrero de 2010 - IX ZB 45/09, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 100; Sentencia del BGH de 21 de enero de 2010 - IX ZB 174/09 en, *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 101. PAPE, Gerhard (2014) "Fortfall der Zweistufigkeit bei den RSB-Versagungsgründen, § 297a InsO n.F.", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, 236; Sentencia del BGH de 11 de mayo de 2010 - IX ZB 167/09, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 345.

Con la Reforma de la InsO de 2014, y con pretensión de armonizar las causales configuradoras de los periodos de bloqueo para otorgar certeza jurídica a deudores y acreedores<sup>1458</sup>, considerando el criterio del disvalor del incumplimiento de las obligaciones del deudor y el contenido de tales obligaciones<sup>1459</sup>, el legislador alemán estableció legalmente y de manera taxativa<sup>1460</sup> en la § 287a las causales que configuran un periodo de bloqueo. Con ello, el antiguo motivo de denegación de la § 290 (1)(3) se complementa y pasa a convertirse en un control de admisibilidad de oficio de determinadas circunstancias del deudor<sup>1461</sup>.

Según esta disposición, la solicitud alivio de la deuda residual es inadmisibile por un tiempo determinado: si fue emitido un alivio de la deuda en favor del deudor en los últimos diez años<sup>1462</sup>; ha sido denegado el alivio de la deuda en los últimos cinco años por delitos concursales<sup>1463</sup>; si durante los últimos tres años anteriores a la solicitud de insolvencia o después de esta solicitud, se ha denegado el alivio de la deuda al deudor en virtud de la § 290 (1)(5, 6<sup>1464</sup> o 7); si durante los últimos tres años se ha denegado el alivio de la deuda de acuerdo a § 296, esto es, por incumplimiento culpable de su obligación de adquisición en virtud de la § 287b y ello causa perjuicio a los acreedores; en caso de denegación del alivio debido a motivos de denegación posteriormente

---

<sup>1458</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 24. GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 203; HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 10. HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 287, expresa que la regulación de la § 287a InsO se establece para proporcionar claridad jurídica sobre la admisibilidad de solicitud del deudor para el alivio de la deuda.

<sup>1459</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25. GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 203

<sup>1460</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25, señala que no se prevén periodos de bloqueo para otros casos de incumplimiento previo por parte del deudor. THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., p. 379; HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 250, HEICKE, Christian (2013) "Die Erwerbsobliegenheit des unselbstständigen Schuldners gem. § 295 I Nr. 1 InsO", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 7, p. 49.

<sup>1461</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 24 y 27. HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 10; SCHMERBACH (2012) "Änderungen...", cit., p. 58; SCHMERBACH, Ulrich (2013) "Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte verabschiedet – Ende gut, alles gut?", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 13, p. 569; LAROCHE, Peter y SIEBERT, Volker (2014) "Neuerungen bei Versagung und Erteilung der Restschuldbefreiung", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 13, p. 452.

<sup>1462</sup> LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., p. 298. De acuerdo a GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 203 y el BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 24, el propósito de la norma es evitar que deudor que ya se ha beneficiado con un alivio de la deuda anterior pueda solicitarlo nuevamente con la finalidad de reducir repetidamente la carga de la deuda.

<sup>1463</sup> HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 249; HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 10. El BT-DRUCKS. 17/11268, p. 24, expresa que el límite de tiempo reducido tiene en cuenta el hecho de que el deudor todavía no ha tenido la oportunidad de un nuevo comienzo económico y que el período de bloqueo está de acuerdo con el período del § 290 párrafo 1 número 1 InsO-E.

<sup>1464</sup> Antiguos motivos de denegación contemplados en Sentencia del BGH de 11 de febrero de 2010, cit., y en Sentencia del BGH de 16 de julio de 2009, cit.



anunciadas de conformidad con § 290 (1) (5, 6 y 7) InsO<sup>1465</sup>. Las razón dada por el legislador para establecer tales casos de rechazo del alivio de la deuda se relacionan con el deber de cooperación<sup>1466</sup>, y la necesidad de sancionar al deudor que ha perdido las perspectivas de alivio de la deuda en un procedimiento anterior debido a su falta de cooperación<sup>1467</sup>.

De acuerdo a la Historia de la Ley, otros casos contemplados por la antigua jurisprudencia de bloqueo no debían ser cubiertos puesto que: en caso de negativa al alivio en el supuesto de la § 298 (1) InsO, ya existe una denegación en el primer procedimiento y una constatación de que la satisfacción de los acreedores insolventes se ha visto negativamente afectada<sup>1468</sup>; la § 290 (1)(4) no recibió periodo de bloqueo puesto que si los casos de § 290 (1)(4) InsO-E se incluyeron en el catálogo del § 287a(2) InsO-E de acuerdo con la jurisprudencia anterior del Tribunal Federal de Justicia, en virtud del § 290 (1)(4) InsO-E el aumento en el término resultaría en un período de bloqueo desproporcionadamente largo, ya que el plazo respectivo tendría que ser agregado<sup>1469</sup>; tampoco para casos de solicitud previamente inadmisibles o rechazada, puesto que siendo el objetivo del procedimiento dar alivio al deudor, del hecho de que exista una solicitud inadmisibles no puede deducirse una falta de honestidad del deudor, con lo que un rechazo del alivio de la deuda en tales términos ya no estaría cubierto por el propósito de una negativa al alivio de la deuda, esto es, dar alivio solo al deudor honesto<sup>1470</sup>.

---

<sup>1465</sup> MÖHRING (2017) "Die Rechtsprechung...", cit., p. 29; HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 249; HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 10; GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 203; SCHMERBACH (2012) "Änderungen...", cit., p. 58; SCHMERBACH (2013) "Überblick...", cit., p. 42; LAROCHE y SIEBERT (2014) "Neuerungen...", cit., p. 452.

<sup>1466</sup> El BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25, expresa que los deudores que violan las obligaciones de información y cooperación, proporcionan información incorrecta o ignoran otras obligaciones, gravan de manera significativa a los tribunales si, poco después de la denegación del alivio de la deuda, efectúan nuevas solicitudes de alivio. Por ese motivo, se justifica que a estos incumplimientos del deber y como requisito de admisibilidad en el párrafo 2(2) se establezca un periodo de bloqueo de tres años.

<sup>1467</sup> AHRENS (2011) "Eckpunkte...", cit., p. 430; AHRENS, Martin (2012) "Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 89.

<sup>1468</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25, citando la Sentencia del LG Kiel, de 26 de agosto 2010 - 13 T 109/10. HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 11, expresa que legislador se opone expresamente al periodo de bloqueo en caso de denegación del alivio según § 298 InsO.

<sup>1469</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25, refiriéndose a la Sentencia del BGH de 14 de enero de 2010 - IX ZB 257/09.

<sup>1470</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25, refiriéndose al caso de periodo de bloqueo para solicitudes previas inadmisibles contemplado en sentencia del BGH de 3 de diciembre de 2009 - IX ZB 89/09. THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., pp. 379 y 380.

### **1.3. Comentarios críticos a la regulación de las causales de bloqueo en la LC.**

#### **1.3.1. Respecto de la causal de bloqueo por comisión de delitos previos (artículo 178 bis.3.2°).**

La norma del artículo 178 bis.3.2° en concreto establece un bloqueo para la procedencia de la exoneración de la deuda en caso que el deudor hubiere cometido determinados delitos dentro de los diez años previos a la declaración de concurso.

El periodo previo contemplado por la norma en el cual el deudor no debe haber cometido alguno de los delitos contemplados en la misma disposición son diez años<sup>1471</sup>. Tal plazo lo consideramos del todo elevado en atención a la finalidad del moderno procedimiento concursal de la persona natural, esto es, el logro de un efectivo alivio del deudor persona natural, así como en relación a los objetivos del principio del fresh start.

Que los delitos contemplados en la norma, en la mayoría de los casos, no sean de un rango de pena elevado<sup>1472</sup>, especialmente aquellos identificados con la denominación de delitos contra el patrimonio, repercute en que el plazo de diez años, en esencia estimado como una sanción al deudor con ocasión de una particular conducta o circunstancia, sea excesivamente desproporcionado. En efecto, en aquellos casos en que la pena asignada al delito no llega ni a la mitad de la extensión del periodo de bloqueo establecido en la norma, el término de privación del derecho de acceso al procedimiento de exoneración es claramente desmedido. En el ordenamiento alemán, a modo de ejemplo, el término de privación del acceso al alivio de la deuda es de cinco o tres años en circunstancias que el deudor hubiera cometido delito con anterioridad al procedimiento concursal. De allí que una sanción de la magnitud temporal como la contemplada por nuestra legislación nacional se aprecie además injustificadamente elevada.

Por otro lado, aunque pudiere argumentarse que semejante privación del derecho al acceso de la exoneración se encuentra justificada debido a la gravedad de ciertos delito en los que la pena alcanzaría similar extensión del término de bloqueo, y por tanto que la gravedad de la actividad llevada a cabo por el deudor justificaría una sanción de bloqueo de larga duración, no debemos pasar por alto el hecho de que la sanción contemplada por la norma concursal estaría siendo impuesta en razón de la vulneración

---

<sup>1471</sup> Identificando los delitos en específico, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 238 y 239; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., pp. 91 y 92. Cabe hacer presente que la misma exigencia en igual redacción mantiene la El PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 149, (art. 486.2.2°).

<sup>1472</sup> Manifestando la disfuncionalidad del trato severo de la LC con algunas conductas que tienen condena penal leve, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 240.

de un bien jurídico protegido que escapa al ámbito privado patrimonial. Aunque si bien se puede entender que lo relevante en un procedimiento concursal es el comportamiento patrimonial del deudor<sup>1473</sup>, lo cual podría llevar a la comprensión que otros delitos de trascendencia patrimonial sean considerados, e incluso a través de la discrecionalidad judicial<sup>1474</sup>, comprendemos que la aplicación de una sanción de privación temporal del acceso a la descarga en razón de la comisión de un delito, en estricto rigor significa la imposición de una sanción de derecho privado en razón de justificaciones ajenas al derecho privado patrimonial, y para cuya valoración participan criterios de disvalor diferentes a los concurrentes en la delimitación de las penas en el ámbito penal-público, y que se vinculan con la protección de determinados y particulares bienes jurídicos.

En línea con lo anterior, y a mayor abundamiento, es criticable que se considere una causal de bloqueo de la exoneración tomando en consideración a circunstancias que, en estricto rigor, no guardan relación con una actividad contraria a la rectitud por parte del deudor, que vaya en detrimento de los intereses del procedimiento concursal, y especialmente de los acreedores. En efecto, si analizamos con detenimiento los delitos a los cuales se refiere en términos genéricos nuestra LC, podemos apreciar que salvo los delitos relativos a la frustración de la ejecución o de insolvencias punibles, todos los demás implican una actitud contraria a la rectitud por parte del deudor que se circunscribe al perjuicio del interés particular de un individuo o grupo de individuos determinados. El hecho de que el perjudicado no necesariamente sea un acreedor, y menos un acreedor que pudiere ser parte en un eventual procedimiento concursal futuro —lo cual estimamos podría suceder solo de manera hipotética en la minoría de casos—, determina que el interés que se afecta a través de la comisión de este tipo de delitos sea uno particular, no coincidente con el interés del concurso y, menos aún, con el interés de satisfacción de los acreedores.

### ***1.3.2. Respecto de la causal de bloqueo por obtención de la descarga en un procedimiento previo (artículo 178 bis.3.5°.iii).***

La norma en concreto establece un bloqueo para la procedencia de la exoneración de la deuda en caso que el deudor hubiese obtenido una exoneración de la

---

<sup>1473</sup> Así, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 100.

<sup>1474</sup> Ello se puede colegir de lo señalado por BENAVIDES (2018) "Nuevas oportunidades...", cit., p. 21.

deuda en un procedimiento anterior. Siguiendo a alguna doctrina<sup>1475</sup>, comprendemos que el fundamento de la disposición se encuentra en la pretensión del legislador de evitar situaciones de riesgo moral del deudor que, habiendo logrado ya la exoneración, pudiera volver a solicitarla y, de esta forma, aprovecharse del beneficio.

Teniendo en cuenta que el ordenamiento alemán, desde el año 2007 a la fecha, y consolidado por la Reforma de la InsO de 2014, ha rebajado a tres años el periodo de bloqueo por circunstancia de haber obtenido el deudor un alivio en un procedimiento anterior, al igual que con la causal de comisión de delitos previos, el plazo de diez años contemplado en la LC nos parece del todo exorbitado.

Por otro lado, es criticable que la norma contemple un periodo de bloqueo de diez años cuando el deudor hubiere obtenido una exoneración de la deuda en un procedimiento concursal anterior, sin atenderse a las circunstancias en las cuales un nuevo nivel de endeudamiento excesivo o un nuevo estado de insolvencia del deudor pudieren haberse producido. En este contexto, si bien podría estimarse que como beneficio que limita la satisfacción de los acreedores la regulación de la exoneración de la deuda debe entenderse de aplicación excepcional<sup>1476</sup>; es necesario destacar que, en su gran mayoría, las situaciones de insolvencia tienen su origen en un sobreendeudamiento pasivo del deudor, desde lo cual no es dable colegir o inferir una mala fe del deudor para limitar, y además por un periodo de tiempo tan excesivo, su derecho al alivio en un nuevo procedimiento concursal<sup>1477</sup>.

### ***1.3.3. Respecto de la causal de bloqueo por rechazo de una oferta de empleo adecuada a la capacidad del deudor (artículo 178 bis.3.5º.iv)).***

La disposición del apartado 3.5º.iv), en esencia, establece una causal de bloqueo de la exoneración de la deuda residual, toda vez que delimitando un plazo dentro del cual deberá evaluarse si la conducta del deudor se circunscribe a la obligación, conlleva una privación temporal del derecho al alivio del deudor; restricción temporal que se verá manifestada en que el deudor que hubiere incumplido el deber dentro del término que señala la disposición, será privado del acceso a la exoneración de la deuda residual.

---

<sup>1475</sup> CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 116; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 275.

<sup>1476</sup> Así, CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 116.

<sup>1477</sup> En esta línea, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 275.

Es destacable que la legislación española contemple este requisito de delimitación de la buena fe como causal de rechazo temporal de la exoneración<sup>1478</sup>. En efecto, se aprecia claramente la diferencia con el modelo alemán, pues la ley española efectúa la exigencia de manera retroactiva, en el sentido de que el deudor no debe haber rechazado un trabajo adecuado en los cuatro años "previos" al procedimiento concursal.

En cuanto a la justificación de esta circunstancia como causal de periodo de bloqueo, se ha indicado<sup>1479</sup> que en las fases de redacción de la legislación se trataba de evitar el abuso del deudor, en el entendido de que pudiera haber personas que prefirieran los mecanismos de remisión de deudas a contar con un empleo que les permitiera abordar la situación de insolvencia. Por su parte, manifestándose a favor de la circunstancia, se ha señalado<sup>1480</sup> que la buena fe contractual impone al deudor colaborar dentro de la relación contractual con la intención de obtener el fin económico, debiendo actuar en interés de la otra parte contratante.

Teniendo en cuenta que incluso las acciones rescisorias concursales contemplan plazos menores (dos años) previos a la solicitud de concurso para instar la revocación respectiva, entendemos que el término establecido en la disposición es, además de excesivo, establecido de manera arbitraria solo en atención del interés de satisfacción de los acreedores, toda vez que, en la visión del legislador, mientras más largo es el plazo, más posibilidades habrían de que pudiera ser aplicable la causal de rechazo de la exoneración por parte de los acreedores.

Centrados en el requisito de buena fe general establecido por el apartado 3, apreciamos que no existe posibilidad de que el deudor pueda contrarrestar la circunstancia establecida en la norma como manifestación de mala fe a través de la prueba de falta de dolo o culpa grave de su parte. En efecto, si en la visión del legislador esta causal de rechazo de la exoneración se presenta como contenido de la buena fe, la actividad llevada a cabo por el deudor bien puede haberse realizado de buena fe, esto es, con falta de conocimiento, malicia o manifiesta voluntad de perjudicar los intereses del concurso o acreedores. Ello repercute en una circunstancia restrictiva del derecho del

---

<sup>1478</sup> En línea con esta apreciación, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 14, señalando que es absurdo exigir este requisito con carácter general con anterioridad a la declaración de concurso; LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 5. Mantiene la misma redacción el PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 151, (art. 492.1º).

<sup>1479</sup> FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 276.

<sup>1480</sup> BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 215.

deudor, pues no tiene forma de escapar del efecto de privación de la exoneración si ha rechazado un trabajo, que aunque considerado adecuado a su capacidad, ello se hubiese producido sin mala fe. Así las cosas, entendiéndose un trabajo que hubiere sido rechazado por el deudor como adecuado a su capacidad, existirá una implícita presunción de derecho de que el deudor carece de buena fe, lo cual posibilitará el rechazo del beneficio de la exoneración en todo caso.

Poniendo atención en los requisitos temporal, de cuatro años previos a la declaración de concurso, y que la oferta de empleo sea "adecuada a su capacidad", nos parece que son del todo arbitrarios si tenemos en cuenta el derecho a la libertad de trabajo, y que el plazo aludido es demasiado largo como para prever el deudor, en muchos casos, que en un futuro relativamente no tan próximo existirá una situación de insolvencia que determine que la conducta que llevó a cabo a esa altura, y que puede parecer normal desde el punto de vista del derecho a la libertad de trabajo, repercuta en una consecuencia tan drástica como es la privación temporal del derecho a la exoneración. En efecto, un deudor podría cambiarse a un trabajo que le proporcionara menos ingresos desde la perspectiva de su capacidad, pero donde su calidad de vida o conciliación de la vida privada sea mejor, y producto de una circunstancia imprevisible o ajena a su voluntad caer en situación de insolvencia al cabo de dos años. En el ejemplo, tal deudor sería catalogado como carente de buena fe y, por tanto, le sería privado el derecho al alivio de la deuda, a pesar de que, al tiempo del cambio o rechazo del empleo y en la práctica, nunca tuvo culpa o negligencia grave, dolo, o pretendió abusar de un procedimiento concursal que a esa altura ni siquiera se ha planteado la posibilidad de que exista en el futuro, o causar perjuicio a unos eventuales acreedores que a esa altura ni siquiera pudiese aún tener.

De esta forma, considerando no solo el contenido del principio del fresh start sino que además el derecho a la libertad de trabajo, entendemos que la estimación de un deudor como de mala fe cuando no haya aceptado o haya rechazado una oferta de trabajo determinada, para aplicarle una consecuencia desfavorable como es la sanción de privación de la exoneración con justificación en la protección de los intereses de los acreedores, transgrede gravemente el derecho de los deudores al acceso y obtención de la exoneración, y su derecho al alivio.

## **2. La cuestión de la delimitación de las causales de bloqueo.**

### **2.1. El problema de una falta de evaluación de causales de rechazo del alivio al inicio del procedimiento en la LC.**

El artículo 178 bis LC establece las causales de bloqueo que serán evaluadas por el tribunal una vez haya finalizado la fase de liquidación del deudor y el procedimiento concursal hubiere concluido. En estricto rigor, tal norma implica que aquellas circunstancias que justifiquen una privación temporal del derecho al alivio sean evaluadas al término de las fases que entendemos configuran, a la luz de la sistemática de la LC, un procedimiento concursal de la persona física.

Estimamos que tal normativa es consecuencia de una errada visión por parte del legislador en torno a la estructura procedimental de un concurso de persona física al tiempo de intentar establecer una regulación que respondiera a tal carácter. En efecto, el legislador español comprende un procedimiento concursal de persona física en fases consecutivas unas respecto de las otras, y además, considera a la descarga de la deuda como una fase independiente y posterior a la fase de liquidación. La consideración anterior es posible de colegir del redactado del artículo 178 bis.1, que expresa que el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración "en los términos establecidos en este artículo, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa."

Podríamos elucubrar que la estructura de un procedimiento concursal (sea en fases consecutivas o en etapas independientes) en el que no existe una evaluación de las circunstancias que justificarían una privación del acceso al procedimiento en su totalidad, al inicio del mismo, propicia o fomenta una mayor probabilidad de satisfacción de los acreedores, toda vez que a pesar de no tener derecho al alivio, el deudor deberá pasar de todas formas por una fase o etapa de solución amigable o liquidatoria que posibilite el pago a los acreedores. En este sentido, la Historia de la LC confirmaría esta apreciación al considerar como finalidad principal del procedimiento concursal la satisfacción de los acreedores<sup>1481</sup>.

La conceptualización del procedimiento concursal de la persona física, que sustrae de la liquidación a la descarga o exoneración de la deuda residual, unida al establecimiento de unas causales de bloqueo, determinan que las mismas se constituyan

---

<sup>1481</sup> Exposición de Motivos de la LC, II, p. 6.

solo, y en estricto rigor, en causales de bloqueo de la fase de exoneración de la deuda. A su turno, y como tales causales de bloqueo solo operan respecto de esta fase, las mismas no tienen incidencia alguna en torno a la evaluación de la conducta del deudor al inicio del procedimiento concursal.

El problema subyacente a tal regulación es la incertidumbre jurídica que tanto deudores como acreedores tienen al tiempo de iniciarse las primeras etapas del procedimiento concursal de la persona física en el ordenamiento español. Por un lado, los deudores no tienen certeza hasta avanzadas prácticamente la totalidad de las fases del procedimiento en torno a si podrán lograr alcanzar un alivio. Por otro lado, el problema para los acreedores se produce debido a su incertidumbre en torno a la posibilidad de que el deudor pueda o no exonerar la deuda, y que solo se dilucidará hasta etapas finales del procedimiento concursal. En la práctica, ello se constituye en una pérdida de recursos institucionales y personales del deudor y acreedores, si llegadas etapas finales del procedimiento concursal recién en tal estadio se puede constatar que el deudor nunca tuvo un derecho actual y legítimo al alivio.

## **2.2. ¿Posibilidad de ampliación de las causales de bloqueo?.**

Ya hemos podido constatar que LC establece determinadas circunstancias que posibilitarán al juez el rechazo absoluto o temporal de la exoneración de la deuda al momento de ser solicitada por el deudor. Ahora bien, es preciso notar en este punto que algunas de las causales se configuran en base a circunstancias cuyo carácter es ser sumaria o fácilmente verificables por el juez. En efecto, tanto la causal de rechazo de la descarga motivada en una condena por delito previo del apartado 3.2º, como la causal motivada en la obtención de exoneración de la deuda en un procedimiento anterior del apartado 3.2º.iii), son circunstancias que un juez puede fácilmente verificar en el procedimiento concursal actual.

Desde el punto de vista de los intereses de los acreedores y de los fundamentos de la institución del rechazo del alivio del deudor, podríamos criticar que la LC no contemple ciertas circunstancias en que una conducta contraria a la rectitud por parte del deudor, llevada a cabo en un procedimiento concursal anterior, no se encuentren delimitadas como causales de bloqueo de la exoneración de la deuda residual. En este sentido, y tal como lo ha manifestado la jurisprudencia alemana de bloqueo, determinadas conductas contrarias a la rectitud por parte del deudor a lo largo de un procedimiento concursal anterior, y que hubieren significado el rechazo del alivio de la



deuda en tal oportunidad, serían justificativas de una sanción de privación del alivio que fuere extensible a la posibilidad de solicitar una nueva exoneración en un término determinado. A modo de ejemplo y con afán sistematizador, podrían ser contemplados todos los casos en que se hubiere denegado la exoneración de la deuda por incumplimiento de ciertas obligaciones del deudor, como podría ser especialmente la de cooperación del artículo 42 LC.

En este contexto, podría estimarse que el hecho de que las causales establecidas en la LC fueren causales expresas no quiere decir que sean las únicas, y que otras causales no contempladas en la LC, pero que obedezcan al carácter de ser sumaria o fácilmente verificables por el juez, pudieren ser de aplicación. Las justificaciones de la institución de los motivos de rechazo del alivio del deudor como límite al principio del fresh start, y podemos agregar como consecuencia de ello, el interés de los acreedores, justificarían el establecimiento de otras causales de bloqueo diversas a las contempladas expresamente por la ley.

En efecto, la justificación de las causales de bloqueo en la prevención del abuso y la necesidad de cooperación del deudor en los procedimientos concursales posibilita que a través de una interpretación analógica pueda comprenderse que el hecho de que el alivio se considere como un derecho limitado a los deudores honestos, pueda significar la posibilidad de ampliar los casos de bloqueo, sea que se contemplen (o independientemente de establecerse) al inicio del procedimiento concursal o en un fase posterior de exoneración. En este sentido, se ha indicado a nivel comparado que una aplicación analógica a los casos no establecidos como justificativos de periodos de bloqueo en la § 287a y no contemplados en la exposición de motivos del Proyecto de Reforma de la InsO de 2012 para justificar su exclusión, posibilitaría la aplicación de un periodo de bloqueo para tales circunstancias. Ello permitiría evitar el abuso del deudor en ciertos casos y un ahorro de costos en la administración<sup>1482</sup>.

Así las cosas, considerando que la LC pretende prevenir el abuso del deudor al tiempo de establecer una serie de circunstancias que impiden temporalmente el acceso a la descarga de la deuda, comprendemos que tal justificación podría dar razón a una

---

<sup>1482</sup> De acuerdo a MÖHRING (2017) "Die Rechtsprechung...", cit., p. 296, la misma Sentencia del BGH de 04 de mayo de 2017 - IX ZB 92/16, ZVI 2017, 299, considera que también las razones de la economía de procedimiento y los presupuestos públicos podrían justificar un período de bloqueo. THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., pp. 237 y 238. En este sentido, incluso el BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25, señala que si la ejecución de un procedimiento de alivio de deuda residual queda excluida debido a una denegación previa o la concesión de alivio de la deuda en un procedimiento anterior, se pueden evitar los gastos y los costos de los procedimientos de insolvencia que son superfluos para el deudor.

interpretación analógica de los casos contemplados en la ley de manera tal de permitir una ampliación de causas de bloqueo en virtud de circunstancias no previstas expresamente en la normativa, como serían por ejemplo, casos similares a los contemplados en la jurisprudencia de bloqueo del alto tribunal alemán, esto es, y a modo de recapitulación, casos en que al deudor se le hubiera denegado la exoneración en un procedimiento anterior por incumplimiento culpable o gravemente negligente de sus obligaciones en el procedimiento concursal.

En el ordenamiento alemán, en una sentencia del BGH de 04 de mayo de 2017 se analizó por primera vez por la alta jurisprudencia la regulación de la nueva § 287a tras la Reforma de la InsO de 2014<sup>1483</sup>. El BGH consideró lamentable que atendido a la nueva legislación que considera ciertas causales de bloqueo, un deudor pueda incurrir en una situación de abuso al solicitar alivio en un segundo procedimiento, sin observar un periodo de bloqueo, a pesar de que en el primero se haya revocado el aplazamiento de los costos por incumplimiento de la obligación de cooperación. El tribunal expresó que, aunque el deudor no tiene razón justificable, se entiende por mandato de la legislación que no incurrirá en un comportamiento abusivo si, tras la revocación del aplazamiento de costos y suspensión del procedimiento de insolvencia, solicita aplazamiento de costos en un nuevo procedimiento debido a falta de activos sin el cumplimiento de un periodo de bloqueo, incluso si la revocación de aplazamiento en el primer procedimiento se debió a un incumplimiento de su obligación de cooperación. Respecto de los casos no contemplados por la legislación, las circunstancias que justificaban la implementación de los periodos de bloqueo descritas por la jurisprudencia se cumplen<sup>1484</sup>.

### **2.3. Necesidad de delimitación expresa.**

Ante la posibilidad de que a través de una interpretación analógica y considerando la intención del legislador español de prevenir el abuso de los deudores pudieran extenderse los casos de bloqueo a través de la jurisprudencia, se precisa una regulación de los motivos de rechazo del acceso al procedimiento concursal de manera expresa en la legislación concursal.

---

<sup>1483</sup> MÖHRING (2017) "Die Rechtsprechung...", cit., p. 296; THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., p. 379.

<sup>1484</sup> MÖHRING (2017) "Die Rechtsprechung...", cit., p. 296, dando cuenta de las conclusiones del BGH.

Tal necesidad obedece a la exigencia de certeza jurídica que tanto deudores como acreedores han de tener en torno a la posibilidad de cumplimiento de la finalidad del moderno procedimiento concursal de la persona natural, esto es, el alivio del deudor, en conjunto con los objetivos propios de cada elemento del procedimiento concursal estructuralmente considerado. Por otro lado, estimándose que la institución del rechazo del alivio del deudor se constituye en una limitación al principio del fresh start, la exigencia de delimitación expresa de las causales de bloqueo responde al carácter excepcional de toda medida que limite el derecho del deudor a obtener un alivio.

La cuestión esencial será por tanto determinar qué circunstancias concurrentes en la persona o conducta del deudor justificarán una sanción de privación temporal del acceso al procedimiento concursal.

Si con fundamento en la prevención del abuso del deudor se justifica el establecimiento de un determinado y expreso cúmulo de causales que posibiliten el rechazo temporal del acceso del deudor al procedimiento o al alivio, se precisa además de un criterio de delimitación de tales conductas, de tal manera que solo aquellos casos que respondan a tales requisitos se constituyan en causales de bloqueo. En este sentido, tal criterio debe partir de la base de que la causal específica, como que ha de respetar el fundamento de la institución, esto es, la prevención del abuso y la protección de los intereses de los acreedores en el procedimiento concursal, ha de constituirse en una circunstancia que con motivo de una conducta contraria a la rectitud o a la verdad afecte los intereses del concurso y especialmente el de los acreedores.

Lo contrario conllevará que una cantidad exorbitante de casos, cada uno con base en un criterio particular, pudieren ser contemplados como causales de bloqueo, o que determinadas causales se presenten, como en el caso de nuestra LC, desproporcionadamente severas; todo ello en desmedro de la certeza de los deudores y acreedores y de los intereses de alivio del deudor persona natural y de los objetivos contenidos en el principio del fresh start.

#### **2.4. Un criterio para la delimitación de las causales de bloqueo.**

Ante una eventual ampliación incontrolada de las causales de bloqueo por la jurisprudencia, se precisa la consideración de un criterio de delimitación que posibilite establecer un marco dentro del cual se establezcan las causales de bloqueo. Tal criterio debe responder a los fundamentos dogmáticos de la institución como límite al principio del fresh start y respetar el derecho al alivio del deudor.

Considerándose que la base del criterio de delimitación de las causales de bloqueo se encuentra en una conducta contraria a la rectitud o la verdad por parte del deudor que afecta los intereses del concurso o de los acreedores, apreciamos que las perspectivas desde las cuales podría abordarse la delimitación de las causales serían desde el punto de vista de la conducta recta del deudor para con el procedimiento, como desde la conducta recta del deudor para con sus acreedores. De ello, las causales de bloqueo bien pueden constituirse para prevenir un abuso del deudor del procedimiento concursal, o bien para prevenir un abuso del deudor hacia sus acreedores.

Sentado lo anterior, dentro de la expresión "conducta contraria a la verdad o rectitud" pueden estar comprendidos objetivamente un sin número de casos, muchos de los cuales, desde el punto de vista subjetivo, no necesariamente podrían entenderse justificativos del establecimiento de un límite al principio del fresh start y al derecho del deudor a un alivio. El criterio contemplado debe responder a la necesidad de discriminación de las conductas que realmente justifiquen una sanción de privación temporal del acceso al procedimiento concursal, teniendo en cuenta no solo los requisitos objetivos de la conducta, sino además el elemento subjetivo de la intencionalidad del deudor, el cual viene dado por el fundamento de la institución del rechazo del alivio.

Considerando *a priori* que las aristas a partir de las cuales podrá determinarse un catálogo de causales de bloqueo requieren una especial atención a la conducta del deudor relativa a sus acreedores, en lo que queda de este apartado intentaremos esbozar un criterio para la delimitación de causales de bloqueo que apunten a la prevención del abuso del deudor del procedimiento concursal. En torno a la cuestión de la conducta del deudor en relación a sus acreedores volveremos en el capítulo siguiente.

Pues bien, desde el punto de vista de la conducta recta del deudor en relación al procedimiento concursal, un criterio adecuado que permitiría la delimitación de las causales de bloqueo, tanto si fuere dada a través de interpretación analógica por la jurisprudencia como si fuera establecida a través de la legislación, es el criterio del disvalor de la conducta y del contenido de la obligación incumplida por parte del deudor. Así, una conducta del deudor, aunque negligente, no justificará el establecimiento de una sanción de privación temporal del acceso al procedimiento concursal cuando el incumplimiento de una obligación determinada en el procedimiento al que hubiere dado lugar no hubiere tenido carácter de gravedad, sino que más bien

tuviera como fundamento una actividad torpe o en la que hubiere mediando ignorancia por parte del deudor.

En la doctrina alemana, la aplicación analógica de causales contempladas expresamente en la ley se entiende justificada en los criterios que el legislador alemán contempló para armonizar y delimitar los periodos de bloqueo, esto es y en efecto, el contenido de la obligación del deudor y el disvalor del incumplimiento de tal obligación<sup>1485</sup>. En este sentido, la exposición de motivos de la Reforma de la InsO de 2014, para la no determinación de un periodo de bloqueo para el caso de inadmisibilidad de la solicitud de alivio en un procedimiento previo, justificó que siendo el objetivo del procedimiento de insolvencia y del procedimiento de alivio de la deuda residual otorgar al deudor honrado la oportunidad de eximirse de sus obligaciones (§ 1, frase 2, InsO), el alivio de la deuda residual no debe denegarse a los deudores que son negligentes pero honestos con sus acreedores; donde del mero hecho de que el deudor no haya hecho una reclamación admisible para el alivio de la deuda residual no puede deducirse su falta de honestidad<sup>1486</sup>. Ello además es coincidente con alguna jurisprudencia del BGH que estima que al deudor negligente pero honesto no se le debe negar el alivio inmediato de la deuda residual<sup>1487</sup>. Bajo estas consideraciones, los casos contemplados en la exposición de motivos por el legislador, respecto de los cuales se excluye un periodo de bloqueo, tienen en común que el deudor no estaría siendo catalogado de particularmente deshonesto, habiendo actuado de manera torpe o posiblemente con ignorancia, pero no tan deshonestamente como para que un periodo de bloqueo fuese aplicable<sup>1488</sup>.

De esta forma, en aquellos casos en que el disvalor del incumplimiento de la obligación del procedimiento no sea significativo y equiparable a uno de la magnitud de gravedad considerado por el legislador a la hora de establecer los periodos de bloqueo determinados, no cabría la posibilidad de aplicar un periodo de bloqueo<sup>1489</sup>; puesto que si no se ha previsto por el legislador una sanción por la falta de cooperación del deudor

---

<sup>1485</sup> El BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25, efectuando una evaluación comparativa de los incumplimientos de las obligaciones contenidas en § 290 (1)(7) y § 290 (1)(5 y 6) o para motivos de denegación contenidos en el § 290 (1)(1 y 4), en base al criterio de contenido y disvalor de la obligación infringida por el deudor, señala que para el primer caso no puede establecerse un periodo de bloqueo más largo que para los segundos; y sobre esta base, agrega que el periodo de bloqueo de diez años de la ley anterior para el caso de denegación del alivio por incumplimiento de la obligaciones de la § 295, no puede mantenerse.

<sup>1486</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25.

<sup>1487</sup> Sentencia del BGH de 18 de septiembre de 2014, cit.

<sup>1488</sup> THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., p. 380.

<sup>1489</sup> Como es el caso de denegación del alivio por incumplimiento de la obligación de § 290 (1)(5). Así, BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25.

en una etapa tan temprana del procedimiento, es porque se considera que el deudor que no coopera en tal etapa no es tan deshonesto como para que le sea bloqueada la posibilidad de solicitar alivio en un segundo procedimiento<sup>1490</sup>. Por el contrario, en casos en que el disvalor del incumplimiento de la obligación del deudor sea significativo y equiparable a aquel considerado por el legislador a la hora de establecer los periodos de bloqueo determinados, un periodo de bloqueo debiere ser aplicado. A modo de ejemplo, en el caso de retirada de solicitud por parte del deudor para evitar un pronunciamiento respecto de una solicitud de denegación del alivio, donde a través de su conducta, el deudor demuestra una actitud que excluye su integridad<sup>1491</sup>, y en el caso de incumplimiento malicioso o gravemente negligente de los deberes de cooperación en el procedimiento concursal.

En tales casos, la conducta objetivamente contraria a la verdad o a la rectitud de parte del deudor en efecto causa un detrimento a los intereses de los acreedores en el procedimiento concursal, pero además, cumple con ser una conducta que subjetivamente obedece a un conocimiento o posibilidad de conocimiento del deudor en torno al resultado perjudicial de su actividad hacia los intereses de los acreedores; donde no cabe la mera torpeza, el mero desconocimiento o la culpa leve de un deudor que podría catalogarse de negligente pero honesto, sino que se refiere a una manifiesta intención o negligencia grave por parte de un deudor que pretende o se representa la posibilidad de burlar los intereses de sus acreedores. Volveremos sobre este punto a continuación.

### **3. Críticas a la normativa de rechazo de la exoneración en la LC.**

Es del todo criticable que la LC contemple un número no menor de circunstancias que, vinculadas a la conducta del deudor, signifiquen un causal de rechazo temporal y, especialmente, absoluto de la exoneración.

Si bien la categoría de rechazo absoluto de la exoneración pertenece al conjunto de instituciones que pretenden limitar la descarga de la deuda, no es menos cierto que su efecto es una de las consecuencias más gravosas para los intereses de alivio del deudor, puesto que no define plazo alguno al término del cual la circunstancias se entienda subsanada y por tanto el deudor pueda ser nuevamente candidato a una exoneración en

---

<sup>1490</sup> De acuerdo a THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., p. 380.

<sup>1491</sup> Así, THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., p. 380.

un futuro que, aunque incierto, es en mayor o menor medida probable. Entendemos que las situaciones de rechazo indefinido del alivio de la deuda son más drásticas que las causales de bloqueo, toda vez que teniendo estas últimas un tiempo de duración determinado, presentan el carácter de contar con mayor certeza jurídica para los deudores, quienes, en contraposición a las primeras, saben en qué momento podrán acceder a una nueva descarga de la deuda residual. De esta forma, el efecto de paralizar de manera indeterminada la posibilidad de que el deudor pueda acceder a una exoneración de la deuda y alivio, significa una incertidumbre jurídica y una privación injustificada, por desproporcionadamente gravosa, del derecho al alivio reconocido en el principio del fresh start.

El hecho de que la legislación concursal española contemple este tipo de efectos tan drásticos con pretensión en la prevención del abuso del deudor, no puede ser interpretado de otra forma que no sea como una sanción que la legislación impone a los deudores personas físicas que presentan tales circunstancias. En este orden de ideas, aunque la naturaleza jurídica de la institución de los periodos de bloqueo es una sanción al deudor, el injustificadamente restrictivo modelo español no tiene parangón en ordenamientos comparados, en los que si bien existen circunstancias que configuran periodos de privación del alivio del deudor, tales periodos se encuentran específicamente delimitados. A modo de ejemplo, y según hemos constatado, la experiencia en el modelo alemán ha dado lugar a importantes modificaciones legislativas, especialmente tras la Reforma de la InsO de 2014, desde un estado en que la legislación contemplaba circunstancias configuradoras de periodos abiertamente indeterminados que significaban un rechazo absoluto del alivio, a una etapa donde, en menor número, se contemplan circunstancias que tienen como efecto la privación por un determinado término del acceso al procedimiento de insolvencia.

La derogación de la institución del rechazo absoluto de la exoneración en la LC se hace necesario. Ahora bien, en la medida que el legislador pretenda resguardar la integridad de la institución previniendo el abuso por parte del deudor al inicio del procedimiento concursal a través de específicas circunstancias que digan relación con una conducta reprochable del deudor con anterioridad al procedimiento, se precisa el establecimiento de un catálogo expreso de causales de bloqueo específicamente determinadas, las cuales contemplen plazos breves y ajustados a una adecuada equiparación entre el derecho del deudor a obtener alivio y la necesidad de que tal alivio sea otorgado solo a un deudor que se lo merezca.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo a lo que venimos argumentando, la LC establece de manera expresa ciertas causales de bloqueo excesivamente duras para los intereses de los deudores, al tiempo de posibilitar una ampliación de las causales de rechazo temporal por vía interpretativa a casos no contemplados en la legislación de manera expresa, y una falta de consideración de la conducta efectiva del deudor a la hora de determinar ciertas causales de bloqueo y causales de rechazo absoluto, como sucede en el caso de la causal de bloqueo por haber obtenido el deudor una descarga de la deuda en un procedimiento concursal anterior, la causal de rechazo por falta de intento de acuerdo extrajudicial de pagos, la causal de bloqueo por rechazo de un trabajo adecuado a la capacidad del deudor, la causal de bloqueo por condena por delito previo.

Teniendo en cuenta tales problemas, a nivel comparado se ha criticado abiertamente el paulatino endurecimiento de los motivos de rechazo por parte del legislador<sup>1492</sup>, lo que tiene influencia negativa en las pretensiones de alivio<sup>1493</sup>, puesto que cada vez menos deudores obtienen la anhelada exoneración de la deuda residual<sup>1494</sup>. En efecto, una regulación de causales de bloqueo como respuesta a la necesidad de evaluación de oficio de los motivos de denegación, la consideración de términos excesivamente prolongados de bloqueo del acceso al procedimiento, la instauración de nuevos motivos de denegación propiamente tal y la posibilidad de denegación de oficio, repercuten de manera significativamente negativa en los intereses de alivio del deudor<sup>1495</sup>.

---

<sup>1492</sup> Considerando la historia evolutiva del procedimiento concursal de la persona física en Alemania, y de acuerdo a DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 12, el Borrador del Ministerio Federal del 2007 señalaba como fundamento del endurecimiento de los motivos de denegación la protección de los intereses de los acreedores perjudicados por el incumplimiento de los contratos, así como el interés general en el tráfico comercial. En tal sentido, el borrador expresaba que a través de un aumento en el rigor de los motivos de denegación se guardaba un equilibrio apropiado de los intereses involucrados y, en particular, de intereses de acreedores gravemente perjudicados, considerándose además el interés general del tráfico comercial y del principio de lealtad o cumplimiento del contrato, que prevalece en la legislación civil alemana.

<sup>1493</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87. HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Der nächste...", cit., p. 93, expresan que en la actualidad, la denegación del alivio de la deuda juega un papel bastante insignificante en la práctica. HÖRMANN, Martin (2012) "Vergleichsverhandlungen mit natürlichen Personen zur Schuldenbereinigung", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 11, p. 81.

<sup>1494</sup> AHRENS (2011) "Ausgleichsmechanismen...", cit., p. 65, expresa que solo un octavo de los deudores alcanza el alivio de la deuda residual, donde considerando una razón decisiva en los motivos de rechazo, expresa que hay algunos indicios de que los obstáculos existentes en el proceso de recuperación de la deuda son difíciles de superar para muchos deudores.

<sup>1495</sup> Describiendo lo anterior, STEPHAN (2011) "Die Reform des...", cit., p. 27. BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 232, señala que, al tiempo del Proyecto de Reforma de la InsO de 2012, por ejemplo, para el deudor que olvida informar su dirección significa una denegación del alivio de la deuda



En tal sentido, se ha indicado que no se justifica un endurecimiento de los motivos de rechazo puesto que desde el punto de vista económico, la salvaguarda de los intereses subyacentes de los acreedores, que escapan al solo ámbito del procedimiento concursal de la persona física, determina que un alivio significará el retorno del deudor al mercado del crédito<sup>1496</sup>. Por otro lado, la doctrina mayoritaria comparada y recomendaciones emanadas de organismos internacionales<sup>1497</sup>, plantean la necesidad de que los periodos de bloqueo deben ser los menos y de menor grado de injerencia. Todo lo cual entendemos es acorde con la exigencia de que los límites al principio del fresh start han de ser estrictamente necesarios y proporcionales.

Considerándose que las causales bloqueo desde el punto de vista dogmático tienen su fundamento en la prevención del abuso del deudor, las contempladas por la LC española si bien responden a tal fundamento, puesto que a través de un tratamiento severo cumplen ciertamente con el objetivo de disuadir conductas contrarias a la rectitud por parte de los deudores, su tratamiento particular no responde a los objetivos y finalidades de la moderna regulación concursal de la persona física.

De ser pretendida por el legislador una regulación adecuada de la institución, debiere considerarse que un tratamiento expreso y al inicio del procedimiento concursal respondería de mejor forma al objetivo de otorgar un alivio a los deudores que realmente se lo merecen, en cumplimiento con el objetivo del legislador de prevenir el abuso, resguardando los intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita.

Considerando los objetivos contenidos en el principio del fresh start, es preciso tener en cuenta que un endurecimiento de las causales de bloqueo en razón de objetivos vinculados al fortalecimiento de los intereses y derechos de los acreedores en torno a su satisfacción, merma las posibilidades de alivio de los deudores<sup>1498</sup>; en la medida en que,

---

más un periodo de bloqueo de tres años para presentar una nueva solicitud de procedimiento de insolvencia y alivio, más seis años de nuevo procedimiento de alivio, más tres años de almacenamiento en el SCHUFA, con un total de 12 a 13 años aproximadamente para una reinserción efectiva en la vida económica y una vida digna; y ello es más largo si la denegación del alivio ha sucedido al final del periodo de los seis años, con un endeudamiento que duró cinco años. La consecuencia: una exclusión efectiva del deudor del ejercicio igualitario de sus derechos fundamentales garantizados por hasta 30 años, sin tener ningún beneficio para el acreedor. AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", p. 287.

<sup>1496</sup> PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 153; PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., p. 246. De igual forma, DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 128, expresa que los acreedores pueden ganar más si logran que el deudor tome sus decisiones de manera independiente y fortalezca su disposición a trabajar, lo cual es posible a través del alivio de la deuda.

<sup>1497</sup> GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, cit., p. 333.

<sup>1498</sup> PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 150; HEICKE, Christian (2014) "Die Modifikationen des § 290 InsO durch die Insolvenzrechtsreform", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 7, p. 51;

sin aumentar la tasa de satisfacción de los acreedores<sup>1499</sup>, sin poder evitar gastos innecesarios y sin poder lograr una aplicación más temprana de los procedimientos concursales, cualquier pretensión de mejorar la situación de los derechos de los acreedores en desmedro de la finalidad y objetivos del procedimiento concursal de la persona natural es más teórica que práctica o efectiva<sup>1500</sup>.

Finalmente, y en torno a la falta de consideración de la conducta del deudor a efectos de configurar una causal de bloqueo en la LC, es preciso hacer notar que alguna jurisprudencia comparada ha estimado que no procede periodo de bloqueo y que también debe darse alivio de la deuda residual en un segundo procedimiento concursal<sup>1501</sup> cuando el deudor hubiere continuado creando pasivos con posterioridad al alivio de la deuda en un procedimiento concursal anterior. La justificación de tal consideración es que una falta de honradez en la conducta del deudor no puede determinarse *per se* o *a priori*, como sería por ejemplo en casos de creación de nuevos pasivos con posterioridad al alivio de la deuda, y entendemos nosotros por extensión, durante el transcurso de un procedimiento concursal o de un periodo de buena conducta; puesto que tal actividad puede deberse a problemas coincidentes con riesgos de la vida cotidiana moderna, como la muerte o el desempleo, y que lleven al deudor a situaciones de emergencia involuntaria<sup>1502</sup>. En este contexto, la efectiva evaluación de la conducta del deudor para la configuración y/o evaluación de determinados periodos de bloqueo se hace necesaria en la LC, de manera de contar con un criterio que permita delimitar el

---

HERNGENRÖEDER Y HOMANN (2013), cit., p. 93; BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 233, expresa que la tendencia a ampliar los motivos de denegación del alivio de la deuda residual, excluir pasivos y ampliar las posibilidades de revocar el alivio de la deuda lo invalida un real *fresh start*, donde para el deudor se vuelve cada vez más difícil el proceso de insolvencia y predecir su éxito, la expectativa de un "nuevo comienzo" cada vez más irreal y el incentivo para una aplicación temprana del procedimiento cada vez más pequeña.

<sup>1499</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87, señala que la extensión y el endurecimiento de los motivos de denegación es un importante tema a discutir, pues siendo la cuota de denegación (al tiempo del Proyecto de Reforma de la InsO de 2012) del 5%, el acreedor poco se beneficia de la negativa pues no lo coloca en mejor posición; una extensión de los motivos de denegación solo cambiará esto marginalmente.

<sup>1500</sup> BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 232, criticando el Proyecto de Reforma de la InsO de 18 de enero de 2012, por considerar que las modificaciones vinculadas a los periodos de bloqueo y motivos de denegación no van en la línea del cumplimiento de los objetivos que el mismo proyecto planteaba. PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 153, expresa que una mejora en las perspectivas de los acreedores no está asociada a ninguna de las medidas propuestas por el mismo proyecto. En el mismo sentido, STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 88.

<sup>1501</sup> Sentencia del AG Göttingen de 20 de mayo de 2016 - 74 IK 124/16, ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht, Heft 19, p. 392. Es interesante el razonamiento del tribunal, desde que en Sentencia de 26 de julio de 2014 - 74 IN 84/14, ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht, Heft 11, 410, había señalado que no es posible considerar periodos de bloqueo fuera de los casos estimados por la InsO, puesto que lo contrario importaría periodos diversos que no podrían ser manejados por el deudor. Así, RECK, KÖSTER y WATHLING (2016) "1 ½ Jahre...", cit., p. 1.

<sup>1502</sup> THÜNING (2017) "Die Zulässigkeit...", cit., p. 380.

ámbito de aplicación de la institución en concordancia con sus fundamentos y objetivos y en atención al principio del fresh start.

Así las cosas, si en el apartado anterior establecimos la distinción entre causales de bloqueo que podrían originarse en una conducta contraria a la rectitud de parte del deudor contra el procedimiento o contra sus acreedores, y habiendo dado cuenta de un criterio que permitiría delimitar ciertas causales vinculadas a la conducta del deudor en un procedimiento concursal en función del disvalor de la misma, la cuestión que surge de manera inmediata es, ¿cómo lograr una efectiva evaluación de la conducta del deudor que se constituya en criterio adecuado para el rechazo del alivio en cumplimiento del objetivo de prevención del abuso y en respeto del principio del fresh start?. En el siguiente capítulo intentaremos responder a esta necesidad.

### III. LA BUENA FE CONTRACTUAL DEL DEUDOR PERSONA FÍSICA... ¿EN LA LC?

Aunque el legislador español ha considerado un requisito de acceso a la descarga de la deuda residual como es la buena fe del deudor, ha dado o llenado su contenido a través del establecimiento de una serie de específicas y determinadas circunstancias en las que puede encontrarse el deudor y que, en su visión, son expresiones de buena fe. De acuerdo a alguna doctrina<sup>1503</sup>, es este un concepto normativo y no valorativo de buena fe, entendiéndose que el requisito se cumple solo a través de las condiciones que el mismo artículo 178 bis establece.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría estimarse, a primera vista, que la LC no contempla una exigencia de conducta proba y recta vinculada al momento de la asunción de las obligaciones por parte del deudor. Desde esta perspectiva, podríamos estimar en principio que la LC no contempla la buena fe contractual como forma de limitar el abuso del procedimiento y su finalidad esencial, el alivio del deudor<sup>1504</sup>.

Esta misma característica puede ser encontrada en el modelo antecedente de la regulación concursal de la persona física española, el ordenamiento alemán; en el cual

---

<sup>1503</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 30; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 9; CARRASCO PERERA (2015) "El mecanismo...", cit., p. 5; BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 132, entiende en esta norma el concepto legal de buena fe en la LC; CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 749; SÁNCHEZ JORDÁN (2016) *El régimen...*, cit., pp. 10 y 14. En contra, entendiendo la referencia a la buena fe como un requisito en su sentido valorativo, aunque no da justificación de ello, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 133.

<sup>1504</sup> Es la estimación de CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 29. Ello también se desprende de lo señalado por SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 136; SÁNCHEZ JORDÁN (2016) *El régimen...*, cit., p. 104.

se ha puesto de relieve la falta de consideración por la InsO de la conducta del deudor relativa a las causas del endeudamiento<sup>1505</sup>. De la evaluación de los criterios individuales materiales para el rechazo del alivio de la deuda —§ 287a (causales de periodos de bloqueo), §§ 290, 296 y 297a (motivos de denegación) y § 303 InsO (causales de revocación)— no se vislumbra una consideración de las causas efectivas de la situación de insolvencia; señalándose que aunque algún Borrador del Ministerio Federal de 2007 habría dado cuenta que un deudor honesto es aquel confiable y obediente que no ha hecho nada malo a sus acreedores, sin embargo las reglas finales consagradas para determinar esta probidad se habrían estandarizado. En vez de una moral social sancionadora o reglada por criterios indeterminados de deshonestidad y descuido, en la § 290(1) InsO se prefirió determinar circunstancias individuales diseñadas funcionalmente y representativas de los intereses de los acreedores<sup>1506</sup>. Así las cosas, la cuestión de hasta qué punto el propio deudor ha provocado su mal estado no está contemplada en tal regulación<sup>1507</sup>.

Ahora bien, si de acuerdo a lo que hemos señalado previamente<sup>1508</sup>, las circunstancias definidas por el legislador como causales de rechazo del acceso a la exoneración no son taxativas, especialmente en atención a la vinculación entre el requisito de buena fe del apartado 3.1º del artículo 178 bis y la causal genérica de calificación del concurso del artículo 164.1; nos preguntamos respecto del contenido de esta circunstancia que, en la visión del legislador, operaría como una causal abierta de rechazo absoluto de la exoneración<sup>1509</sup>, y en la cual —pudiere estimarse— sería posible circunscribir toda conducta del deudor para fundamentar un rechazo de la exoneración<sup>1510</sup>. Ello en estricto rigor se constituye en un riesgo latente que bien pudiere convertirse en una transgresión al legítimo derecho del deudor persona física de obtener alivio, especialmente si tenemos en cuenta que, como hemos dejado sentado

---

<sup>1505</sup> De la exposición de motivos de la InsO de 1999, en BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 190, al referirse a las justificaciones de los motivos de denegación, las razones utilizadas para establecer los casos de denegación basados en conductas del deudor previas al inicio del procedimiento concursal, se refieren a acciones en detrimento de las expectativas de los acreedores con posterioridad a la asunción de la deuda (§ 290 (1)(1 y 4)) y conducta inadecuada para la obtención de créditos o beneficios sociales o públicos o para pagar impuestos u otro beneficio de las arcas públicas tres años previos a la solicitud de concurso (§ 290 (1)(2)).

<sup>1506</sup> De acuerdo a DICK (2007) "Versagungsgründe...", cit., p. 125.

<sup>1507</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 654, planteando ejemplos, señala que solo es relevante en torno al delito intencional de la § 302 (1) InsO.

<sup>1508</sup> Apartado II.2., Sección 1ª, Parte Cuarta.

<sup>1509</sup> En esta misma valoración, BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 132.

<sup>1510</sup> Aunque vinculado en esencia al problema que expresamos, ello puede colegirse de lo señalado por SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 8.

previamente<sup>1511</sup>, las causales de periodos de bloqueo han de estar establecidas de manera expresa en la legislación.

Así las cosas, todo lo anterior nos lleva a preguntarnos, primero, respecto de la justificación, contenido y finalidad de la institución de la buena fe contractual, y segundo, si la causal abierta de rechazo de la exoneración contemplada en el apartado 1 del artículo 164 respondería a tales elementos. Una adecuada comprensión y contrastación de cada institución nos permitirá definir los límites dentro de los cuales deberá responder de manera adecuada al objetivo de otorgar alivio al deudor que se lo merece a través de la prevención del abuso, contenido en el principio del fresh start.

## **1. La buena fe contractual como límite al abuso del deudor persona física.**

### **1.1. Importancia de una evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física.**

Sentadas las premisas anteriores, y como punto de partida del siguiente análisis, nos preguntamos ¿cuál es la importancia de contar en el procedimiento concursal de persona física con un mecanismo que posibilite evaluar la buena fe contractual del deudor?, ¿presenta alguna ventaja respecto a un modelo en el cual no existe tal exigencia?, ¿es preferible evaluar la buena fe contractual del deudor como forma de prevención del abuso?.

Las consecuencias de una falta de consideración de la buena fe contractual en una regulación concursal de persona física son variadas, sin embargo, todas tienen en común que significan un perjuicio al interés de alivio del deudor<sup>1512</sup>. Veamos tales consecuencias en una regulación concursal supuesta que no considere la evaluación de la buena fe contractual del deudor.

Aunque tal regulación contemple como requisito objetivo del concurso a la insolvencia, el entendimiento de que el estado en que existe imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones asumidas por un deudor puede deberse a diversas razones, especialmente si se trata de un deudor persona física, no se encuentra contemplado en la normativa concursal. En este tipo de regulaciones, no tiene

---

<sup>1511</sup> Apartado II.2.3., Sección 2ª, Parte Cuarta.

<sup>1512</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 654, para el modelo alemán, indica que el legislador optó por un listado taxativo de motivos de denegación y no por la creación de una cláusula general, sin embargo la experiencia práctica ha demostrado que este tipo de regulación no es satisfactoria.

importancia, sea para bien, sea para mal, la causa o razón que produjo el estado de insolvencia, sino solo el hecho del estado mismo. En este contexto, se ha planteado<sup>1513</sup> que el comportamiento preconcursal del deudor a la hora de asumir obligaciones debería valorarse a la hora de enjuiciar su buena fe, puesto que de lo contrario, la imprudencia no tendrían sanción aunque la insolvencia obedezca a razones imprevisibles.

El hecho de que las causas o razones del estado de insolvencia no sean contempladas en la normativa tiene como consecuencia que la regulación consagrada para el tratamiento de la misma no contemple herramientas o mecanismos especializados en función de tales causas o razones.

La falta de una consideración de las causas de la insolvencia conlleva que la regulación establecida para su tratamiento y solución unifique la aplicación de las herramientas o mecanismos jurídicos para todos los deudores, independientemente de que las razones de su estado de insolvencia hayan sido producto de su propio actuar o de una circunstancia imprevisible. En materia de alivio y desde el punto de vista de la justicia, una persona abrumada por deudas debido a circunstancias personales fatídicas es tratada en el procedimiento concursal de la misma manera que una persona que ha acumulado deudas de forma voluntariamente irresponsable<sup>1514</sup>. Para poder obtener un alivio definitivo, a la primera persona le son aplicados todos y cada uno de los elementos configuradores del procedimiento de alivio de la deuda, con sus características propias.

En este sentido, y como que los ordenamientos que no contemplan la evaluación de la buena fe contractual imponen un trato unificado a todos los deudores, quedará a merced de las concepciones o aspiraciones de turno un trato más benigno o más restrictivo del deudor, o bien y a *contrario sensu*, un trato más benigno o restrictivo de los intereses de los acreedores en el procedimiento concursal; lo cual, en definitivas cuentas, no obedece a un criterio estrictamente equitativo. De acuerdo a esto, si las concepciones y aspiraciones del legislador son que el estado de insolvencia del deudor merece un trato represivo debido a la necesidad de limitar en mayor medida el abuso de los deudores y propiciar en mayor medida la satisfacción a los acreedores, el tratamiento unificado impondrá exigencias restrictivas al alivio del deudor.

---

<sup>1513</sup> CUENA (2011) "Fresh start...", cit., p. 21.

<sup>1514</sup> Se desprende el problema, además, de lo señalado por BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 226.

Comprendiendo las consecuencias desfavorables que conlleva la falta de consideración en los ordenamientos concursales de persona física de un criterio o mecanismo de evaluación de la buena fe contractual para las aspiraciones de alivio del deudor, observamos las ventajas vinculadas a la certeza jurídica y trato favorable para los deudores que presenta su estimación como elemento integrante en la configuración procedimental respectiva. La cuestión pasa a ser entonces ¿de qué manera efectuar una regulación de una adecuada evaluación de la buena fe contractual?, lo cual automáticamente nos obliga a preguntarnos, ¿qué debe entenderse por una adecuada evaluación de la buena fe contractual?.

## **1.2. Configuración de la buena fe contractual.**

### **1.2.1. Contenido de la buena fe contractual. El perjuicio por insatisfacción de los acreedores.**

Para responder a tales interrogante, cabe primero recordar la definición que hemos dado previamente en torno al concepto de buena fe contractual. Dijimos que es el estado en el cual se encuentra el deudor caracterizado por carecer de una intención maliciosa o una voluntad de defraudar a los acreedores<sup>1515</sup>, manifestada en una conducta<sup>1516</sup> en la que el deudor se ha endeudado sin tener una voluntad evidente o implícita de defraudar a sus acreedores al momento de contratar o en tiempo posterior y previo al inicio del concurso<sup>1517</sup>.

La evaluación de la buena fe contractual pretende prevenir el abuso por parte del deudor. De esta forma, la evaluación de la conducta del deudor en torno a la asunción de las obligaciones encuentra su fundamento y su finalidad en la necesidad de que el alivio sea otorgado a los deudores que se lo merecen.

El que un deudor "abuse" se constituye en un provecho de las ventajas que un procedimiento concursal le irroga, tanto en referencia a sus intereses, como en relación

---

<sup>1515</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 310; PAISANT (2006) "Chroniques...", cit., p. 488. PAISANT (1997) "Bonne foi...", cit., p. 141, expresa que "[...] si la référence faite á la bonne foi [...] sert á sanctionner des comportements frauduleux, cette fraude tient le plus souvent au compoement du débiteur qui, de manière consciente, agrave sa situation d'endettement pour se procurer de meilleures conditions d'existence".

<sup>1516</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) p. 82, indican que la buena fe es una cuestión de hecho. Por su parte, FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 44, señalan que es atendido a la gran variedad de situaciones de sobreendeudamiento que la Corte no ha querido proporcionar una definición, dejando a los jueces del fondo la apreciación de la buena fe.

<sup>1517</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 83, expresan que "son así juzgados de mala fe aquellos que, en violación de su obligación de lealtad y sinceridad, proporcionan información falsa o errónea en el diseño de la obtención de un crédito, o que omiten en conocimiento la mención [...]" de circunstancias necesarias para evaluar la solvencia del deudor."

a los intereses de los acreedores. Ahora bien, el solo provecho de las ventajas de un procedimiento concursal no significa de por sí un abuso, toda vez que lo determinante será que tal aprovechamiento por parte del deudor sea llevado a cabo de manera injustificada.

El que un aprovechamiento del procedimiento concursal sea llevado a cabo de manera injustificada se podrá presentar, en general, de dos formas: la primera, vinculada al procedimiento, significa que el deudor se aprovecha de los beneficios que otorga una legislación concursal de la persona física cuando no tenía derecho a ello, y tal provecho se ve manifestado en el logro de sus intereses; y la segunda, vinculada a los acreedores, se refiere a una búsqueda por parte del deudor de que los intereses de los acreedores no logren ser satisfechos en beneficio de los propios.

De acuerdo a lo anterior, la primera manifestación de abuso por parte del deudor se corresponderá con una conducta vinculada al procedimiento concursal mismo, en lo que, tal como hemos comentado y tendremos oportunidad de analizar en detalle en la siguiente sección, se corresponde con una falta de buena conducta procedimental por parte del deudor.

En relación a la segunda manifestación de abuso, comprendiendo nosotros que el interés de los acreedores es que les sean satisfechas sus acreencias, el abuso del deudor en relación a los acreedores significará la búsqueda de que sus créditos no sean satisfechos. La falta de satisfacción de las acreencias de los acreedores comporta una disminución de su patrimonio. Ahora bien, aunque una disminución patrimonial no necesariamente significa una desventaja, puesto que la misma puede tener su origen en circunstancias queridas por el titular o justificadas, la desventaja que en este caso conlleva la disminución patrimonial para los acreedores pasará porque la causa u origen de la misma se encontrará en la conducta del deudor, esto es, una conducta que tiende a la búsqueda de esta disminución patrimonial del acreedor. De lo anterior se desprende que, el que los acreedores no logren la satisfacción de sus acreencias por actividad del deudor se constituye en un perjuicio, toda vez que significa un detrimento o disminución patrimonial que, atendida su causa en la actividad o conducta del deudor, es injustificada.

De acuerdo a lo anterior, la segunda manifestación de abuso por parte del deudor se corresponderá, tanto con una conducta llevada a cabo en el procedimiento concursal mismo, como en una conducta llevada a cabo con anterioridad al procedimiento concursal, y en específico, al tiempo de asumir sus obligaciones. Entendiendo nosotros



que la conducta que tiende al perjuicio de los acreedores por injustificada insatisfacción de sus acreencias que sea llevada a cabo a lo largo del procedimiento concursal se encontrará subsumida en la consideración de la buena conducta procedimental; podemos decir que la forma de abuso por parte del deudor en la que busca la insatisfacción de los intereses de los acreedores con anterioridad al inicio del procedimiento concursal y a partir del tiempo de asunción de las obligaciones es la circunstancia que, en esencia, constituye una mala fe contractual.

A contrario sensu, si al tiempo de asumir las obligaciones y con anterioridad al procedimiento concursal no existe una búsqueda de insatisfacción de los acreedores, estaremos en presencia de un deudor que no presenta mala fe contractual, o desde otro punto de vista, un deudor con buena fe contractual. En este contexto, la buena fe contractual estará delimitada por una conducta llevada a cabo por el deudor al tiempo de asumir las obligaciones y con anterioridad al inicio del procedimiento concursal caracterizada por una falta de búsqueda de insatisfacción de sus acreedores.

### ***1.2.2. La buena fe contractual y el estado de insolvencia.***

Comprendiendo que la conducta llevada a cabo por el deudor con anterioridad al procedimiento concursal y que busca la insatisfacción de los acreedores comprende la mala fe contractual, nos preguntamos en qué puede consistir esta conducta.

Lo anterior se hace más importante si confrontamos la buena fe contractual con el estado de insolvencia. En efecto, ¿qué debemos entender por buena fe contractual cuando estamos frente a la existencia de insolvencia?. Nos preguntamos esto porque a primera vista pareciera ser que no necesariamente una actividad del deudor que tiende a la búsqueda de insatisfacción de sus acreedores al tiempo de asumir la obligación sería la causa de una insolvencia. En efecto, podría estimarse que la actividad del deudor tendente a la búsqueda de la insatisfacción de sus acreedores al tiempo de asumir las obligaciones podría ser la manifestación de una insolvencia a punto de generarse o ya generada, pero no necesariamente sería la causa de la misma.

Aunque es cierto que las causas de la insolvencia pueden ser muchas, considerando que el concepto de insolvencia es la falta de cumplimiento regular de los créditos de los acreedores, comprendemos que en caso que el deudor hubiere asumido obligaciones o generado deuda con el objetivo de la insatisfacción de los intereses de sus acreedores, nos encontraremos efectivamente frente a una causa de la insolvencia. Aunque la pretensión del deudor al tiempo de asumir obligaciones o generar deudas no

estaba relacionada con la búsqueda de un estado de insolvencia, sino que con la búsqueda de insatisfacción de sus acreedores, no es menos cierto que su actividad es la que en último término genera un estado de insolvencia por el cual sus acreedores no son satisfechos. De ello es que entendemos que la actividad del deudor, la cual bien puede ser caracterizada como una acción o una omisión, a través de la cual asume obligaciones o genera deudas con pretensión de que sus acreedores no logren la satisfacción de sus créditos, esto es, la actividad abusiva del deudor, es una causa del estado de insolvencia. En este caso, si bien el estado de insolvencia podría ser revelador de una pretensión del deudor de perjudicar los intereses de satisfacción de los acreedores al tiempo de asumir las obligaciones, ambas circunstancias no son sinónimas.

En efecto, nos preguntamos si podría existir otros casos en los cuales la causa de la insolvencia sea una conducta abusiva por parte del deudor. Para responder a esto es necesario precisar que en atención al concepto de insolvencia<sup>1518</sup>, siempre y en todo caso que exista insolvencia existirán deudas que no han sido posibles de cumplir oportunamente por el deudor, esto es, y en fin, siempre existirán deudas impagas<sup>1519</sup>. La cuestión entonces gira en torno a la determinación de las causas por las cuales el deudor debe de esa forma, esto es, las circunstancias en las cuales se asumen o generan tales deudas y que llevan al estado en el que el deudor no puede cumplir regularmente.

Comprendiéndose que para la configuración del estado de insolvencia propiamente tal es indiferente la voluntad del deudor<sup>1520</sup>, es preciso señalar que un deudor debe porque, o bien genera voluntariamente deudas, o bien le surgen deudas de manera involuntaria. No existe otra nomenclatura. Ahora, solo respecto del primer caso podemos hablar de que el deudor puede tener control en torno al curso de sus obligaciones, y solo respecto de este caso podríamos estimar que el deudor pudiere buscar la insatisfacción de los acreedores al tiempo de asumir obligaciones o generar deudas. Así, si nos preguntamos si en este primer caso de asunción o generación de deudas de manera voluntaria podría existir insolvencia fuera del caso de abuso

---

<sup>1518</sup> La insolvencia es el estado patrimonial que no permite satisfacer regularmente las obligaciones exigibles. Así, BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 130; DUQUE (2004) "Sobre el concepto...", cit., p. 1006.

<sup>1519</sup> ROJO (2004) "Artículo 2", cit., p. 169, expresa que "Entre insolvencia e incumplimiento de las obligaciones existe una íntima relación. Incumple las obligaciones quien es insolvente. Pero puede existir incumplimiento sin estado de insolvencia.". PULGAR (2012) *El concurso...*, cit., p. 351, entiende que "el endeudamiento, en el sentido de existencia de deudas, constituiría un elemento integrante del concepto de insolvencia, pues si no existieran deudas no cabría hablar de de un estado de insolvencia, presumiéndose por tanto que existe un previo endeudamiento cuando concurre una situación de insolvencia."

<sup>1520</sup> Así, DUQUE (2004) "Sobre el concepto...", cit., p. 1006.

planteado, respondemos de manera negativa, toda vez que entendemos que la única causa de insolvencia originada en una voluntaria conducta del deudor es el abuso en los términos ya concretados con anterioridad.

Sabido esto, estimamos que la pregunta de si pueden existir otras causas de insolvencia imputable a conducta abusiva por parte del deudor debe ser respondida de manera negativa, toda vez que fuera del caso de abuso planteado, en todos aquellos casos en que exista insolvencia pero el deudor no hubiere asumido obligaciones o generado deudas en búsqueda de insatisfacción de los acreedores, nos encontraremos frente a causales ajenas a la voluntad del deudor, como a modo de ejemplo pudieren ser pérdida de trabajo, divorcio, enfermedad grave de un miembro de la familia, etc<sup>1521</sup>.

Bajo el entendido de que la existencia de una cantidad determinada o excesiva de deudas u obligaciones, que la doctrina<sup>1522</sup> ha venido denominando sobreendeudamiento, no es sinónimo de un estado de insolvencia<sup>1523</sup>, y comprendiendo de acuerdo a la doctrina que el simple sobreendeudamiento masivo no es suficiente para calificar la mala fe<sup>1524</sup>, nos encontraremos en presencia de lo que se ha venido llamando sobreendeudamiento pasivo<sup>1525</sup>. Cabe hacer notar que la LC no contempla el concepto de sobreendeudamiento del deudor consumidor para efectos del establecimiento de la regulación concursal<sup>1526</sup>.

De esta forma, si el deudor ha buscado perjudicar a través de la insatisfacción a sus acreedores al tiempo de asumir obligaciones o generar deudas, y existe insolvencia, estaremos en presencia de mala fe contractual; por el contrario, si a pesar de que el deudor al tiempo de asumir las obligaciones o generar deudas no ha pretendido

---

<sup>1521</sup> Así también se desprende de lo señalado por DOMÍNGUEZ CABRERA (2012) "La posición...", cit., nota al pie N° 140, p. 133.

<sup>1522</sup> ÁLVAREZ VEGA (2010) *La protección...*, cit., p. 50; BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 130; BELTRÁN, Emilio (2008) "La insolvencia de las familias en la Ley Concursal española", en Tomillo U., Jorge (director) y Álvarez R., Julio (coordinador), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra: Editorial Thomson Civitas, p. 199 y 203; PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 2. Para SÁNCHEZ JORDÁN (2016) *El régimen...*, cit., p. 37, aunque en el sobreendeudamiento existe un grado determinado de compromisos u obligaciones, además se infiere que se requeriría que tal grado de compromisos amenazare la capacidad de atenderlos de forma adecuada y ordenada.

<sup>1523</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009) *El sobreendeudamiento...*, cit., pp. 174 y 175; PULGAR (2008) "Concurso...", cit., pp. 2 y 4.

<sup>1524</sup> CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 753.

<sup>1525</sup> DOMÍNGUEZ CABRERA (2012) "La posición...", cit., p. 108, expresa que en el sobreendeudamiento pasivo, la situación de insolvencia en la que se encuentra el consumidor no ha sido provocada por su conducta culpable; ÁLVAREZ VEGA (2010) *La protección...*, cit., p. 53; PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 3.

<sup>1526</sup> En relación a la falta de consideración por parte de la LC del concepto de sobreendeudamiento, DOMÍNGUEZ CABRERA (2012) "La posición...", cit., p. 109.

perjudicar a sus acreedores existe insolvencia, estaremos en presencia de un caso en el que las causas de la insolvencia no dicen relación con la conducta abusiva del deudor en torno a la asunción o generación de la deuda, y por tanto, no podría estimarse su mala fe. Para nosotros, por tanto, siendo el único caso de insolvencia imputable al deudor aquel en que haya existido abuso de su parte, la clave para una adecuada evaluación de la buena fe contractual del deudor estará en una adecuada comprensión del elemento configurador la mala fe del deudor, el abuso.

De todo lo anterior, estimamos que la evaluación de la mala fe contractual conlleva necesariamente una evaluación de las causas de la insolvencia, desde que cualquier otra causa que no se deba a un abuso del deudor al tiempo de asumir las obligaciones o al tiempo de generar una deuda, importará el entendimiento de que la causa de la insolvencia escapa a la actividad del deudor y, en consecuencia, determina su falta de mala fe.

Por otro lado, entendemos que una adecuada concepción de un mecanismo de evaluación de la buena fe contractual debe comprender una evaluación de la conducta del deudor al tiempo de asumir las obligaciones. Ello es determinante si, de acuerdo a lo señalado, sabemos que fuera de los casos de abuso del deudor al asumir obligaciones o generar deudas, toda otra causal de la insolvencia dirá relación con una circunstancia que escapa al deudor y que justifica su consideración como deudor de buena fe.

### ***1.2.3. El aspecto volitivo como elemento esencial de la buena fe contractual.***

Siendo relevante para la existencia de abuso y, de esta forma, la existencia de mala fe contractual de parte del deudor, que haya llevado a cabo la acción u omisión de asumir obligaciones o generar deudas con pretensión de que sus acreedores no logren la satisfacción de sus créditos, esto es, la acción u omisión de asumir obligaciones o generar deudas con pretensión de que sus acreedores sean perjudicados; comprendemos que los elementos del abuso por parte del deudor son: una conducta, la cual puede ser caracterizada como una acción u omisión por parte del deudor; que la conducta sea cualquier forma de asunción de obligaciones o generación de deudas; la existencia de perjuicio de los acreedores manifestado en la insatisfacción de sus acreencias; nexo causal entre la conducta llevada a cabo por el deudor y el perjuicio sufrido por los acreedores; y búsqueda de los elemento anteriores, esto es, una búsqueda del deudor, a través de su conducta de asunción de una obligación o generación de una deuda, de causar perjuicio por insatisfacción a sus acreedores.

Bajo el entendido de que la búsqueda por parte del deudor de la insatisfacción de los acreedores es el elemento determinante de la mala fe contractual, constituyendo esta "búsqueda" una pretensión, propósito o intención por parte del deudor en orden a tal finalidad, y comprendiendo que la evaluación de la buena fe contractual obedece a la finalidad de prevención del abuso por parte del deudor, la parte subjetiva, aspecto volitivo o intencional del deudor es un requisito esencial de la configuración de la mala fe contractual del deudor. Desde este punto de vista, la buena fe contractual sería comprensiva de una conceptualización de la buena fe subjetiva, en la que la posición psicológica del individuo en torno a un resultado determina el reproche de la conducta.

La primera cuestión que surge de lo anterior es ¿respecto a qué es necesaria una pretensión del deudor?, o desde otra perspectiva, ¿cuál es el contenido de este requisito subjetivo de la mala fe contractual?. La pregunta no es baladí puesto que podría estimarse que el conocimiento e intencionalidad del deudor se requiere en relación a la generación de la insolvencia. Como ejemplo: me endeudo con intención de caer en el estado en que no pueda pagar a los acreedores, donde en estricto rigor mi intención no necesariamente sería perjudicarlos. Pero también podría estimarse que el conocimiento e intención del deudor ha de recaer en torno al perjuicio de insatisfacción de sus acreedores. Como ejemplo: me endeudo con intención de que mis acreedores no puedan cobrarme, donde mi intención es efectivamente causarles perjuicio.

Bajo el entendido de que el estado de insolvencia conlleva necesariamente un detrimento patrimonial para el deudor, el cual puede o no estar justificado<sup>1527</sup>, y en comprensión de que tal detrimento patrimonial causado por la insolvencia no estará justificado solo cuando el deudor hubiese tenido intención en la generación del estado mismo con objeto de propiciar la insatisfacción de sus acreedores; comprendemos que la intención exigida para la configuración de una mala fe contractual se relaciona con el perjuicio de insatisfacción de los acreedores del deudor. De esta forma, para que exista mala fe contractual por parte del deudor, sea al tiempo de asumir las obligaciones, sea al tiempo de generar deudas, se requiere que el deudor hubiere actuado con intención de perjudicar a sus acreedores por insatisfacción de sus acreencias.

Sentado lo anterior, surge ahora otra cuestión del todo importante si lo vinculamos con las pretensiones de alivio del deudor. En efecto, si comprendemos que la intención del deudor requerida por parte de la mala fe contractual ha de recaer en el

---

<sup>1527</sup> Así también, GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2004) *La calificación del concurso*, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, p. 29.

perjuicio por insatisfacción de sus acreedores, ¿el aspecto volitivo o subjetivo del abuso comprende la culpa?, ¿es la culpa un elemento que posibilita determinar la mala fe contractual del deudor persona física?, o bien ¿es la culpa una manifestación de la mala fe contractual del deudor?.

Desde una concepción psicológica de culpa, la misma se define como la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho. Bajo esta concepción una persona tiene culpa cuando a través de su actividad ha provocado un resultado no previsto pero previsible, esto es, cuando en su actuar existe posibilidad de prever el resultado. Desde una concepción psicológica de culpa, la determinación de cuándo un sujeto podría haber actuado de otra manera se centra en las circunstancias concretas del individuo, esto es, la diligencia puesta en los asuntos propios<sup>1528</sup>.

Desde una concepción normativa de la culpa, la misma es un reproche a la infracción de un deber de cuidado previamente establecido. Entendiendo nosotros que el perjuicio por insatisfacción de los acreedores, así como cualquier tipo de perjuicio, es un riesgo no querido por el ordenamiento jurídico, nos preguntamos si existe en nuestro caso un deber de cuidado previamente establecido que diga relación con la asunción de obligaciones o generación de deudas. Comprendiendo que la tesis normativa de la culpa admite una vertiente formalista, en la cual debe existir una norma o reglamento que establezca de manera específica y expresa cuál es el comportamiento cuidadoso exigido, comprendemos que ello no se produce en las circunstancias en que el deudor hubiere irrogado perjuicio por insatisfacción a sus acreedores.

Ahora bien, desde la vertiente sustancial de la concepción normativa de culpa, que comporta un juicio de reprobación o reproche a la conducta motivado por un comportamiento contrario a un estándar social, podrían ser muchos los ejemplos de conductas que pudieren darse, tanto de asunción de obligaciones como de generación de deudas, y que no conllevan necesariamente el resultado de perjuicio por insatisfacción de acreedores. La cuestión central será entonces determinar si la conducta determinada llevada a cabo por el individuo genera el riesgo no permitido o querido por el ordenamiento<sup>1529</sup>, esto es, si la conducta llevada a cabo por el deudor genera un riesgo de que los acreedores sean perjudicados por insatisfacción de sus acreencias.

---

<sup>1528</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, et. al. (2013) *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, 5ª edición, Madrid: Editorial Dykinson, p. 444.

<sup>1529</sup> Dando cuenta de la concepción normativa y la necesidad de un deber de cuidado previo, DIEZ-PICAZO, Luis (2011) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo V, Madrid: Editorial Thomson Reuters, pp. 264 a 266.

De acuerdo a lo anterior, comprendiendo que bajo esta concepción —a diferencia de la concepción formalista— el parámetro o estándar se determina mediante la apreciación en abstracto de la conducta, es decir, por comparación con un estándar medio<sup>1530</sup>, que podemos exigirnos entre todos, el del buen padre de familia, el ser humano razonable y prudente; la culpa es definida como el defecto de conducta que no lo habría cometido una persona razonable y prudente situada en las mismas circunstancias externas. De acuerdo a esto, en primer lugar la culpa comporta un juicio de previsibilidad objetiva, de acuerdo a lo que un hombre razonable debió haber previsto; pero además la culpa supone un segundo test, de evitabilidad, en la medida que el sujeto disponía de los medios necesarios para impedirlo y no lo hizo en un caso particular<sup>1531</sup>.

De allí que el parámetro para definir si en una conducta llevada a cabo por una persona existe culpa sea un estándar medio dado por el del hombre razonable. En estas circunstancias, para estimar si una persona actuó con culpa debemos preguntarnos si su conducta es aquella que hubiera sido prevista y evitada por un hombre razonable. En la medida que no sea así, entenderemos que existe culpa del individuo.

Comprendido lo anterior, nos preguntamos si desde el punto de vista de la finalidad de la evaluación de la buena fe contractual, para la configuración del abuso y por tanto de la mala fe contractual puede exigirse al deudor, además de una intención manifiesta o dolosa en torno al perjuicio de insatisfacción de sus acreedores, una culpa; y luego, de ser esto afirmativo, qué concepción de culpa. Ello es del todo relevante puesto que mientras en una concepción psicológica el parámetro estará dado por las circunstancias en concreto del individuo, en una concepción normativa sustantiva el parámetro será uno abstracto.

Entendemos que en función de la finalidad de prevención del abuso del deudor, que emana del objetivo de tratamiento de la insolvencia y de otorgar alivio al deudor que se lo merece contenido en el principio del fresh start, la culpa debe ser estimada como un elemento contenido en el requisito volitivo del abuso del deudor y, en tal sentido, de su mala fe contractual<sup>1532</sup>. Solo a través de este entendimiento es posible

---

<sup>1530</sup> LACRUZ BERDEJO (2013) *Elementos...*, cit., p. 444.

<sup>1531</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando (2008) *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, Navarra: Editorial Thomson Aranzasi, pp. 281 a 282 y 286 a 290; DIEZ-PICAZO (2011) *Fundamentos...*, cit., pp. 277 y 278.

<sup>1532</sup> En torno al concepto de fraude del deudor como presupuesto de la acción rescisoria, DIEZ-PICAZO, Luis (2008) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª edición, Madrid: Editorial Thomson Civitas, p. 892, entiende que el fraude queda constituido por el hecho de que el resultado sea perjudicial para los acreedores y tal resultado fuera conocido por el deudor o este hubiera debido conocerlo.

cumplir realmente el objetivo de prevención del abuso de los deudores que, aunque sin intención de perjudicar por insatisfacción a sus acreedores, hubieren provocado este resultado a través de la asunción de obligaciones o generación de deudas. Ello además no es contradictorio con el objetivo de otorgar alivio al deudor contenido en el principio del fresh start, toda vez que considerando que la regulación concursal es un mecanismo de última ratio en beneficio del deudor para el tratamiento de los problemas subyacentes a la insolvencia, ello debe fomentarse y lograrse, pero bajo ningún término favoreciendo la negligencia por parte de los deudores. Ello se constituiría una contradicción entre la finalidad y objetivos perseguidos por la moderna regulación concursal de la persona física.

Ahora bien, si la culpa del deudor en la generación del perjuicio por insatisfacción de sus acreedores ha de ser entendida como parte integrante del elemento subjetivo del abuso del deudor, estimamos que el parámetro para determinar cuándo un deudor habría actuado de otra manera, en otras palabras, cuándo o en qué casos el resultado perjudicial habría sido previsible por parte del deudor al llevar a cabo la conducta, o bien, en qué casos la conducta llevada a cabo por el deudor podría haber sido prevista por él como causa de un perjuicio por insatisfacción de sus acreedores; no puede ser otro que un estándar que aprecie la conducta en concreto del deudor. En efecto, si como hemos planteado en apartados anteriores, los tipos de deudores personas físicas pueden ser muchos, dentro de los cuales una gran cantidad presentará importantes niveles de variadas deficiencias de aptitudes y habilidades técnicas, psicosociales, culturales, etc., entendemos que la apreciación de la conducta en abstracto, esto es, en base a un estándar medio de cuidado de un ser humano razonable, impondría un margen cuasi automático que en una multiplicidad de casos significaría un límite infranqueable que les privaría del beneficio del alivio, si no se contemplaran las circunstancias particulares del deudor.

A mayor abundamiento, analizando la experiencia comparada francesa, y en relación a la exigencia de buena fe del deudor, se ha estimado<sup>1533</sup> que "es importante destacar que no solo se aprecia este requisito en quienes han incurrido en un sobreendeudamiento pasivo derivado de una incapacidad sobrevenida para hacer frente a las deudas por causas imprevistas (enfermedad, paro...), sino que también podría verificarse en quienes han incurrido en un sobreendeudamiento activo por asunción

---

<sup>1533</sup> PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 6.



excesiva de deudas, si esta situación no fue buscada conscientemente, esto es, si el deudor no fue consciente de agravar o crear su sobreendeudamiento, aspecto este en el que podría incidir el nivel intelectual y preparación universitaria del deudor". Tales apreciaciones son coincidentes con una evaluación en concreto del aspecto volitivo del deudor en orden a las consecuencias eventuales que una conducta, si bien en principio catalogada de negligente, en las circunstancias concretas del deudor podrían determinar incluso su buena fe.

Así las cosas, comprendemos que tanto una conducta dolosa como una culposa pueden dar lugar a la asunción de obligaciones o a la generación de deudas que, comprendiendo un estado de insolvencia, irroga perjuicio por insatisfacción a los acreedores. En tales supuestos, nos encontraremos en presencia de lo que la doctrina ha venido denominando como sobreendeudamiento activo<sup>1534</sup>; y que como causa del estado en el que el deudor, de manera dolosa o culposa, no puede satisfacer a sus acreedores, entendemos es el antecedente o causa del estado de insolvencia; al mismo tiempo de constituirse en una manifestación de abuso del deudor, y así, de su mala fe contractual<sup>1535</sup>. De ello es que comprendemos que si bien el sobreendeudamiento activo es una manifestación de abuso del deudor, no necesariamente un abuso del deudor será coincidente con un sobreendeudamiento activo. En todo caso, y como que el sobreendeudamiento activo coincide con un abuso del deudor, una causal de insolvencia en la que el deudor haya actuado con abuso será el sobreendeudamiento activo<sup>1536</sup>.

---

<sup>1534</sup> ÁLVAREZ VEGA (2010) *La protección...*, cit., p. 52; GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009) *El sobreendeudamiento...*, cit., p. 30.

<sup>1535</sup> Aunque refiriéndose solo al concepto de sobreendeudamiento, ZABALETA, Marta (2010) "El concurso del consumidor", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, III, p. 316, comprende que el sobreendeudamiento es la antesala de la insolvencia. De igual modo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009) *El sobreendeudamiento...*, cit., pp. 28 y 175. Ello también se puede colegir de lo señalado por FERNÁNDEZ CARRIÓN, Clara (2008) *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, p. 18 y 19. Aunque pretende establecer un concepto de sobreendeudamiento, SÁNCHEZ JORDÁN (2016) *El régimen...*, cit., p. 39, lo cierto es que define el sobreendeudamiento activo. En efecto, luego expresa que el sobreendeudamiento es "aquella situación financiera caracterizada porque el deudor ha asumido una cantidad excesiva de deudas en relación con su patrimonio actual y sus ingresos regulares, lo que generalmente desembocará en dificultades insalvables para afrontarlas en plazo, de manera que la situación que se acaba de describir llevará al sujeto sobreendeudado a un estado de insolvencia.". Ello se colige además de lo señalado por BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., p. 131.

<sup>1536</sup> COLINO MEDIAVILLA (2009) "Tratamiento...", cit., p. 450, explica que "el término sobreendeudamiento se utiliza con distintos significados, que no coinciden necesariamente con la insolvencia, pero que tampoco excluyen tal posibilidad. [En los casos mencionados] Todavía nos hallamos, pues, en el ámbito de la normalidad en los cumplimientos, aunque con riesgo de que, por cualquier razón, se desencadene una crisis patrimonial", razón que estimamos puede traducirse en que la continuidad del estado de sobreendeudamiento desemboca en insolvencia, o en una circunstancia que en un momento determinado la gatilla; razón que, no obstante, puede ser por abuso o no del deudor.

## 2. La evaluación de la buena fe contractual en la LC.

### 2.1. ¿La calificación del concurso como fórmula de evaluación de la buena fe contractual?

Hemos partido nuestro análisis en torno a las consecuencias y ventajas que para los intereses de alivio del deudor conlleva la estimación de la evaluación de la buena fe contractual como elemento integrante en una regulación concursal de persona física a partir de una premisa. Tal proposición es que, en principio, nuestra LC no contendría en su regulación un mecanismo de evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física<sup>1537</sup>.

Como tendremos oportunidad de ver en la siguiente sección, la LC contempla en su gran mayoría un cúmulo de circunstancias que corresponden a manifestaciones de una buena conducta procedimental por parte del deudor. La utilización de la expresión gran mayoría no es baladí, toda vez que la salvedad la podemos encontrar a propósito de la circunstancia contemplada en el artículo 178 bis.3.1º en relación al artículo 164.1 LC, de la cual se desprende que se entenderá que el deudor se encuentra de buena fe cuando el concurso no haya sido declarado culpable, esto es, y en relación con la segunda disposición, cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor.

Estando vinculada la calificación del concurso culpable como circunstancia que determina la buena fe del deudor<sup>1538</sup>, vemos que las causas de calificación del concurso, especialmente la contemplada en el apartado 1 del artículo 164, comportan circunstancias que, en la idea del legislador, configuran la mala fe del deudor persona física y que en definitiva justifican el rechazo del acceso a la fase de exoneración de la deuda residual<sup>1539</sup>. La cuestión que surge de lo anterior es: ¿las causales de calificación del concurso como culpable pueden ser consideradas manifestaciones de una mala fe contractual del deudor persona física que justifica la imposición de una sanción como es el rechazo de la exoneración de deudas?

---

<sup>1537</sup> Esta es la estimación de CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 29.

<sup>1538</sup> Así CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 145. La misma exigencia se presenta en la redacción del PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 149, (art. 486).

<sup>1539</sup> Así, GARCÍA VICENTE (2010) "Un régimen...", pp. 221 y 229, vinculando la buena fe del deudor a que la generación o agravación de la insolvencia no le sea imputable por dolo o culpa grave al deudor en función del artículo 163 LC.

Desde la doctrina se ha expresado<sup>1540</sup> que dadas las ventajas que supone para el deudor la exoneración del pasivo restante, parece lógico requerir que solo puedan aprovecharse de este mecanismo aquellos deudores que no hayan contribuido con dolo o culpa grave a la generación o agravación de la insolvencia. Por otro lado, a propósito de la PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, se ha señalado<sup>1541</sup> que en torno a los requisitos de buena fe del deudor persona física, deberían mantenerse los requisitos sobre calificación del concurso. A su turno, se ha manifestado<sup>1542</sup> que la diferencia entre sobreendeudamiento activo y pasivo, no siendo determinante para la declaración del concurso, es por otro lado del todo importante en sede de calificación del concurso, el cual debería ceñirse a la decisión de exonerar o no al deudor.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la respuesta a la pregunta que nos formulamos no es del todo fácil, toda vez que no bastará con efectuar un análisis de cada una de las causales de calificación del concurso en su individualidad, sino que será necesario vincularlas con los fundamentos, finalidad y objetivos perseguidos por la institución. Ello se vuelve entendible desde que sabemos que tales causales de calificación, para responder al carácter de las circunstancias de rechazo de la exoneración, no solo deberán permitir impedir, en este caso, el acceso a la fase de exoneración —lo cual se desprende claramente del número 1º del apartado 3 del artículo 178 bis—, sino que, de mayor importancia, deberán contemplar una configuración que permita, desde el punto de vista objetivo, evaluar las causas o razones del estado de insolvencia del deudor, y desde el punto de vista subjetivo, el estado volitivo o intencionalidad del deudor. En la medida que las causales de calificación del concurso respondan a las exigencias de la institución del rechazo del alivio y se presenten complementarias, podremos estimar que la LC presenta un mecanismo de evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física y, a partir de esta consideración, evaluar y comentar su adecuada regulación.

### ***2.1.1. Fundamento y justificaciones de calificación del concurso en la LC.***

Como una sección no necesaria del concurso, la sección de calificación tiene lugar solo en casos determinados. Siendo tales casos, por una parte, el convenio lesivo, y por la otra, en caso que se abra la fase de liquidación, llevan a la doctrina a estimar

---

<sup>1540</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 8.

<sup>1541</sup> LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 12.

<sup>1542</sup> BELTRÁN (2009) "El concurso...", cit., pp. 132 y 140.

que el rasgo común de ambas causales es un daño efectivo al interés de los acreedores<sup>1543</sup>.

La finalidad de la sección de calificación en la LC es depurar la responsabilidad civil del deudor en la causación de la insolvencia, esto es, se pretende evaluar si el comportamiento del deudor, o de otros sujetos, directamente o por vía accesoria, ha contribuido en la generación o agravamiento del estado de insolvencia<sup>1544</sup>. Teóricamente, el objetivo de la calificación del concurso es determinar si la insolvencia del deudor que ha motivado la declaración judicial del concurso es consecuencia de actos u omisiones que deban ser objeto de sanción, esto es, determinar la causa de la insolvencia y, más concretamente, si el deudor ha obrado con dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia<sup>1545</sup>.

Constituyendo la declaración de culpabilidad un juicio de reproche dirigido contra el deudor, requiere la valoración de su conducta, lo cual comporta un acto de imputación objetiva por incumplimiento de específicos deberes como causa de la insolvencia o como determinante de su agravamiento<sup>1546</sup>. Se pretende determinar si ha intervenido dolo o culpa grave en determinadas personas en la generación o agravación del estado de insolvencia, previéndose, para ese caso, la imposición de determinadas sanciones civiles<sup>1547</sup>.

De lo anterior nos preguntamos, ¿por qué la conducta del deudor es reprochable?, ¿qué determina la reprochabilidad de su actuación?. Entendemos que tal como se expresa, el reproche surge debido a que el deudor, a través de su conducta, incumple determinados deberes, los cuales, comprendemos son establecidos por el ordenamiento para salvaguardar algo. Ahora bien, ¿qué es lo que se pretende

---

<sup>1543</sup> MAMBRILLA, V (2005) "Calificación del concurso", en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid: Marcial Pons, p. 4969; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amedia (2005) "Artículo 167", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen II, Madrid: Editorial Tecnos, p. 1773; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel (2009) "Presupuestos específicos del proceso de calificación", en Díaz Martínez, Manuel (coordinador), *La calificación del concurso de acreedores*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 21.

<sup>1544</sup> GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., p. 18; ORTIZ G., María A. (2018) "La calificación del concurso", en Campuzano, Belén y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 951; FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 210.

<sup>1545</sup> HERNANDO M., Javier (2013) *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, Barcelona: Bosch, p. 23.

<sup>1546</sup> ORTIZ (2018) "La calificación...", cit., p. 951.

<sup>1547</sup> ROSENDE V., Cecilia (2010) "Artículo 163. calificación del concurso y formación de la sección sexta", en Cordón M., Faustino (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2ª edición, tomo II, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 547; BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 137.

salvaguardar por el ordenamiento a través de la imposición de tales deberes, y por otro lado, cuáles son esos deberes específicos tratándose del deudor persona física?.

Se ha señalado que la calificación del concurso tiene una función de represión de conductas que no pueden ser amparadas por el derecho<sup>1548</sup>. Por otro lado, la doctrina<sup>1549</sup> entiende que la previsión del artículo 164.1 requiere para su concurrencia tres presupuestos: un elemento subjetivo, esto es dolo o culpa grave del sujeto agente; un elemento objetivo, la insolvencia; y un nexo causal entre la acción u omisión grave o dolosa y la insolvencia, esto es, que el hecho doloso o con culpa grave haya generado o agravado la insolvencia.

Podemos apreciar que el resultado de la insolvencia sería aquello que el ordenamiento jurídico pretende evitar, siendo este el resultado que, en el evento de generarse o agravarse con incumplimiento de ciertos deberes, conlleva su reprochabilidad. En efecto, en cuanto a la relación de causalidad entre la actividad dolosa o culposa y el resultado, se ha señalado<sup>1550</sup> que el nexo causal consistirá precisamente en la producción o en la agravación del estado de insolvencia<sup>1551</sup>. Por otro lado, se ha expresado<sup>1552</sup> que el criterio de atribución de la responsabilidad anudada a la calificación del concurso como culpable recae sobre la conducta del deudor y su omisión del cumplimiento de ciertos deberes y exigencias respecto de la producción o agravación de la insolvencia como resultado patrimonial. Por su parte, según se ha indicado<sup>1553</sup>, el Tribunal Supremo ha señalado que la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa del deudor haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

---

<sup>1548</sup> GARCÍA-CRUCES (2016) "La calificación... y responsabilidades...", cit., p. 1361.

<sup>1549</sup> ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo (2012) "La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones", en García-Cruces, José Antonio (director), *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra: Thomson Reuters Civitas, p. 31; ORTIZ (2018) "La calificación...", cit., p. 980; HERNANDO (2013) *Calificación...*, cit., p. 25; ROMERO S., Carlos (2014) *La calificación en el concurso de acreedores*, Barcelona: Editorial Bosch, p. 67; DÍAZ E., José L. (2015) *Calificación del concurso*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Civitas, p. 62; BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 137; FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 212.

<sup>1550</sup> FRAU I GAIÀ, Sebastián (2014) *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 29. Del mismo modo, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 212.

<sup>1551</sup> De igual manera, ÁVILA DE LA TORRE (2012) "La calificación...", cit., p. 32.

<sup>1552</sup> GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., p. 31; GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2004) "Artículo 164. Concurso culpable", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid: Thomson Civitas, p. 2523; DÍAZ E. (2015) *Calificación...*, cit., p. 51.

<sup>1553</sup> GARCÍA-CRUCES (2016) "La calificación... y responsabilidades...", cit., pp. 1365 y 1366, citando una Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011.

Ahora bien, la cuestión sigue siendo entonces determinar cuál es el deber específico que el deudor persona física incumple en el caso genérico de calificación del concurso. Aunque nos parece que la cuestión no queda clara a partir de lo señalado por la doctrina, para intentar responderla, es útil precisar que la insolvencia es aquello que a través del establecimiento de la calificación del concurso se manifiesta como no querido por parte del legislador, atendido a que la misma constituiría un atentado a los acreedores y al buen orden económico. En efecto, de lo señalado por alguna doctrina<sup>1554</sup> se entiende que aunque se atribuye a la calificación del concurso un papel represor del empresario cuya actuación merezca ser considerada dañina para el buen orden económico, además se atribuye a la sección de calificación la finalidad de proteger a los acreedores<sup>1555</sup>. En esta línea, se ha manifestado<sup>1556</sup> que la finalidad de la calificación sería la protección del crédito, la seguridad del tráfico económico y el impacto sobre la economía o la productividad. De acuerdo a esto, se ha dado cuenta<sup>1557</sup> de la preocupación eminentemente pública detrás de la institución. Por su parte, aunque no se plantea específicamente cuál es el deber que el ordenamiento le exige al deudor persona física, se entiende<sup>1558</sup> que respecto de este, la finalidad no es sino conseguir un beneficio para sí, pero un beneficio injusto, pues perjudica a la masa de acreedores. Por otro lado, se ha señalado<sup>1559</sup> que, en última instancia se trata de proteger un bien último, la capacidad patrimonial del concursado, esto es, la posibilidad de que unos concretos activos puedan cubrir la satisfacción en el mayor grado posible del pasivo del deudor común.

De lo anterior se tiene que: si la finalidad de la calificación es proteger a los acreedores y el interés general<sup>1560</sup>, y para esto el legislador quiere que el deudor evite la insolvencia, el deber del deudor persona física esperado por la LC no es uno específico y determinado, sino que uno general de que él mismo no caiga en estado de insolvencia. De esta forma, al comprender que el juicio de reprochabilidad de la norma requiere la

---

<sup>1554</sup> FRAU I GAIÀ (2014) *La calificación...*, cit., p. 18, citando la Sentencia de la AP de Madrid de 05 de febrero de 2008, Recurso 255/2007.

<sup>1555</sup> GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., p. 108.

<sup>1556</sup> VELA TORRES, P. J. (2005) "La tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 3, Editorial La Ley, p. 90.

<sup>1557</sup> FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 210.

<sup>1558</sup> ROMERO (2014) *La calificación...*, cit., p. 68.

<sup>1559</sup> DÍAZ E. (2015) *Calificación...*, cit., p. 52; MACHADO PLAZAS, José (2006) *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Navarra: Editorial Thomson Civitas, p. 67.

<sup>1560</sup> ASÍ, BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 137; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 139.

valoración de la conducta, que comporta un acto de imputación objetiva por incumplimiento de específicos deberes como causa de la insolvencia o como determinante de su agravamiento, se entiende que el reproche del ordenamiento recae en el deudor cuando a través de su conducta dolosa o culposa incumple el deber de no caer en estado de insolvencia. Los deberes que el deudor habrá de respetar a través de su conducta para escapar de la responsabilidad serán por tanto, en términos generales, todos aquellos que posibiliten evitar la generación o agravamiento del estado de insolvencia<sup>1561</sup>. De ello, por otro lado, se deduce que para el caso genérico de calificación el dolo y culpa requeridos por la disposición han de recaer en el hecho de la insolvencia misma<sup>1562</sup>.

Sentadas las premisas anteriores, nos preguntamos si institución de la calificación del concurso responde a una adecuada valoración de la buena fe contractual del deudor persona física para efectos de cumplir de manera adecuada con la finalidad de prevenir la insolvencia y otorgar un alivio solo al deudor que se lo merece. Veámoslo.

## **2.2. Incongruencia de la calificación del concurso a través de las causales expresas como fórmula de evaluación de la buena fe contractual del deudor en la LC.**

Se ha entendido<sup>1563</sup> que siendo un sinsentido que quien ha sido causante principal de la insolvencia pudiera además sacar provecho de la misma, nada mejor que atender a las presunciones de concurso culpable previstas en los artículos 164 y 165 LC con el ánimo de determinar el cumplimiento del requisito de buena fe.

Comprendiendo que los factores desencadenantes de la insolvencia, a diferencia de las causas de la misma, aluden solamente a circunstancias que de manera directa dan cuenta del estado de insolvencia, pero no abarcan las causas que realmente propiciaron la crisis económico-financiera del deudor, a través de las causales específicas entendemos que la LC solo está apelando a los factores desencadenantes de la insolvencia, pero no contempla sus causas, las cuales, como hemos podido corroborar previamente, solo comportan un reproche de mala fe por parte del deudor cuando

---

<sup>1561</sup> Así también, DÍAZ MARTÍNEZ (2009) "Presupuestos...", cit., pp. 41 y 42.

<sup>1562</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 148. Comprendemos que se encuentra en concordancia con nosotros, HERNANDO (2013) *Calificación...*, cit., p. 28; DÍAZ MARTÍNEZ (2009) "Presupuestos...", cit., p. 43; BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 153, en torno al elemento objetivo de la causal general de calificación.

<sup>1563</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 8.

hubiere existido una conducta de abuso de su parte en los términos ya latamente delimitados. En concordancia con lo que planteamos, aunque en teoría la calificación del concurso puede parecer que en principio responde a los objetivos de una evaluación de la buena fe contractual del deudor, se ha estimado<sup>1564</sup> que se comprueba que la realidad práctica es bien distinta en atención a que la sección de calificación en muchos casos le interesará poco o nada conocer los motivos por lo que la empresa concursada accedió a la situación de insolvencia, concretizándose una incoherencia entre la enunciación legal genérica del artículo 164.1 y la realidad de los pronunciamientos de los tribunales, condicionados en extremo por las presunciones legales.

La exigencia de que el concurso no haya sido calificado de culpable se mantiene en el artículo 178 bis.3 como elemento definidor de la buena fe del deudor. En tal supuesto, a pesar de que la LC exige buena fe por al tiempo de solicitar la exoneración, atendida la configuración de las causales específicas de calificación, la calificación culpable o fortuita del concurso no puede entenderse constitutiva de una mala o buena fe contractual en los términos que hemos planteado, puesto que la evaluación efectuada en la calificación no es coincidente con una evaluación de la buena fe contractual del deudor en atención a los elementos que previamente hemos descrito. En concordancia con lo anterior, se ha comprendido<sup>1565</sup> que la calificación del concurso no es equivalente a la buena fe del deudor, donde a través de la calificación del concurso no existiría una evaluación en forma de test de *discharge* en la medida que otras conductas llevadas a cabo por el deudor, merecedoras de reproche, no sean consideradas por la disposición.

En efecto, respecto a las causales específicas de concurso culpable, en la mayoría de los casos, la LC no contempla una circunstancia que pudiere circunscribirse a una mala fe contractual por parte del deudor, puesto que salvo los supuestos contemplados en los número 4º, 5º<sup>1566</sup> y 6º del artículo 164.2, el resto se refiere a conductas que, debe ser entendido, se subsumen en circunstancias de mala conducta procedimental. Así, las circunstancias enumeradas en los número 1º y 2º del artículo 165, únicas de esta norma que pudieren ser aplicables al deudor persona física, son

---

<sup>1564</sup> FRAU I GAIÀ (2014) *La calificación...*, cit., pp. 16 y 17.

<sup>1565</sup> PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 28.

<sup>1566</sup> Téngase en cuenta lo expresado por GARCÍA-CRUCES (2014) "Causales de...", cit., p. 434, en torno a la configuración del fraude exigido por la disposición, respecto del cual no es necesario que se acredite una intención de perjudicar, bastando el conocimiento o posibilidad de conocimiento del deudor del posible perjuicio que se causa a los acreedores. De igual forma, GARCÍA-CRUCES (2016) "La calificación... y responsabilidad...", cit., p. 1370, citando una Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014.



circunstancias que suscitándose en el transcurso del procedimiento concursal habrán de ser valoradas a través de la buena conducta procedimental<sup>1567</sup>.

Respecto de las causas del artículo 164.2, es claro que su objetivo no es otro que determinar presunciones *iuris et de iure* de la insolvencia, lo cual de manera alguna debe entenderse como sinónimo de una evaluación de la buena o mala fe contractual del deudor. En efecto, comprendiendo que, siguiendo a alguna doctrina<sup>1568</sup>, la norma establece un criterio legal determinante de la calificación del concurso como culpable "en todo caso", en atención, tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia<sup>1569</sup>, comprendemos que no existe una vinculación directa entre la calificación del concurso en aplicación de alguna de las causales del artículo 164.2 y una mala fe contractual del deudor persona física. En este contexto, se ha expresado<sup>1570</sup> que no es real que la LC reserve la calificación como culpable al dolo o culpa grave, porque las presunciones *iuris et de iure* de la norma constituyen otros tantos supuestos de calificación como culpable al margen de la cláusula general. Así pues, entendiendo al igual que cierta doctrina<sup>1571</sup> que el hecho base de la presunción debe necesariamente ser atribuido al deudor, no bastando la sola ocurrencia del mismo, ello no obsta a que, para lo que nos interesa, no exista una consideración del aspecto volitivo del deudor para configurar el reproche en cada uno de los casos de presunciones *iuret et de iure*.

Por otro lado, y partiendo de la base de una necesaria consideración de la culpabilidad del deudor desde una evaluación de la buena fe contractual, apreciamos que además de que la circunstancia del número 2º de la norma en comento no afecta a la generación de insolvencia, la cual se habrá producido con anterioridad, y aunque puede comprenderse agravadora del estado, ello no necesariamente dirá relación con una intención dolosa o culposa por parte del deudor de perjudicar por insatisfacción a sus acreedores; puesto que siendo el objetivo de la norma la cooperación del deudor en el

---

<sup>1567</sup> Ello se desprende también de lo señalado por FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 236, respecto del número 2º del artículo 165.

<sup>1568</sup> ORTIZ (2018) "La calificación...", cit., p. 981.

<sup>1569</sup> MACHADO (2006) *El concurso...*, cit., p. 83. El mismo entendimiento creemos manifiesta BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 181.

<sup>1570</sup> Díez-PICAZO, Ignacio (2015) "La extraña estructura procesal de la sección de calificación del concurso", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 2233.

<sup>1571</sup> GARCÍA-CRUCES (2016) "La calificación... y responsabilidad...", cit., p. 1368; GARCÍA-CRUCES (2004) "Artículo 164...", cit., p. 2526.

procedimiento<sup>1572</sup>, por un lado, la circunstancia sería circunscrible a un caso de mala conducta procedimental, y por otro, si bien podría llevar a una disminución de la situación financiera real que podría impedir una perspectiva más favorable a los acreedores, como la de una solución convenida, entendemos que ello no necesariamente podría estimarse como sinónimo de una mala fe contractual.

Y lo mismo puede ser dicho respecto de la causal del número 6º, en la que si bien la conducta se lleva a cabo antes del inicio del procedimiento concursal, la acción de simular una situación patrimonial ficticia no necesariamente conlleva un perjuicio por insatisfacción de acreedores respecto de la cual el deudor eventualmente pudiere haber sido conocedor o lo hubiere podido conocer. En este sentido, se ha manifestado<sup>1573</sup> que la interpretación de la norma debe efectuarse en función de su finalidad, de manera tal que sería acertado considerar que no todo acto de simulación ha de arrastrar la aplicación de la regla y la consiguiente calificación, puesto que la aplicación de la presunción debiera reducirse a los supuestos de simulación en que el acto llevado a cabo sea apto para conducir a tal resultado pero, además, tenga una cierta relevancia; esto es, cuando la actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores, y que la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores<sup>1574</sup>. Comprendemos que solo en estos casos la conducta descrita en la norma dirá relación con un conocimiento o eventual conocimiento por parte del deudor de un perjuicio por insatisfacción de sus acreedores, y que justificaría un futuro rechazo de la exoneración con fundamento en la mala fe contractual del deudor. Fuera de este caso, la aplicación de tal sanción con ocasión de la conducta descrita en la norma carece de justificación.

Desde estas consideraciones, la comprensión de una estricta improcedencia de la evaluación de culpabilidad en torno a las causales de presunción de concurso culpable del artículo 164.2<sup>1575</sup> significa una ampliación de sus consecuencias al interés de alivio del deudor persona física, el cual, no en todos los casos en que concurra una de las

---

<sup>1572</sup> En esta idea, también, BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 182; y de igual modo, aunque no de forma expresa, parece colegirse de lo expresado por GARCÍA-CRUCES (2014) "Causales de...", cit., p. 432.

<sup>1573</sup> GARCÍA-CRUCES (2014) "Causales de...", cit., p. 435.

<sup>1574</sup> GARCÍA-CRUCES (2016) "La calificación... y responsabilidad...", cit., p. 1372, citando una Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2012.

<sup>1575</sup> Así lo comprende ROMERO (2014) *La calificación...*, cit., p. 76.

circunstancias contempladas en la norma se encontrará en mala fe desde el punto de vista de las exigencias de la buena fe contractual.

A mayor abundamiento, si el caso del número 2º, y agregamos nosotros el del número 6º, son circunstancias de mera actividad, que por tanto no requieren un resultado específico para concretar la calificación<sup>1576</sup>, ello obsta a que pueda evaluarse, como exige una adecuada evaluación de la buena fe contractual, si la conducta del deudor estaba o podría haber estado encaminada al logro del objetivo de perjuicio por insatisfacción de sus acreedores. Se trata, como se ha señalado<sup>1577</sup>, de un criterio objetivo, conforme al cual cuando concurra alguna de las presunciones fijadas en la norma el concurso se calificará como culpable siendo irrelevante si concurre o no dolo o culpa.

La problemática puede ser descrita a través de una simple pregunta, respecto de la cual existe una no tan simple respuesta: ¿por qué un deudor no querría la insolvencia?... o mejor dicho y atendido la finalidad de estas normas, ¿por qué un deudor no querría el concurso?. Si bien claramente podría no quererlo para afectar a sus acreedores, bien podría no quererlo por el estigma que significa pasar por un procedimiento concursal, el cual, es más grave desde que la misma LC contempla un restrictivo y sancionador procedimiento concursal de persona física. En este último caso no existe en el deudor dolo o culpa en un eventual perjuicio por insatisfacción de acreedores exigido por la configuración del abuso, lo cual no podría ser descubierto puesto que la norma establece una presunción que no admite prueba en contrario de culpabilidad y, lo que es peor, conlleva la imposición de la sanción de rechazo absoluto de la exoneración en virtud del artículo 178 bis.3.1º.

De acuerdo a todo lo señalado, una apreciación en la que tal como está establecido el sistema legal de presunciones en torno a la calificación del concurso no contiene lesión de ningún principio ni derecho de protección constitucional<sup>1578</sup>, debe tomarse con cuidado; desde que comprendemos que la configuración y posterior forma de utilización del mismo sistema de presunciones de calificación en el procedimiento

---

<sup>1576</sup> ORTIZ (2018) "La calificación...", cit., p. 982.

<sup>1577</sup> ÁVILA DE LA TORRE (2012) "La calificación...", cit., p. 35.

<sup>1578</sup> Aunque considera que en el caso de las presunciones del artículo 164.2 será preciso que se acredite tanto la concurrencia de alguno de los presupuestos como la "imputación" de los mismos al deudor, y que en nuestro concepto estimamos quiso señalar el término "culpabilidad", así, HERNANDO (2013) *Calificación...*, cit., p. 40.

concurzal de la persona física puede tener como consecuencia límites injustificados al objetivo de alivio del deudor contenido en el principio del fresh start<sup>1579</sup>.

Así las cosas, entendemos que no debiera existir una vinculación estricta entre las causales de calificación del concurso del apartado 2 del artículo 164 y del artículo 165 y las consecuencias que en materia de exoneración de deudas se generan para el deudor a partir del artículo 178 bis.3.1º. En tal contexto, comprendemos que un adecuado establecimiento de un mecanismo de evaluación de la buena fe contractual de la forma en que lo hemos configurado respondería de manera adecuada al objetivo de otorgar alivio al deudor que se lo merezca desde la óptica del principio del fresh start; toda vez que a través de tal evaluación, sería factible establecer una discriminación justa de los deudores que efectivamente se encuentren en mala fe y aquellos que no, a efectos de permitir su acceso al procedimiento concursal o, en la redacción actual de la LC, a la fase de exoneración de deudas.

Sin perjuicio de lo anterior, y en la medida que ello no sea adoptado prontamente por el legislador, se hace del todo necesario: primero, diferenciar aquellas causales que realmente podrían dar cuenta de una mala fe contractual del deudor; y segundo, aceptar la comprensión de que aunque la norma del artículo 164.2 establezca presunciones *iuris et de iure*, ello no obsta a que en el terreno de la exoneración de deudas la culpabilidad del deudor en el resultado deba necesariamente acreditarse, con la finalidad de evitar situaciones en las que una presunción de concurso culpable impida de manera absoluta el acceso al alivio de un deudor que en modo alguno ha tenido culpa en un resultado de insatisfacción de sus acreedores. Para efectos de reforzar lo anterior, es del todo descriptivo de esta necesidad lo indicado por cierta doctrina<sup>1580</sup> que, aunque no vinculando su discurso a los efectos de la calificación en torno a la exoneración de la deuda, expresa que se precisa una reinterpretación cuya consecuencia sería considerar que el hecho de producirse la circunstancia enunciada en alguna de las presunciones podría no tener como consecuencia necesaria la calificación negativa del concurso, pues

---

<sup>1579</sup> A una conclusión similar en torno a las consecuencias desfavorables del tratamiento de las causas de calificación expresas del artículo 164.2 de la LC llega GUERRA MARTÍNEZ, Aurelio (2016) *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos contables*, Navarra: Editorial Thomson Reuters, p. 38.

<sup>1580</sup> GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., p. 39. De igual manera, citando al anterior, ÁVILA DE LA TORRE (2012) "La calificación...", cit., pp. 37, agregando que no permitir la defensa de la no imputación al deudor de una determinada conducta supone desvirtuar el régimen de presunciones previsto para facilitar la valoración del supuesto de hecho y no tanto la imputación del mismo. Así mismo, MACHADO (2006) *El concurso...*, cit., p. 98.

cabría que el deudor alegara y consiguiera prueba que le permita acreditar que los hechos no le son imputables, esto es, que no ha tenido culpa o dolo en los mismos.

### **2.3. La causal genérica de calificación como posible fórmula de evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física.**

Sentada la incongruencia de la regulación de las causales específicas de calificación del concurso en relación a la exigencia de buena fe contractual en el concurso de la persona física, nos preguntamos si la causal genérica de calificación del concurso responde a una adecuada evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física en respeto del principio del fresh start.

Para un mayor provecho de las consideraciones que efectuaremos de aquí en más, y a modo de precisión previa, recuérdese que dábamos cuenta de la importancia de una adecuada evaluación de la buena fe contractual con la finalidad de que el objetivo de prevención del abuso del deudor no se extienda de manera indiscriminada y caprichosa, como pudiere ser a través de causales de periodos de bloqueo. Y ello se aprecia con mayor claridad cuando, según lo que hemos constatado, recordamos que la causal genérica de calificación del concurso, y por tanto de rechazo absoluto de la exoneración, es abierta y, eventualmente, susceptible de llenar de contenido por la acción jurisprudencial a través de una interpretación analógica.

#### ***2.3.1. Necesidad de comprensión de la presunción de la buena fe del deudor como punto de partida del sistema.***

Al analizar la institución de la calificación del concurso podemos apreciar que, poniendo atención en los presupuestos respecto de los que procede, parte de una presunción de lesión grave de los intereses de los acreedores que se contrapone a los rasgos de la buena fe contractual, en la cual es la buena fe del deudor la que se presume. Desde esta comprensión, sucede que en la normativa destinada al deudor persona natural de la LC no solo la buena fe no se presumen<sup>1581</sup>, sino que se presumiría su mala fe a efectos de iniciar el trámite de calificación. En efecto, se ha destacado<sup>1582</sup> que la fase de calificación del concurso, en relación a la limitación de los casos de apertura de

---

<sup>1581</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 208.

<sup>1582</sup> MACHADO (2006) *El concurso...*, cit., p.76.

la pieza de calificación, debe comprenderse también dese la función preventiva que cumple la figura concursal de esencial naturaleza sancionatoria<sup>1583</sup>.

La fase de calificación se abrirá cuando, en el entendido del legislador, existan indicios de que los acreedores han sufrido lesión de sus intereses<sup>1584</sup>. Aunque la actual redacción de la LC contempla casos en que no se procederá a la formación de la sección de calificación<sup>1585</sup>, la esencia sancionatoria se mantiene presente en los casos en que el legislador entiende que existe lesión de intereses de los acreedores. En efecto, a través de una comprensión sistemática de los párrafos primero y segundo del artículo 167.1, se llega a la misma comprensión que existía con la originaria versión de la norma. De allí que, aunque el legislador no lo reconozca expresamente, sea una presunción de mala fe respecto del deudor la que gobierna la institución. En efecto, comprendiendo que tanto un acuerdo en el que las quitas se han acordado en más de un tercio y las esperas en más de tres años, así como una liquidación, dependen en esencia de la situación patrimonial del deudor y sus posibilidades de pagos de los crédito a sus acreedores; al estimar que tales circunstancias, de partida y por el solo hecho de producirse, generan lesión a los intereses de los acreedores que justifica la apertura de la sección de calificación, se está queriendo decir que ha sido el deudor el que ha propiciado la lesión en los intereses de sus acreedores a través de un acuerdo o liquidación que, siendo las únicas alternativas posibles, les irroga una pérdida patrimonial por insatisfacción de parte o una gran cantidad de sus créditos. En este sentido, se ha criticado<sup>1586</sup> que la LC parte del principio *decoctor ergo fraudator*, señalándose que siendo la regla general la formación de la sección de calificación, y no la excepción como pretendería hacer creer la LC al utilizar las expresiones "se reserva" y "se limita" en su exposición de motivos, al exceptuarse su apertura solo si se alcanza un convenio con quita inferior a un tercio o espera inferior a tres años, a sensu contrario ello quiere decir que el legislador considera especialmente gravosa cualquier solución concursal que supere tales umbrales; donde además la apertura de la sección se hace depender de cuál haya sido el tipo de solución concursal, como si solución concursal alcanzada y conducta del concursado guardaran una necesaria conexión causal.

---

<sup>1583</sup> Tal carácter sancionatorio de la sección de calificación también lo comprende DÍEZ-PICAZO (2015) "La extraña...", cit., pp. 2234 y 2235.

<sup>1584</sup> En la redacción originaria de la norma, así, MACHADO (2006) *El concurso...*, cit., p.75 y GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2004) "Artículo 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid: Thomson Civitas, p. 2518.

<sup>1585</sup> GARCÍA-CRUCES (2016) "La calificación... y responsabilidades...", cit., p. 1363.

<sup>1586</sup> DÍEZ-PICAZO (2015) "La extraña...", cit., p. 2233.

Ahora bien, ¿bajo qué respectos podemos considerar que en caso de un acuerdo en el que se han fijado quitas por más de un tercio y esperas por más de tres años, e incluso, en caso de cualquier liquidación, a priori el deudor necesariamente ha pretendido una situación de menoscabo de los intereses de sus acreedores?, ¿qué justifica que en caso de deudores que no tienen capacidad de pago alguna, y donde la opción de un acuerdo con tales características haya sido libremente aceptado por los acreedores, o donde no queda otra opción más que la liquidación y una consecuente exoneración de deudas, se parta de la base de que tal deudor necesariamente es de mala fe?. A nuestro juicio, desde el punto de vista del deudor, ninguna; y desde el punto de vista del acreedor, solo una, el interés obstinado de la legislación concursal por dar satisfacción a los acreedores<sup>1587</sup> a toda costa<sup>1588</sup>, aún en deterioro de los intereses de alivio del deudor persona física<sup>1589</sup>.

### ***2.3.2. La calificación del concurso no se aplica a todo deudor que logra llegar a la fase de exoneración.***

Respecto a los casos de calificación del concurso, sucede que la causal de conclusión del concurso por insuficiencia de masa no es contemplada como circunstancia en la que necesariamente deberá abrirse la fase de calificación. En atención a ello, podría suceder que en aquellos casos, no poco frecuentes, en que se constate insuficiencia de masa del deudor en el procedimiento concursal, la falta de una calificación del concurso posibilite que deudores en mala fe contractual puedan acceder a la exoneración<sup>1590</sup>. En este contexto, la norma del apartado 3 del artículo 176 bis subsana esta dificultad obligando al administrador concursal a presentar un informe al juez del concurso en el que "afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable"<sup>1591</sup>. Con ello la LC busca prever que la conclusión del concurso por insuficiencia de masa posibilite la exoneración a deudores que eventualmente se lo merezcan.

---

<sup>1587</sup> DOMÍNGUEZ CABRERA (2012) "La posición...", cit., pp. 104 y 115.

<sup>1588</sup> Esto se desprende de lo señalado por DÍAZ MARTÍNEZ (2009) "Presupuestos...", cit., p. 21.

<sup>1589</sup> Ello se colige además por lo señalado en el Preámbulo de la LSO, I, p. 6, en el cual, al referirse a la descarga de la deuda y tras citar la fórmula contemplada por las Siete Partidas, expresa que "[...] se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores [...]"

<sup>1590</sup> En esta interpretación, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 87.

<sup>1591</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 180; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 209 y 210.

Ahora bien, aunque la norma establece que la administración concursal deberá "razonar" el hecho de que el concurso no será calificado de culpable, el problema que entendemos subyace a la regulación es que la labor de evaluar la conducta del deudor previa al procedimiento concursal no se deja al juez, el cual, comprendemos, debiere ser el indicado para determinar en qué casos un deudor será sancionado con la privación absoluta del derecho al alivio con justificación en la mala fe que hubiere tenido con anterioridad al concurso.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha estimado<sup>1592</sup> que, debido a que la legislación concursal reserva la fase de calificación solo a los casos de acuerdos lesivos para los acreedores, pudiere suceder el caso en que determinados deudores que no hubieren alcanzado un acuerdo cuya quita supere los dos tercios o las esperas superen los tres años, no se sometan a una evaluación de culpabilidad del procedimiento concursal<sup>1593</sup>. Y lo propio ocurrirá cuando el procedimiento concursal se hubiere iniciado a través de un acuerdo extrajudicial de pagos, en el cual no existiría una evaluación inicial de la culpabilidad del deudor en torno a la insolvencia<sup>1594</sup>.

De acuerdo a lo anterior, el hecho de que la calificación del concurso opere solo al final del procedimiento concursal, como forma de discriminar a los deudores que podrán o no acceder a una fase de exoneración que la misma LC concibe como ajena al concurso propiamente tal, incide en que el objetivo de prevención del abuso pretendido por el legislador al tiempo de establecer la regulación no se extienda a todas las fases del procedimiento concursal. Pareciere ser que el legislador español tiene presente el objetivo de prevención del abuso pero solo hasta cierta medida, la cual es coincidente con el punto en que los acreedores pueden cobrar. Solo así se explica que el legislador no contemple una evaluación de la buena fe contractual en las fases de convenio y liquidación, e incluso lo haga de manera inadecuada en la etapa de AEP previa al concurso; pasando por alto que todo el moderno procedimiento concursal de la persona física apunta al establecimiento de herramientas que fomentan el alivio del deudor; alivio que, en armonía con el principio del fresh start, no puede estar dado a los deudores que careciendo de buena fe contractual, tienen recursos y/o bienes para hacer frente a las obligaciones en fases netamente destinadas al pago. En este punto, podemos

---

<sup>1592</sup> BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 139.

<sup>1593</sup> En esta misma idea, GARCÍA-CRUCES (2016) "La calificación... y responsabilidades...", cit., 1364.

<sup>1594</sup> Concordante con nuestra estimación, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 241; SANJUÁN Y MUÑOZ (2015) "El concepto...", cit., p. 783 y BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 141.



inferir que en la visión del legislador la idoneidad de un deudor para el procedimiento concursal de la persona física pasa solo por el hecho de que pueda pagar a sus acreedores.

### ***2.3.3. Necesaria comprensión del resultado antijurídico y de los deberes de cumplimiento del deudor.***

El dolo o la culpa grave que contempla la LC en la cláusula general de calificación del concurso está vinculada a la insolvencia<sup>1595</sup>. En efecto, para comprender que ha existido culpa que motiva la calificación del concurso y, como consecuencia, la mala fe del deudor que posibilita el rechazo de la exoneración, la LC exige que el deudor hubiere buscado con dolo o intención manifiesta un estado de insolvencia, o bien, que el estado de insolvencia se hubiese generado por negligencia grave. Así las cosas, la LC comprende que el dolo o la culpa grave, para efectos de calificación y, consecuentemente para rechazar la exoneración por mala fe del deudor, debe existir para la insolvencia misma, sea en cuanto a alcanzarla o en cuanto a agravarla.

La cuestión del agravamiento del estado de insolvencia no nos parece que conlleve mayor problema, desde que cualquier actuación dolosa o con manifiesta negligencia por parte del deudor una vez la misma se hubiere generado, constituirá una actuación contraria a la probidad o rectitud con respecto a los intereses del concurso y los acreedores, circunstancia que revela una mala fe del deudor.

El problema nos parece que se encuentra en torno a la generación del estado de insolvencia. Ello puesto que aunque puede existir dolo o culpa grave por parte del deudor en la generación de un estado de insolvencia, nos surge la duda en torno a si tales circunstancias podrían ser constitutivas de una mala fe propiamente tal del deudor que posibilite o justifique un rechazo de la exoneración de la deuda residual. La cuestión que surge de esto es si el dolo en la insolvencia y la culpa grave en la insolvencia podrían ser estimados como manifestaciones de mala fe del deudor desde el punto de vista de las finalidades y objetivos de la institución del rechazo del alivio con fundamento en la prevención del abuso del deudor.

Cuando la norma habla de que en la generación del estado de insolvencia "hubiere mediado" dolo o culpa grave está queriendo decir que el deudor ha de haber tenido una intención o ha debido llevar a cabo una conducta gravemente negligente que

---

<sup>1595</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 3; FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 210.

tuviera como resultado la insolvencia. De acuerdo a esto, dolo en la insolvencia significa que exista intención o conocimiento por parte del deudor de que su conducta le llevará a un estado de insolvencia; mientras que culpa grave en la insolvencia comporta que una conducta gravemente negligente hubiere desembocado en la insolvencia del deudor. Así las cosas, y bajo estos supuestos, entendemos que la norma estima que el dolo o la culpa grave ha de recaer no en el perjuicio de los acreedores, sino en el hecho mismo de la insolvencia.

En efecto, comprendiéndose que el juicio de reprochabilidad pondera la actuación del deudor en la administración de su patrimonio<sup>1596</sup>, teniendo en cuenta que, de acuerdo a la doctrina, el dolo exigido en torno a la calificación del concurso no es sinónimo de *animus nocendi*, esto es, una intención manifiesta de perjudicar, sino refiriéndose a la voluntaria actuación de una persona que conoce o puede conocer el resultado perjudicial de sus actos<sup>1597</sup>, y atendido a que el resultado no querido por el legislador es la insolvencia<sup>1598</sup>; podría estimarse que la conducta del deudor respecto de la que cabría juicio de reprochabilidad no siempre dirá relación con un perjuicio causado directamente a los acreedores —en donde la actividad dolosa o culposa del deudor diga relación con un resultado de efectivo perjuicio al interés de los acreedores—, sino que en torno la insolvencia misma en el entendido de que tal estado es *per se* un daño; un daño que, entendemos, si bien se extiende a los acreedores, también repercute de manera negativa como perjuicio en la propia vida del deudor. Como daño en sí misma, la insolvencia no es sinónimo de daño exclusivo a los acreedores, puesto que, atendido los múltiples bienes jurídicos protegidos con la sección de calificación, se desprende que la misma bien puede entenderse que podría afectar al mercado, al interés general, a la sociedad e incluso al mismo deudor.

Pues bien, en atención a que el estado de insolvencia es en esencia el estado antijurídico, esto es, aquello que el legislador pretende evitar, y comprendiéndose que ello es así debido a una multiplicidad de bienes jurídicos que se pretende proteger, inclusive solo desde el punto de vista de la institución de la calificación del concurso; a través de una actuación que afecta su estado patrimonial, dependería entonces de si el dolo o la culpa del deudor han recaído en la vulneración del específico bien de protección de los intereses de satisfacción de los acreedores comprendido en el estado

---

<sup>1596</sup> MACHADO (2006) *El concurso...*, cit., p.79.

<sup>1597</sup> Así, DÍAZ E. (2015) *Calificación...*, cit., p. 67; DÍAZ MARTÍNEZ (2009) "Presupuestos...", cit., p. 44; MACHADO (2006) *El concurso...*, cit., p.88; BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 149.

<sup>1598</sup> Así, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 212.

antijurídico, para entender que, desde la configuración de la mala fe contractual, ha actuado con abuso.

La cuestión anterior no es un tema menor, especialmente desde que como hemos señalado, la mala fe contractual, al igual que la calificación del concurso, también estaría configurada por el elemento subjetivo de culpa del deudor<sup>1599</sup>. Sabiendo que la culpa del deudor en materia de configuración del abuso ha de haber recaído en la insatisfacción de sus acreedores, sería posible remarcar la diferencia que entendemos surge cuando contraponemos la mala fe contractual configurada por culpa del deudor a la calificación del concurso por culpa. En efecto, mientras la primera requiere que la culpa se encuentre en el resultado perjudicial para los acreedores, la segunda requiere que la culpa se encuentre en el resultado del estado de insolvencia. La diferencia es del todo importante para las aspiraciones de alivio del deudor, toda vez que aunque la insolvencia sea causada por una actividad en la cual hubiere existido culpa por parte del deudor, ello no necesariamente podría hacerse sinónimo a una culpa en el perjuicio por insatisfacción de los acreedores exigido por la configuración de mala fe contractual por abuso del deudor. Entendiendo nosotros que la insolvencia puede ser causada por múltiples circunstancias, una de ellas, y la única en el espectro eminentemente voluntario, el abuso del deudor; en la configuración del abuso, aunque la culpa en el perjuicio por insatisfacción de los acreedores conlleve una situación de insolvencia, ante lo cual podemos hablar de que el abuso ha sido causa de la insolvencia, podría estimarse que lo contrario no es posible de presuponer, donde una culpa en la insolvencia no necesariamente conllevaría una culpa en la insatisfacción de los acreedores.

Sentada la anterior precisión, podría estimarse una contraria partiendo del concepto de insolvencia. A saber, la insolvencia es definida como el estado patrimonial del deudor en el que no puede cumplir regularmente sus obligaciones<sup>1600</sup>. Comprendiendo que siempre que exista estado de insolvencia en el deudor, por esencia del concepto, existirá también un detrimento patrimonial de los acreedores<sup>1601</sup>, entendemos que el detrimento patrimonial de los acreedores es inherente a la insolvencia.

---

<sup>1599</sup> BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 138, aunque no se pregunta si la calificación del concurso cumple los parámetros de una adecuada evaluación de la buena fe contractual, parte del presupuesto de que la sección de calificación lo cumpliría, al entender que a través de ella se posibilita la determinación del carácter culpable del concurso.

<sup>1600</sup> Exposición de Motivo de la LC, II, p. 6.

<sup>1601</sup> Así lo comprende DUQUE (2004) "Sobre el concepto...", cit., p. 1006.

Así las cosas, en relación a la responsabilidad del deudor en el estado de insolvencia, se tiene que como el estado de insolvencia conlleva necesariamente un detrimento patrimonial de los acreedores<sup>1602</sup>, siempre que exista dolo o culpa en la insolvencia, en estricto rigor habrá dolo o culpa en el detrimento patrimonial de los acreedores y, por tanto, dolo o culpa en la insatisfacción de acreedores, esto es, perjuicio. Creemos que en este contexto se estaría refiriendo quien expresa<sup>1603</sup> que, debiendo pasar el deudor por un test de *discharge*, quedan excluidos del beneficio de exoneración los casos en que concurren comportamientos que pueden generar o agravar el estado de insolvencia y en la que subyace la conciencia del deudor de su delicada situación económica y una voluntad de perjudicar el interés de los acreedores.

Desde este entendimiento, coincidiría pues la causa genérica de calificación del concurso con una evaluación de la buena fe contractual del deudor, puesto que siempre que el deudor hubiere actuado con dolo o culpa en la insolvencia, esto es, con dolo o culpa en el detrimento patrimonial de los acreedores, estaríamos hablando del elemento configurador de la mala fe contractual, el abuso del deudor. En esta concepción, la falta de culpabilidad del deudor sería sinónimo de falta de mala fe contractual, y por tanto, de buena fe contractual. La evaluación de la conducta del deudor en virtud de la causal genérica de calificación respondería a una evaluación de la buena fe contractual, puesto que siempre que no exista dolo o culpa en la insolvencia de parte del deudor, diremos que no existe abuso, y en tal sentido al tiempo de comprender falta de culpabilidad en la insolvencia estaríamos hablando de su falta de mala fe contractual. En este contexto, se ha entendido<sup>1604</sup> que la evaluación que se hará en atención a la causal genérica de calificación del concurso dirá relación con la apreciación de la concurrencia de hechos reveladores de un sobreendeudamiento activo, cuestión que como pudimos ver con anterioridad, es constitutivo de abuso por parte del deudor. Por otro lado, se ha entendido que la definición de concurso culpable, en relación a la insolvencia del consumidor, resulta una definición muy ligada a la de sobreendeudamiento activo o culpable<sup>1605</sup>; perspectiva desde la cual la definición de concurso culpable en virtud de la

---

<sup>1602</sup> Así por ejemplo, en torno a un entendimiento que correlaciona de manera lógico-jurídica la insolvencia con el perjuicio del derecho de crédito, ORDUÑA MORENO, Francisco (2015) "La moderna configuración de la acción rescisoria por fraude de acreedores: aplicación sistemática y concursal", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 1920 y 1921.

<sup>1603</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 3.

<sup>1604</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 8.

<sup>1605</sup> BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 155.

causal genérica, entendemos en la visión del autor, respondería a la exigencias de la definición de sobreendeudamiento activo.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque esta configuración es sencilla de comprender, no es tan sencillo entender que en la norma del artículo 164.1 lo que se exige es que el dolo y la culpa han de recaer en el detrimento patrimonial del deudor. En efecto, ya hemos dicho que la disposición exige que el dolo y la culpa concurran en el hecho de la insolvencia, la cual, si bien contempla intrínsecamente un perjuicio a los intereses de los acreedores, también atenta a otros bienes jurídicos protegidos. Por su parte, la mayoría de los autores aluden a que el nexo causal de la conducta dolosa o culposa del deudor ha de tener como resultado la generación o agravación de la insolvencia, sin especificar de manera precisa en qué consistiría el reproche que efectúa la legislación, o si quiera, el deber específico respecto del cual el deudor persona física debe tener el debido cuidado de cumplir y, de esta forma y de mayor importancia, el resultado concreto que se pretende evitar<sup>1606</sup>. En este sentido, entendemos con acierto, se señalaba<sup>1607</sup> que no se trata de proceder a una valoración negativa, *per sé*, del estado de insolvencia mismo, sino que comprender los intereses que resulten afectados como consecuencia de la realidad del hecho que deriva de la conducta del deudor que es objeto de calificación, hecho el cual provoca una plural afección de intereses que no es otro que el estado de insolvencia. Tal idea bien puede verse relacionada con las consideraciones de cierta doctrina<sup>1608</sup>, para quien, en la comprensión de la exigencia de buena fe en el modelo francés, entendemos subyace a sus planteamientos la idea de que aunque exista sobreendeudamiento activo, atendido a las circunstancias propias del deudor, bien podría hablarse aún de buena fe en su persona.

Considerando los efectos de la sentencia de calificación, se ha señalado<sup>1609</sup> que la finalidad de la calificación, además de ser un mecanismo para depurar las responsabilidades de orden civil de los sujetos actores y cómplices, sería también asegurar que las resultas de tal enjuiciamiento redunden en beneficio del propio concurso, donde el resultado esperado sería que no existiese un perjuicio a la masa, más que a los acreedores directamente. Por otro lado, aunque alguna doctrina<sup>1610</sup> vislumbra

---

<sup>1606</sup> De esta forma, HERNANDO (2013) *Calificación...*, cit., p. 29.

<sup>1607</sup> GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., p. 108.

<sup>1608</sup> PULGAR (2008) "Concurso...", cit., p. 6.

<sup>1609</sup> GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., pp. 19 y 20.

<sup>1610</sup> GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., pp. 40 a 41, aunque lo expresa para referirse a los casos en que el resultado sea irrelevante, entendemos el trasfondo de su razonamiento puede extenderse a

la problemática planteada, atendido a la exigencia de dolo o culpa grave en un resultado perjudicial derivado de la conducta del deudor, que en ciertos casos tal precisión podría conllevar que el juicio de reproche del deudor quedara excluido, no aclara cuál sería el resultado específico que la norma pretendería evitar. Por otro lado, aunque del discurso de alguna doctrina<sup>1611</sup> se desprende la importancia de que para la calificación del concurso debiere ser comprendida la idea de que la conducta dolosa o culposa haya llevado al resultado de la insolvencia, no deja suficientemente claro si el deber al que alude se refiere a la insolvencia o a otro que pudiere estar comprendido en el resultado de la insolvencia.

Lo anterior, por otro lado, determina que existan problemas de atribución de la responsabilidad al deudor, los cuales no solo se manifiestan en que no hay un criterio específico en la jurisprudencia que posibilite definir tales cuestiones, sino que tampoco se encuentran configurados de manera precisa todos los elementos necesarios que configuran o constituyen la responsabilidad del deudor. En efecto, y a modo de ejemplo, es posible constatar problemas de determinación y atribución de la responsabilidad del deudor cuando observamos que la jurisprudencia en algunas oportunidades estima la procedencia de la misma con la sola constatación de la existencia del nexo causal entre la conducta y la generación de la insolvencia, sin discutir en torno a la culpabilidad del deudor y respecto a cuál es en concreto el resultado que se reprocha en el juicio.

Por otro lado, la falta de delimitación clara en torno al resultado que se pretende evitar significa inconsistencia en torno al daño o perjuicio mismo que la LC pretende evitar y respecto del cual debiere ser valorada la culpabilidad del deudor<sup>1612</sup>. Y esto se hace más claro desde que la misma norma del artículo 172.2.3º, que expresa que en la sentencia de calificación el juez deberá pronunciarse respecto de la indemnización de los daños y perjuicios causados, no deja claro cuáles serán los daños y respecto de quién

---

todo caso en el que aun existiendo dolo o culpa grave no se genere el resultado que la norma pretende evitar; resultado al cual nos referimos como no aclarado.

<sup>1611</sup> ÁVILA DE LA TORRE (2012) "La calificación...", cit., p. 33, aunque destaca la importancia de que la conducta dolosa o culposa del deudor ha de mediar en la causación o agravación de la insolvencia, con lo cual pareciere comprender que el resultado no querido sería la propia insolvencia, luego expresa que es tal la interpretación que sería coherente con la idea que preside a la normativa, conforme a la cual la conducta del deudor y el incumplimiento doloso o culposo de los deberes es el que califica el concurso como culpable; que es donde surge la duda en torno a cuál sería este deber. Lo mismo se desprende de GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., p. 31.

<sup>1612</sup> ROMERO (2014) *La calificación...*, cit., p. 67, al referirse a la causal genérica expresa que el segundo de los requisitos es el daño por el que se ha generado o agravado la insolvencia, con lo cual no queda claro si el daño es la insolvencia misma u otro daño que a través de la misma el deudor quisiera o pudiera haber previsto que causaría.

o qué han de ser causados. En este sentido, se han evidenciado<sup>1613</sup> distintos criterios en torno al perjuicio, señalándose que la doctrina y jurisprudencia sostendrían dos interpretaciones: por un lado, una amplia que comprende todo perjuicio causalmente conectado con la conducta; y por otro, una que restringe los daños solo a los causados a la masa activa del concurso<sup>1614</sup>; e incluso en este caso no comprendiendo que el daño a la masa activa es comprensible de un daño particularmente causado a un acreedor<sup>1615</sup>. Por otro lado, se ha señalado que el daño que se entiende subyacente a la norma de la causal genérica de calificación es la insolvencia misma<sup>1616</sup>.

De todo lo anterior, tenemos cuidado en señalar que la regulación de la causal genérica de calificación del concurso pareciera ser que no responde a una evaluación de la buena fe contractual del deudor; puesto que para ser entendida como tal, es preciso tener en cuenta los elementos que hemos planteado previamente y las precisiones que nos han permitido modelar la causal genérica de calificación a una adecuada forma de evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física. Lo contrario significa responder que la causal genérica de calificación del concurso no responde a una adecuada evaluación de la buena fe contractual.

#### ***2.3.4. Necesaria comprensión de un modelo de evaluación en concreto de la buena fe contractual del deudor.***

La norma del apartado 1 del artículo 164 exige culpa grave o dolo. En el entendido del legislador, solo una conducta que no sea apegada a la actividad que hubiese llevado a cabo el hombre más imprudente podría entrar en el ámbito de la negligencia requerida para responsabilizar al deudor en la generación del estado de insolvencia. De acuerdo a esto, tanto la culpa leve como la levísima quedan fuera del ámbito de aplicación de la calificación del concurso en virtud de esta causal genérica<sup>1617</sup>.

---

<sup>1613</sup> HERNANDO (2013) *Calificación...*, cit., p. 68.

<sup>1614</sup> En esa interpretación, GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., p. 165.

<sup>1615</sup> Así, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, de 14 de marzo de 2017, fundamento de derecho séptimo. Por su parte, dando cuenta de las interpretaciones en la concepción amplia y restringida, ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes (2012) "Los efectos patrimoniales de la calificación culpable del concurso", en García Cruces, José Antonio (director), *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra: Thomson Reuters Civitas, pp. 207 a 210.

<sup>1616</sup> DÍAZ MARTÍNEZ (2009) "Presupuestos...", cit., p. 48; DÍAZ E. (2015) *Calificación...*, cit., pp. 73 y 74.

<sup>1617</sup> ÁVILA DE LA TORRE (2012) "La calificación...", cit., pp. 31 y 32; DÍAZ MARTÍNEZ (2009) "Presupuestos...", cit., p. 44.

Respecto a las exigencias de la norma, se ha estimado<sup>1618</sup> que fuera del campo de la sección de calificación, a la hora de juzgar el juez la procedencia de la exoneración del pasivo pendiente, carece de margen de maniobra al haberse objetivado el concepto de lo que para el legislador español es la buena fe. Desde esta visión, comprendemos que la calificación del concurso se presentaría como excesivamente automática; la cual, en virtud de sus circunstancias expresas y debido a que la cláusula genérica solo permite una evaluación en el plano del dolo y la culpa grave, no permitiría una adecuada evaluación de la buena fe en casos dudosos<sup>1619</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque las preocupaciones planteadas inciden en efecto en el tema de la prevención del abuso por parte del deudor, entendemos que en atención a la literalidad de las exigencias planteadas por la norma, no se toma en consideración el parámetro de conducta que una adecuada evaluación de la buena fe contractual comprende.

De lo que venimos planteando se desprende que el juicio de culpabilidad considerado por la norma del artículo 164.1 comprende una concepción normativa de culpa, atendido a que el estándar de conducta esperado por la norma estaría dado desde el ámbito externo del individuo deudor<sup>1620</sup>. En efecto, en torno a la culpabilidad exigida por el artículo 164.1, se observa que la norma solo comprende la culpabilidad del deudor en caso de que la conducta hubiera sido asumida con dolo o culpa grave, lo cual significa que la disposición estaría contemplando como causales de calificación aquellos casos en que el deudor no ha cumplido el menor grado de diligencia<sup>1621</sup>. En torno a la culpa grave, se señala<sup>1622</sup> que constituirán supuestos de negligencia grave aquellos en los que no se hayan observado las reglas de diligencia exigibles en la gestión de los negocios, derivando tal inobservancia en una generación o agravación del estado de insolvencia. De todo ello se desprende que, en torno a la adopción de un canon de

---

<sup>1618</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 31; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 14.

<sup>1619</sup> Entendemos que en esta misma interpretación se encuentra, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 90, para quien lo determinante sería una comprensión de la buena fe objetiva (así lo contempla en pp. 111 y 112) desde la cual, no obstante, el parámetro de evaluación de la conducta es externo al individuo.

<sup>1620</sup> Ello puede verse corroborado por lo señalado por FRAU I GAIÀ (2014) *La calificación...*, cit., p. 27, nota al pie N° 17, al expresar que "La culpa grave equivale a la omisión de la diligencia debida del artículo 1104 del Código Civil y, más específicamente en tanto que nos hallamos en un ámbito mercantil, a la omisión de la diligencia media de un empresario ordenado (artículo 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital)".

<sup>1621</sup> De igual manera, HERNANDO (2013) *Calificación...*, cit., p. 26; ÁVILA DE LA TORRE (2012) "La calificación...", cit., p. 31.

<sup>1622</sup> ROSENDE (2010) "Artículo 163...", cit., p. 562.



conducta constitutivo de elemento de comparación para la evaluación de la conducta del deudor, se aprecia que el criterio de referencia utilizado por la norma es el de la diligencia de un ser humano medio y razonable<sup>1623</sup>. Por su parte, en relación al dolo, se ha señalado<sup>1624</sup> que equivale a la intencionalidad y consciencia del deudor de que la actuación concreta dará origen o agravará la insolvencia.

Al exigir la norma culpa grave para calificar el concurso de culpable, en estricto rigor está estableciendo un estándar específico respecto del cual será contrastada o comparada la conducta para, a partir de esta comparación, estimar si la actividad llevada a cabo por el deudor se ajustó o no al parámetro previamente determinado, y en caso negativo, estimar la falta de cuidado o negligencia requeridos por la norma para comprender que el deudor ha sido responsable en la generación de su estado de insolvencia. Comprendiendo que este parámetro específico de conducta, aunque muy disminuido atendido un nivel menor de diligencia exigido por parte del legislador, en efecto se constituye en una medida de comparación en abstracto de la conducta del deudor<sup>1625</sup>, no comprende una evaluación en concreto de la conducta en relación a sus propias circunstancias.

Desde tales consideraciones, respecto al tema del parámetro de conducta exigido al deudor, la causal genérica de calificación del concurso no responde a una adecuada evaluación de la buena fe contractual, puesto que el parámetro en abstracto que contempla para determinar si el deudor ha tenido dolo o culpa significa una desventaja para determinados casos y deudores, toda vez que impone una barrera cuasi automática que limita el acceso a la fase de exoneración y, en consecuencia, al alivio del deudor; y por otro, fomenta que casos oscuros en que pudiere existir mala fe contractual de parte del deudor accedan a la fase de exoneración.

A modo de ejemplo, comprendemos descriptivo de esta problemática una interpretación dada a la exposición de motivos de la InsO en torno a la justificación

---

<sup>1623</sup> Así lo estima GARCÍA-CRUCES (2004) *La calificación...*, cit., p. 32 y GARCÍA-CRUCES (2004) "Artículo 164...", cit., p. 2523. Ello se colige también de lo señalado por BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., pp. 150 y 151.

<sup>1624</sup> MACHADO (2006) *El concurso...*, cit., p.89.

<sup>1625</sup> Aunque DE MIQUEL B., Juli (2012) *La pieza de calificación del concurso de acreedores*, Barcelona: Editorial Bosch, p. 61, entiende que la diligencia exigida no es simplemente la de un buen padre de familia sino aquella que exige la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, de todas formas comprendemos que apela a una valoración en abstracto de la conducta, puesto que estima, respecto de los empresarios, administradores, liquidadores y apoderados, será aquella que deriva de las obligaciones que respecto de ellos señale la legislación mercantil. De la misma manera, ÁVILA DE LA TORRE (2012) "La calificación...", cit., p. 32, aunque considera la definición de la culpa en virtud del artículo 1104.1 del Código Civil, no deja claro si el parámetro de comparación será considerado en concreto o en abstracto.

otorgada por el legislador para no contemplar un bloqueo del procedimiento de alivio de la deuda residual para un deudor respecto de quien, por negligencia, le ha sido declarado inadmisibile el procedimiento de alivio. Las justificaciones de la reforma de la InsO de 2014 expresan que el objetivo del procedimiento de insolvencia y del procedimiento de alivio de la deuda residual incorporado en él es otorgar al deudor honrado la oportunidad de eximirse de sus obligaciones; y en este contexto, el alivio inminente de la deuda residual no debe denegarse a los deudores que son negligentes pero honestos con sus acreedores<sup>1626</sup>.

Si la exposición de motivos de la InsO realiza una diferenciación entre los deudores para no aplicarles un efecto desfavorable como es el periodo de bloqueo en casos en que, a pesar de existir negligencia, no exista deshonestidad; es que el legislador en estricto rigor considera que la negligencia no es sinónimo de conducta deshonesto en todo caso. Sobre esta base, se separa del concepto de deshonestidad a la negligencia del deudor.

Así las cosas, si de acuerdo a lo planteado en el apartado anterior, comprendemos que la causal genérica de calificación del concurso podría hipotéticamente responder a la configuración de una evaluación de buena fe contractual del deudor persona física si se estiman todos y cada uno de sus elementos configuradores de la forma en la que los hemos descrito, ello debiera complementarse con el entendimiento de que la culpa exigida por la norma, aunque si bien limitada a la grave, debiera comprender además una evaluación en concreto de la actividad y circunstancias personales del deudor<sup>1627</sup>. Solo de esta forma podríamos estimar que la causal genérica de calificación del concurso no solo respondería a una evaluación de la mala fe contractual del deudor, sino que lo haría de manera adecuada, esto es, considerando la diversidad de tipos de deudores y circunstancias que pudieren confluír en su persona y familia para determinar si efectivamente ha tenido una responsabilidad en su estado de insolvencia. Una adecuada configuración de la evaluación de la buena fe contractual del deudor caso por caso posibilita el cumplimiento adecuado de la exigencia contenida en el principio del fresh start de otorgar alivio solo a los deudores que se lo merecen.

---

<sup>1626</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 25.

<sup>1627</sup> Así también, aunque sin consideración de las consecuencias de la calificación del concurso en la exoneración de deudas, DÍAZ MARTÍNEZ (2009) "Presupuestos...", cit., p. 44. De igual manera, DÍAZ E. (2015) *Calificación...*, cit., p. 68; MACHADO (2006) *El concurso...*, cit., p. 90.

Finalmente, ante un eventual argumento que estime que un tratamiento caso por caso de las circunstancias del deudor impondría costos excesivos, no debemos olvidar que en atención a que el establecimiento de una normativa que posibilite el logro adecuado del objetivo de otorgar alivio al deudor que se lo merece es una exigencia del principio del fresh start, cualquier razón basada meramente en intereses políticos carece de justificación frente a la finalidad perseguida por la moderna regulación concursal de la persona física<sup>1628</sup>.

#### **2.4. Necesidad de que la evaluación de la calificación del concurso responda a los parámetros y elementos de una adecuada evaluación de la buena fe contractual del deudor.**

##### ***2.4.1. Dos ejemplos de ello: la calificación del concurso como culpable y la concesión de la exoneración de la deuda en un concurso anterior no son causales de rechazo de la exoneración en un concurso posterior.***

De acuerdo a lo que hemos planteado previamente, en la forma establecida por la causal de rechazo de la exoneración por calificación del concurso, que parte de una presunción de mala fe del deudor y que contempla una causal de calificación genérica abierta, a través de una interpretación analógica o en base al establecimiento de específicas causales de periodos de bloqueo de la exoneración, pudieren darse casos en que se incluyan circunstancias del deudor que no se circunscriben a una mala fe contractual, con el solo objetivo de limitar el acceso a la exoneración. En efecto, y a mayor abundamiento, al inicio de esta sección señalábamos que el artículo 178 bis.4, párrafo tercero, al no establecer expresamente que la solicitud de exoneración podrá ser rechazada en caso de calificación culpable de "ese mismo" procedimiento concursal, bien podría dar pie a una interpretación a través de la cual se estime que ciertas circunstancias de rechazo del acceso a la exoneración que en el apartado 3 no contemplan un específico plazo —tal como es el caso de la circunstancia de calificación del concurso— den lugar a un rechazo del acceso a la exoneración no solo en "el mismo" procedimiento, sino también en otros futuros. De allí que, además, planteábamos la importancia de un reconocimiento de la distinción entre causales de

---

<sup>1628</sup> En línea con nuestro razonamiento estimamos se manifiesta CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 29, al expresar que "El sistema [con un requisito de buena fe adecuadamente diseñado] es más justo pero probablemente generaría más trabajo a los jueces. De nuevo, la comodidad sacrifica la justicia y se reconduce la valoración de la conducta del deudor a los parámetros del concurso culpable". De igual manera, CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 753.

rechazo absoluto y temporal a la exoneración y la necesidad de derogación de las primeras.

Sentado lo anterior, se ha planteado<sup>1629</sup> que en la causal genérica de calificación deberán subsumirse otros hechos no tipificados expresamente, pero igualmente dignos de reproche, como el haber sido el deudor declarado persona afectada por la calificación culpable de otro concurso. En esta misma línea, algún tribunal<sup>1630</sup>, en aplicación de una interpretación analógica, ha estimado que el hecho de haber sido declarado culpable el concurso de un deudor conlleva el rechazo de una nueva solicitud de concurso debido a que la declaración de concurso culpable significaría un supuesto de exclusión del requisito de buena fe.

No compartimos que en la cláusula general de calificación puedan incorporarse supuestos para denegar la exoneración que no dicen relación con una mala fe contractual del deudor. Siguiendo el ejemplo que se nos proporciona, un rechazo por calificación culpable de otro concurso, inclusive del propio deudor ahora nuevamente concursado, si bien considera su conducta con anterioridad al procedimiento concursal, de acuerdo a lo que hemos podido apreciar a partir del análisis de la calificación del concurso en torno a sus fundamentos y presunciones, no necesariamente dirá relación con una conducta reprochable que pudiere afectar a los acreedores del actual procedimiento<sup>1631</sup>.

En efecto, para comprender que la conducta del deudor es coincidente con una mala fe contractual que legitima el rechazo de la exoneración, la misma debe necesariamente cumplir con todos y cada uno de los requisitos que previamente hemos señalado, especialmente aquellos vinculados al aspecto volitivo y al resultado de perjuicio por insatisfacción de los acreedores. Por muy reprochable que en principio pudiere parecer que un deudor haya sido condenado por concurso culpable, por un lado, la actividad del deudor con posterioridad a tal hecho no necesariamente significará una conducta dolosa o culposa que hubiere dado lugar a un perjuicio por insatisfacción de

---

<sup>1629</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 8.

<sup>1630</sup> La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León, de 14 de octubre de 2015, expresa que "parece obvio que el apartado 3 del art. 178 bis de la LC no ha contemplado la posibilidad de previa condena del concursado como afectado en la calificación de otro concurso culpable de una sociedad como supuesto de exclusión del requisito de la buena fe, no obstante lo cual existe total identidad de razón entre el supuesto previsto y el concurrente en el caso litigioso, y por tanto resulta de aplicación por vía analógica".

<sup>1631</sup> Coincide con esta visión, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 234 y CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 15.

los acreedores en el actual procedimiento concursal<sup>1632</sup>, donde es preciso recordar que la insolvencia y sus causales no necesariamente dicen relación con circunstancias imputables al deudor. Y por otro, la calificación del concurso anterior bien pudiere haber obedecido a circunstancias vinculadas con aquel procedimiento en lo que sería una consecuencia de una mala conducta procedimental, o bien podría haber obedecido a una mala fe contractual del deudor en la hipótesis que la evaluación que hubiese realizado el juez en aquel procedimiento hubiere adoptado la interpretación de la herramienta en función de una adecuada evaluación de la buena fe contractual del deudor.

En este segundo escenario, a su turno, si bien por un lado una mala conducta procedimental pudiere ser reprochable, especialmente en torno al incumplimiento de deberes de colaboración por parte del deudor en el procedimiento anterior, no obstante justificaría la imposición de un periodo de bloqueo aunque con propia individualidad y expresamente establecido en la legislación; y por otro, una conducta vinculada a una mala fe contractual del deudor, por una parte, habría sido ya corregida y en su caso sancionada en aquel procedimiento, y por la otra, no necesariamente significará una actividad dolosa o culposa que hubiese afectado a los acreedores del actual procedimiento concursal.

Pero es que además, y en un tercer escenario, considerando que las presunciones de concurso culpable, tal como hemos podido corroborar previamente, no necesariamente conllevan una efectiva mala fe contractual del deudor; bien podría ocurrir que un concurso anterior fuese calificado como culpable sin que necesariamente el deudor hubiese actuado con mala fe. En tal casos y en aplicación de una interpretación que permitiera ampliar las causales de rechazo de la exoneración a casos de calificación culpable en un concurso anterior, se produciría la paradoja de que en el procedimiento actual le sea rechazada la exoneración a un deudor que en realidad nunca habría actuado de mala fe.

Pues bien, considerando los escenarios planteados, a los cuales estimamos que debe poner atención el juez y el legislador, comprendemos que aunque la causal genérica de calificación del concurso es abierta, cualquier conducta que sea susceptible de evaluarse en aplicación de la misma para decidir, sea respecto de la admisión o

---

<sup>1632</sup> En esta misma conclusión parece encontrarse HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 91, nota al pie N° 54, para quien pudiere tener relevancia en la apreciación de la buena fe del deudor la calificación culpable en otro concurso cuando se proyectaren los hechos relevantes de aquella condena en el concurso, entendemos, actual.

rechazo de la exoneración, sea para el establecimiento de una causal de periodo de bloqueo, deberá analizarse en virtud de los parámetros y elementos de una adecuada evaluación de la buena fe contractual. Y ello se requiere de manera más importante si, en el ámbito de la actual regulación, sabemos que nuestra LC contempla como efecto para esta circunstancia el rechazo absoluto de la exoneración, o en otras palabras, la sanción de privación indefinida de la exoneración de la deuda residual<sup>1633</sup>.

De acuerdo a lo expresado, entendemos que es preciso efectuar las siguientes precisiones: primero, que no debe contemplarse como causal de rechazo de la solicitud de exoneración el hecho de que el deudor hubiere sido condenado por concurso culpable en un procedimiento previo. Segundo, que una eventual causal de periodo de bloqueo por incumplimiento de los deberes de colaboración o por alguna actividad particular que configure una mala conducta procedimental en un procedimiento concursal anterior puede contemplarse, pero de manera individual, expresa y en atención al elemento esencial de una adecuada evaluación de la buena fe contractual, el abuso, como parte integrante del criterio para su delimitación. Y tercero, que la causal genérica abierta de calificación del concurso debe interpretarse en función de los parámetros y elementos de una adecuada evaluación de la buena fe contractual, donde solo así podrá responder de manera adecuada al objetivo de prevención del abuso del deudor persona física para efectos de otorgar un alivio.

Ahora bien, si todo lo anteriormente señalado se cumple, y si tenemos en cuenta que los requisitos y elementos que configuran una adecuada evaluación de la buena fe contractual en la forma descrita, en su conjunto, son efectivos para prevenir el abuso, ello a su turno nos lleva a una cuarta y consecuente precisión: tampoco ha de considerarse como causal de rechazo temporal o absoluto de la exoneración a la circunstancia en que el deudor hubiese sido beneficiado con una exoneración de la deuda residual en otro procedimiento concursal<sup>1634</sup>. En este caso, téngase en cuenta que, de acuerdo a lo que hemos podido constatar, no toda insolvencia es producto del abuso

---

<sup>1633</sup> Considerando esto, somos categóricos en rechazar lo estimado por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León, de 14 de octubre de 2015, que comprende que, debido a que la norma del artículo 178 bis no sería de carácter sancionadora, bien puede aplicarse la analogía. En efecto, recordamos que según lo que hemos planteado reiteradamente a lo largo de este trabajo, la institución del rechazo de la exoneración con fundamento en el objetivo de prevenir el abuso del deudor tiene una naturaleza eminentemente sancionadora. Para ello, ver apartado I.3.2., Sección 1ª, Parte Cuarta.

<sup>1634</sup> Artículo 178 bis.3.5º.iii) LC. Mantiene la misma redacción el artículo 492.3º del PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 151.

del deudor<sup>1635</sup> y que la exoneración de la deuda alcanzada es un acontecimiento positivo que da cuenta de la buena fe y buena conducta del deudor; la cual, atendido a los objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física, no es dable por incongruente e injustificado dar un carácter negativo.

#### ***2.4.2. Especial referencia al caso del deudor que "no puede" acceder a un acuerdo extrajudicial de pagos como deudor de mala fe.***

Si ponemos atención en la norma del artículo 231, la misma viene a establecer una serie de circunstancias que, vinculadas a un cierto estado o conducta del deudor, significan en la práctica un rechazo al acceso, sea permanente, sea temporal, al AEP. En efecto, si la causal del apartado 1 se constituye en una causal de rechazo indefinido del acceso al AEP, las circunstancias 2 y 3 son causales de rechazo temporal, a modo de causales de periodos de bloqueo del acceso a la herramienta.

Nos preguntamos si se justifica que el acuerdo extrajudicial de pagos esté limitado a cierto tipo de deudores que no se encuentren en alguna de las circunstancias que especifican los apartados 1 a 3 del artículo 231, a saber: que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso; y que hubiere alcanzado dentro de los últimos cinco años anteriores a la solicitud un acuerdo extrajudicial de pagos o hubieran sido declarados en concurso de acreedores.

Aunque para la primera circunstancia y según todo lo que llevamos señalado hasta ahora es fácil responder que un criterio automático de separación entre deudores que pueden y que no pueden acceder al AEP limita de manera clara los derechos de aquellos deudores que, teniendo capacidad de pago y siendo deudores de buena fe, un acuerdo les significaría una salida al problema de la insolvencia en concordancia con el principio del fresh start; la cuestión parece ser más compleja en el caso de las circunstancias contempladas en los apartados 2 y 3 de la norma.

Para responder a esta pregunta, previamente debemos responder a la siguiente: ¿cuál es el fundamento de que el AEP sea limitado a los deudores que no incurren en alguna de las circunstancias contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 231?.

---

<sup>1635</sup> Concordantes, STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 86; WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 654; BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 226.

Comprendemos que la misma finalidad que contempla la legislación concursal para limitar el acceso a la exoneración de deudas se presenta en el límite de acceso al AEP, a saber, la prevención del abuso del deudor persona física. En efecto, estimamos que el legislador habría establecido estas limitaciones en atención a la necesidad de que el deudor no se aproveche de las ventajas que pudiere repercutirle tanto la tramitación desjudicializada, como los mayores beneficios en cuanto al contenido del acuerdo. Si desde la perspectiva de la tramitación el acuerdo es visto como una ventaja para el deudor, en el entendido que podría lograr un acuerdo fuera del ámbito jurisdiccional de manera rápida y, aunque no se reconozca así, de manera menos formalizada; y por otro lado, si en cuanto al eventual contenido del acuerdo la legislación ofrece mayores o más amplios márgenes para establecer quitas y esperas a los deudores; el legislador habría pretendido limitar el acuerdo para los deudores que, presumiblemente, pretenderían aprovecharse de tales ventajas y, como consecuencia y según nuestro concepto, abusar de la institución.

Es desde esta perspectiva que comprendemos que en la visión del legislador al tratar el requisito de acceso a la exoneración del artículo 178 bis.3.4º, aquellos deudores que no cumplen los requisitos para acceder al AEP se encuentran carentes de buena fe; constituyéndose en deudores que en función de ciertas circunstancias es presumible que puedan aprovecharse de los beneficios de la herramienta preconcursal.

La cuestión que surge de esto es si se justifica que deudores en las circunstancias contempladas en la norma del artículo 231 sean vistos como deudores carentes de buena fe para efectos de rechazar un acceso al AEP. Debemos señalar previamente que representando un mecanismo a través del cual los deudores pueden lograr un alivio al problema subyacente de la insolvencia en consonancia con el interés de satisfacción de los acreedores, el acuerdo extrajudicial de pagos se constituye en una herramienta a través de la cual es posible el logro de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física en concordancia con el principio del fresh start. Así las cosas, comprendiendo que, según hemos señalado previamente, la institución de la limitación al alivio del deudor debe circunscribirse solo a aquellas circunstancias que efectivamente constituyan un perjuicio por insatisfacción de los acreedores ocasionado con dolo o negligencia grave por parte del deudor, las circunstancias establecidas en la norma del artículo 231 generalmente no se constituirán en una conducta reprochable que justifique una privación de su derecho al alivio, toda vez que no estando presente el abuso del deudor, no existiría mala fe de su parte.



En este sentido, es preciso recordar que el abuso del deudor, en sintonía con lo argumentado previamente, se relaciona con una conducta contraria a la verdad o a la rectitud que tiene como consecuencia un perjuicio al interés del concurso y especialmente de los acreedores. Las circunstancias que escapen a esta conceptualización genérica no pueden ser consideradas como circunstancias de abuso por parte del deudor. En tal contexto, una extensión tan amplia de la sanción de privación temporal del derecho al alivio del deudor con justificación en el resguardo de intereses distintos al de prevención del abuso y resguardo de los intereses de los acreedores, determina que tal regulación carezca de justificación por no adherirse a los objetivos subyacentes a los fundamentos de la institución del rechazo del alivio del deudor.

Así las cosas, y sin perjuicio de lo que diremos respecto de la circunstancia de rechazo por condena por delito previo al final, salvo que la conducta del deudor considerada en las circunstancias en comento hubiere constituido un atentado directo a la satisfacción de los acreedores, no se justifica la comprensión de las mismas como causales de rechazo del acceso al AEP y, por iguales argumentos, a la exoneración de la deuda residual. En tal contexto, una eventual extensión de los efectos perjudiciales de la conducta del deudor a sus acreedores bien podría estimarse a través de una adecuada evaluación de la buena fe contractual del deudor al inicio del procedimiento concursal.

### **3. La labor del juez en la determinación de la mala fe contractual. Un ejemplo de la experiencia estadounidense y francesa.**

Comprendiendo que la evaluación de la buena fe contractual no necesariamente responde a una serie de circunstancias previamente determinadas por la normativa, la experiencia comparada nos muestra ejemplos en los cuales la labor del juez ha de jugar un papel preponderante a la hora de limitar el acceso a la descarga de la deuda residual con justificación en la prevención del abuso del deudor persona física.

En el derecho estadounidense, aunque si bien la manera de determinación del abuso del deudor está dada por la fórmula automática del *means test*, en los casos en que aplicada la primera fase de test la presunción de abuso no surja, o incluso si el deudor ha logrado evadir la presunción de abuso a través de la demostración de especiales circunstancias, de acuerdo a la sección 707(b)(3) del *Bankruptcy Code* el *trustee* aún podrá objetar el resultado del test cuando estimare que la aplicación del

Capítulo 7 podría haberse solicitado por un deudor de mala fe<sup>1636</sup>, o bien, cuando considerando la totalidad de las circunstancias de la situación financiera del deudor, de ello se demostrara un abuso del procedimiento concursal<sup>1637</sup>. Bajo tal disposición, y a pesar de que el deudor haya pasado el test de recursos inicial, el juez podrá hacer surgir la presunción de abuso en su contra de manera discrecional<sup>1638</sup>.

Considerando las expresiones buena fe y totalidad de las circunstancias<sup>1639</sup> de la disposición, los tribunales han debido asumir la solución de problemas interpretativos relacionados con su ámbito de aplicación.

Así pues, estimando la redacción previa a la BAPCPA que introduce el *means test*, la jurisprudencia ha considerado una diversidad de criterios interpretativos para llenar de contenido las expresiones en comento, aunque ha primado en la mayoría de los circuitos el criterio denominado "*totally of the circumstances*" o criterio de la totalidad de las circunstancias del deudor<sup>1640</sup>. En efecto, en torno al problema de la indeterminación de los factores que serán indicativos de un abuso bajo el test de la sección 707(b)(3), la jurisprudencia previa a la redacción de la norma otorgada por la BAPCPA daba cuenta de diversos enfoques interpretativos<sup>1641</sup>: el *Per se Ability to Pay*

---

<sup>1636</sup> LANDRY (2009) "The means test...", cit., p. 263, señala que habiendo pocos casos en que la corte haya rechazado un Capítulo 7 en la sola consideración de la mala fe del deudor, sin acompañarla de la apreciación de especiales circunstancias, dan cuenta de claros casos en que el deudor no era infortunado, que tenía la capacidad de pagar alguna porción de sus deudas, y ejemplos en que otorgar un alivio podría socavar el objetivo fundamental del *consumer bankruptcy law*, pareciendo que los tribunales consideran un alto estándar para establecer la mala fe, lo cual sería consistente con la interpretación anterior a la BAPCPA en que los altos tribunales limitaban la mala fe solo a casos flagrantes. En este sentido, WAXMAN, Ned W. y RUCKI, Justin H. (2008) "Chapter 7 bankruptcy abuse: means testing is presumptive, but 'totality' is determinative", en *Hous. L. Rev.*, N° 45, p. 918.

<sup>1637</sup> CULHANE y WHITE (2005) "Catching can-pay...", cit., p. 666; MURPHY y DION (2008) "'Means test'...", cit., p. 451; TABB y MCCLELLAND (2007) "Living with...", cit., p. 500; LANDRY y MARDYS (2006) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 108. Sección 707(b)(3) del U.S. Code señala que "*In considering under paragraph (1) whether the granting of relief would be an abuse of the provisions of this chapter in a case in which the presumption in subparagraph (A)(i) of such paragraph does not arise or is rebutted, the court shall consider-*

>> (A) *whether the debtor filed the petition in bad faith; or*

>> (B) *the totality of the circumstances (including whether the debtor seeks to reject a personal services contract and the financial need for such rejection as sought by the debtor) of the debtor's financial situation demonstrates abuse.*"

<sup>1638</sup> BERTLETT (2008) "Decoding...", cit., p. 101; BRAUCHER (2006) "A fresh start...", cit., p. 1317.

<sup>1639</sup> CULHANE y WHITE (2005) "Catching can-pay...", cit., p. 666, señala que los términos "buena fe" y "totalidad de las circunstancias" no son nuevos, puesto que "*Before there was a statutory means test, 'bad faith' and 'totality of the circumstances' were often used in substantial abuse cases under former section 707(b) as labels for judge-made tests of ability to pay*". En el mismo sentido, LANDRY (2009) "The means test...", cit., p. 267, TABB y MCCLELLAND (2007) "Living with...", cit., p. 501 y WAXMAN y RUCKI (2008) "Chapter 7...", cit., p. 917.

<sup>1640</sup> LANDRY (2009) "The means test...", cit., p. 268.

<sup>1641</sup> LANDRY (2009) "The means test...", cit., p. 269, expresa que "*This raises the pre-BAPCPA debate among the appellate courts on whether ability to pay is sufficient for a finding of substantial abuse.*". ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., p. 1394.

*Rule*, seguido por el *8th Circuit Court of Appeal*, en el que solo bastaba que el deudor tuviera una capacidad de pago suficiente para fundar un Capítulo 13 para justificar el rechazo del Capítulo 7 por *substantial abuse*. El *Totality of the Circumstances*, en el que aplicando la presunción de la norma de otorgar un alivio en favor del deudor que solicita un Capítulo 7, el *4th Circuit Court of Appeal*, considerando que el *per se test* era insuficiente para determinar el posible abuso del deudor, establece un test con cinco factores, que estima podrían otorgar mayor exactitud en la evaluación: (1) *whether the bankruptcy petition was filed because of sudden illness, calamity, disability, or unemployment*; (2) *whether the debtor incurred cash advances and made consumer purchases far in excess of his ability to repay*; (3) *whether the debtor's proposed family budget is excessive or unreasonable*; (4) *whether the debtor's schedules and statement of current income and expenses reasonably and accurately reflect the true financial condition*; and (5) *whether the petition was filed in good faith*. Y finalmente, el *Hybrid Approach*, a través del cual el *6th Circuit Court of Appeal*, desde el enfoque del test de todas las circunstancias, estima que aunque el factor relevante para el análisis es la capacidad de pago del deudor, debe considerarse otras circunstancias como relevantes para la evaluación de la honestidad del deudor y su eventual necesidad de alivio a la hora de solicitar el Capítulo 7<sup>1642</sup>. Para la doctrina<sup>1643</sup>, todos estos enfoques interpretativos estarían presentes en la redacción actual del *Bankruptcy Code*, donde el test de la totalidad de las circunstancias habría sido recogido por la BAPCPA en la §707(b)(3)(B), dando cuenta que a veces se requiere algo más que una habilidad de pago para una denegación o concesión del Capítulo 7 bajo la disposición.

La doctrina estadounidense da cuenta de que en torno a la utilización del test de buena fe y de todas las circunstancias ha sido un tema discutido si pueden ser utilizados por los tribunales para determinar la presunción de abuso en un Capítulo 7 como complemento al *means test*, o solo este último es la única herramienta para determinar el abuso a través de la capacidad de pago del deudor. Por un lado y con una interpretación restrictiva, se ha señalado que en atención a la reforma introducida por la BAPCPA que consagra una regla y no un mero estándar, y considerando la necesidad de

---

<sup>1642</sup> ESPY (2005) "Chapter 7 bankruptcy...", cit., pp. 1397 a 1400. Describiendo explícitamente al *per se ability test* y el *totality of the circumstances test*, y entendemos nosotros implícitamente el *hybrid test*, WELMERINK (2010) "Cleaning...", cit., pp. 129 y 130. Describiendo también las fórmulas utilizadas por los tribunales para determinar el sentido de la expresión *substantial abuse*, aunque más sucintamente, MURPHY y DION (2008) "'Means test'...", cit., p. 421, POTTOW (2006) "The totality...", cit., p. 1055, THOMPSON (1990) "Consumer bankruptcy...", cit., p. 254 y WEDOFF (2005) "Means testing...", cit., p. 235.

<sup>1643</sup> BERTLETT (2008) "Decoding...", cit., pp. 103 y 104.

uniformidad en el derecho concursal de la persona física, el *means test* sería el único medio para evaluar la capacidad de pago del deudor, no requiriéndose la discrecionalidad del juez<sup>1644</sup>. Sin embargo, en una interpretación amplia que considera la actividad del juez preponderante a la hora de evaluar el abuso del deudor, se ha señalado que el *means test* no es el único medio para evaluar la capacidad de pago, puesto que los mismos tribunales han estimado que tanto este como la sección 707(b)(3) son ambas fórmulas para evaluar el abuso del deudor<sup>1645</sup>. En este contexto, se ha señalado que un entendimiento de no exclusividad del *means test* cumple con la pretensión de parar el supuesto abuso de deudores con capacidad de pago, donde lo contrario conllevaría que casos no triviales de abuso flagrante escaparían de la determinación de abuso, y donde deudores con ingresos por debajo de la media no podrían ser considerados en la presunción si pudieran pagar luego sus deudas con sus futuros ingresos, puesto que el estrecho margen que el *means test* toma en cuenta no necesariamente es una predicción de la actual capacidad de pago del deudor<sup>1646</sup>. De allí que la actividad del juez se presente como de gran importancia al necesariamente tener que evaluar todas las circunstancias del deudor persona física.

Cuestión similar ocurre en el derecho francés, donde si bien el *Code* no define la mala fe para efectos del procedimiento de sobreendeudamiento<sup>1647</sup>, se deja su contenido a la labor hermenéutica de la Corte de Casación<sup>1648</sup>, la cual permite a los jueces determinar los casos en los que el deudor se entenderá de buena o de mala fe<sup>1649</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha efectuado un control de manera encubierta sobre la libertad de calificación de la buena o mala fe del deudor por el juez; primero, a través de la fijación en el ordenamiento de un método de empleo que contribuye marginalmente

---

<sup>1644</sup> CULHANE y WHITE (2005) "Catching can-pay...", cit., p. 678 a 682. En la misma línea, BRAUCHER (2009) "Getting realistic...", cit., p. 418, expresa que "*The better view, from the point of view of fairness and reducing costs of the system, is that § 707(b)(3) should be reserved for more than simply not being caught by the means test; it rather should be reserved for outlier cases of manipulation involving deliberately and unnecessarily decreasing income or increasing expenses to game the system to stay in chapter 7.*"

<sup>1645</sup> WEDOFF (2006) "Judicial discretion...", cit., pp. 1039 a 1040; LANDRY (2009) "The means test...", cit., p. 268; TABB y MCCLELLAND (2007) "Living with...", cit., p. 503; MURPHY y DION (2008) "Means test"..., cit., p. 435; WAXMAN y RUCKI (2008) "Chapter 7...", cit., p. 917; WELMERINK (2010) "Cleaning...", cit., p. 138

<sup>1646</sup> WEDOFF (2006) "Judicial discretion...", cit., pp. 1035 y 1036

<sup>1647</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 44.

<sup>1648</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 58; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 307.

<sup>1649</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 311; GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6; VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 58.

en la determinación de un concepto, y segundo, estableciendo derechamente el concepto, con lo cual se pretende regular la forma de actuar del juzgador<sup>1650</sup>.

En torno al método de empleo del concepto de la buena fe contractual, la Corte establece un conjunto de reglas metodológicas<sup>1651</sup> que los jueces deberán usar a la hora de evaluar la buena o mala fe del deudor: la buena fe se presume<sup>1652</sup>, lo que a su vez trae como corolario que la prueba de la mala fe incumbe a los acreedores y que al juez le está prohibido relevar de oficio la mala fe del deudor<sup>1653</sup>; la mala fe es personal del deudor, sin que la misma, como en el caso de matrimonio o relaciones de convivencia, sea transmitida al cónyuge o pareja del deudor sobreendeudado<sup>1654</sup>; la mala fe no evita que el deudor pueda probar con hechos nuevos su buena fe; la mala fe debe estar en una relación directa de causalidad con la situación o estado de sobreendeudamiento del deudor<sup>1655</sup>, sin perjuicio de no vincularse estrictamente con el estado mismo de sobreendeudamiento, sino que también a las condiciones en las que se presenta la demanda en el procedimiento, lo cual permite a las comisiones y al juez no centrarse solamente en las condiciones que rodean el sobreendeudamiento del deudor. Finalmente, un aumento de pasivo producido con una relación de causalidad indirecta no debe ser considerado como un estado de sobreendeudamiento en el que el deudor se encuentra de mala fe<sup>1656</sup>, puesto que se requiere una relación directa de causalidad.

De tales reglas, unidas a un concepto de buena fe contractual como aquella en la que se aprecia la buena fe del deudor pendiente la fase de endeudamiento, esto es, las

---

<sup>1650</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 59.

<sup>1651</sup> En este sentido PAISANT, Gilles (2009) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 2, p. 466, expresa que la Corte ejerce, en efecto, un control que se puede calificar de metodológico de la buena fe.

<sup>1652</sup> PAISANT (2009, N° 2) "Chroniques...", p. 466; PAISANT, Gilles (2001) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 1, p. 249; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 311. FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 46, señalan que aunque la buena fe se presume, la apreciación de la misma debe ser efectuada en el caso a caso, donde la sola acumulación de deuda por la asunción de crédito no constituye por sí sola una situación de mala fe.

<sup>1653</sup> PAISANT (2009, N° 2) "Chroniques...", cit., p. 466; PAISANT (2008, N° 1) "Chroniques...", cit., p. 193; PAISANT (2001, N° 1) "Chroniques...", cit., p. 250; GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6.

<sup>1654</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., pp. 311 y 312.

<sup>1655</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 47, expresan que además del carácter personal de la buena fe, lo cual determina que la mala fe no se transmita, la mala fe debe estar en relación directa con la situación actual de sobreendeudamiento, para lo cual la apreciación de la mala fe se efectúa considerando las circunstancias particulares del caso. RAYMOND, Guy (2014) "Règles d'appréciation de la bonne foi", en *Contrats, concurrence, consommation*, N° 2, p. 35, analizando un fallo de la Corte de Apelación de Poitiers, expresa que "*La bonne foi s'apprécie selon trois règles: le débiteur est présumé de bonne foi; le juge se détermine d'après les circonstances particulières de la cause et en fonction de la situation personnelle du débiteur; les faits constitutifs de la mauvaise foi doivent être en rapport avec la situation de surendettement.*"

<sup>1656</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 76 y 77.

condiciones y circunstancias en las que él contrató o endeudó<sup>1657</sup>, es posible apreciar la necesidad de evaluación de la conducta global<sup>1658</sup> del deudor a lo largo de la contratación y con posterioridad a ella en relación a su nivel de endeudamiento<sup>1659</sup>; debiendo por tanto considerar los jueces circunstancias que, posteriores a la suscripción de los contratos, juegan un rol determinante en el acaecimiento del estado de sobreendeudamiento del deudor. Así entendido, se ha estimado<sup>1660</sup> que las Comisiones y Cortes tienen variedad de criterios a través de los cuales evalúan la buena o mala fe del deudor, como son, a modo de ejemplo, el estudio de la orden en la que los créditos fueron asumidos, importancia de los fondos prestados, naturaleza y legitimidad de las deudas, así como los motivos que condujeron al deudor a contratar. En este contexto, el elemento intencional de análisis se centra tanto en el conocimiento del deudor respecto de una eventual sobrecarga manifiesta o incremento más allá de su capacidad de pago de deudas, así como la apreciación de la conducta del deudor en orden a agravar deliberadamente su estado de endeudamiento, sin que sus nuevos compromisos sean justificados de manera legítima. Por otro lado, no solo son consideradas circunstancias posteriores a la contratación, sino que aquellas presentes a la hora de contratar, como la presencia o ausencia de voluntad del contratante, profesión, experiencia y nivel educacional<sup>1661</sup>.

---

<sup>1657</sup> GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6, expresa que la buena fe contractual es apreciada "[...] *au moment de la conclusion des contrats* [...]".

<sup>1658</sup> Para GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6, definiéndose la buena fe como la ignorancia por el contratante, en el procedimiento de sobreendeudamiento, de la dificultad de respetar o dar cumplimiento a sus obligaciones, la misma ignorancia debe apreciarse considerando globalmente la conducta del deudor durante el periodo en el que ha suscrito la obligación y en el que la modificación del contrato es solicitada —de acuerdo a su teoría, a través del procedimiento de sobreendeudamiento—.

<sup>1659</sup> RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 310, señala que "*La bonne foi doit s'apprécier au vu de l'ensemble des circonstances de la cause. Il conviendra de prendre en considération les causes de ce surendettement: il y a toujours bonne foi lorsque la cause de ce surendettement est due à un événement extérieur, imprévisible, ce qu'il est convenu d'appeler les "accidents de la vie".*"

<sup>1660</sup> FERRIERE y AVENA-ROBARDETT (2012) *Surendettement...*, cit., p. 48. Por otro lado, y de lo señalado en p. 49, es posible apreciar que para los autores no es solo importante la conducta del deudor, estimando que el rol del prestamista también es una cuestión que debe ser considerada en el análisis de la buena o mala fe del deudor, puesto que "[...] en la medida que esa actividad profesional, más advertido o conocedor, le impone un conjunto de diligencias [...]", para lo cual los jueces pueden utilizar criterios complementarios como la naturaleza de los gastos, o fundados en la persona misma del deudor, como su nivel socio profesional, entre otros.

<sup>1661</sup> VIGNEAU y BOURIN (2012) *Droit du surendettement...*, cit., p. 83; RAYMOND (2008) *Droit de la...*, cit., p. 310. En este sentido, PAISANT (2009, N° 2) "Chroniques...", cit., p. 466, expresa que la frontera entre comportamiento simplemente negligente y aquello que caracteriza la ausencia de buena fe, es difícil de tratar, ante lo cual, para efectuar el análisis, debe el juez considerar el conjunto de elementos que dan cuenta de la situación del deudor. A esto también se refiere PAISANT (2006, N° 2) "Chroniques...", cit., p. 488. RAYMOND (2014) "Règles d'appréciation..." cit., p. 35, expresa que "*le juge se détermine d'après les circonstances particulières de la cause et en fonction de la situation personnelle du débiteur.*". GRYNBAUM (2002) "La mutation...", cit., p. 6, señala que el juez debe efectuar un control continuo a la hora de evaluar la buena fe del deudor.

#### **4. Necesidad de incorporación de la evaluación de la buena fe contractual en el procedimiento concursal de la persona física.**

La PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, tras el Acuerdo Transaccional de 01 de octubre de 2018, consagra en el artículo 22 limitaciones a la descarga de la deuda residual contemplando de manera expresa la buena fe del deudor. Sin ánimo de sobreabundar, en términos generales, la norma contempla la posibilidad de que los estados miembros establezcan una serie de limitaciones, en forma de denegación, restricción o revocación, a la descarga de la deuda residual<sup>1662</sup>. La cuestión es, ¿responde esta normativa a lo que, según hemos podido argumentar, es una adecuada evaluación de la buena fe del deudor persona física?. De manera breve intentaremos dar una respuesta

En materia de buena fe contractual, se aprecia que la Propuesta de Directiva, aunque no comprendiendo tal denominación, la consideraría como elemento del procedimiento concursal. Ello se desprende de la letra a) del artículo en comento. Sin perjuicio de lo anterior, es posible criticar que confiera amplia discrecionalidad para que sean los propios estados miembros los que, en última instancia, definan el alcance de la herramienta. En efecto, la utilización de expresiones como "con arreglo a la legislación nacional", "solicitudes de condonación abusivas" o "como en los siguientes casos", que denota una delimitación solo a título de ejemplo, vinculadas a la conducta del deudor con anterioridad al procedimiento concursal, implican que una inadecuada perspectiva de la institución de la evaluación de la buena fe contractual vuelva a repercutir, de la

---

<sup>1662</sup> Para lo que nos interesa, el artículo 22 de la Propuesta de Directiva, tras el Acuerdo Transaccional, establece:

"No obstante lo dispuesto en los artículos 19 a 21, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen, restrinjan o revoquen el acceso a la condonación de deudas o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena condonación de deudas o períodos de inhabilitación más largos en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas (...), como en los siguientes casos:

a) cuando el empresario insolvente haya actuado respecto a los acreedores de forma deshonesto o de mala fe con arreglo a la legislación nacional en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda;

b) cuando el empresario insolvente incumpla un plan de reembolso o cualquier otra obligación jurídica orientada a salvaguardar los intereses de los acreedores, incluida la obligación de maximizar los rendimientos de los acreedores;

b *bis*) cuando el empresario insolvente incumpla sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo a la legislación nacional;

c) en caso de solicitudes de condonación abusivas;

d) en caso de presentación de una nueva solicitud de (...) de condonación dentro de un determinado plazo (...) a partir del momento en que el empresario insolvente haya obtenido la plena condonación de deudas o del momento en que se le haya denegado la plena condonación de deudas debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación;[...]"

misma forma que actualmente lo hace nuestra LC, en un grave tratamiento para el deudor persona física en espera de alivio.

Por otro lado, el hecho de que la Propuesta de Directiva considere ciertas y determinadas circunstancias que se constituyen en circunstancias de rechazo de la exoneración, sin establecer la posibilidad de que los deudores puedan escapar al efecto apelando a la falta de dolo o culpa de su parte, y el hecho de que no establezca un plazo en el cual se entenderá que la circunstancia impone el efecto de rechazo de la exoneración, significa, en concreto, una falta absoluta de consideración del verdadero fundamento de la institución de las limitaciones a la exoneración en virtud de la finalidad de prevención del abuso del deudor persona física. De la misma forma que sucede con nuestra LC, el deudor es calificado por el solo hecho de encontrarse en tal circunstancia como carente de buena fe, lo que le priva de manera indefinida del derecho legítimo, en caso de ser deudor de buena fe, al alivio. Tal es lo que sucede respecto de las circunstancias de las letras b) y b)bis, las cuales bien podría entenderse constitutivas de circunstancias de periodos de bloqueo, y letras c) y d), que en efecto establecen una causal de periodo de bloqueo; la última, en atención a lo que hemos argumentado previamente, injustificada. En todas ellas, no especifica un plazo determinado que fije un límite adecuado a la privación del derecho al alivio que a través de la disposición se establece para el deudor.

En nuestra LC, consideradas en términos generales las causales de rechazo de la exoneración contempladas en el artículo 178 bis.3, se constata que el legislador no presume la buena fe del deudor, razón por la cual se esfuerza en establecer los casos en que existirá buena fe para que el deudor pueda acceder a la exoneración<sup>1663</sup>. Aunque la visión del legislador español es que la exoneración es un beneficio que debe otorgarse solo a deudores de buena fe, lo cual es acertado desde la finalidad de la moderna regulación concursal de persona física y del principio del fresh start, entiende que salvo que los deudores presenten los requisitos que la norma enumera, serán carentes de buena fe. Bajo tal entendido, desde que una falta de buena fe es constitutiva de existencia de mala fe, y aunque la redacción habla de buena fe del deudor, lo cierto es que tras la norma subyace un punto de partida de la regulación que considera al deudor persona física concursado como de mala fe.

---

<sup>1663</sup> Coincidente con nosotros, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 208, considera que en la normativa concursal la buena fe no se presume, obligando al deudor a acreditar determinadas circunstancias respecto del origen de su insolvencia y su comportamiento.



A diferencia de ordenamientos protectores de los intereses de los deudores, en que se parte de la presunción de buena fe del deudor, razón por la cual quien alega lo contrario deberá probar que la conducta del deudor, llevada a cabo con anterioridad al inicio del procedimiento concursal al tiempo de asumir las obligaciones, o durante el transcurso del procedimiento, es contraria a la rectitud; nuestro ordenamiento parte de una visión del deudor como de mala fe, respecto de quien deben establecerse parámetros específicos que den cuenta de una buena fe so pena de rechazar la exoneración.

Pero sucede que la delimitación de la buena fe la hace de manera inadecuada en aquellos casos en que parte de una situación definida en términos negativos, puesto que no contempla las circunstancias en que realmente existirá una falta de buena fe, esto es, casos en que haya existido efectivamente una actividad contraria a la rectitud por parte del deudor a través de una intención o grave negligencia que haya tenido injerencia negativa en los intereses de satisfacción de los acreedores; en nuestra concepción, un abuso del deudor<sup>1664</sup>. Por otro lado, nos sorprende de manera negativa el hecho de que el legislador solo establezca en términos positivos el contenido de la buena fe para la exoneración cuando la actividad del deudor deba ir encaminada al cumplimiento de una determinada cantidad de créditos en beneficio de los acreedores. Esto es apreciable en las circunstancias establecidas en los números 3º, 4º y 5º del apartado 3 del artículo 178 bis, cuando la norma se refiere a herramientas a través de las cuales el deudor podrá cumplir con sus obligaciones. La consecuencia de todo lo anterior es clara: desincentivo al procedimiento concursal motivado por un sistema restrictivo de los intereses del deudor, que parte de una presunción de mala fe en su contra por el solo hecho de encontrarse en situación de insolvencia, y respecto de quien pesan circunstancias que, independientemente de que realmente se encuentre o no de mala fe, significan una privación del derecho al alivio.

Llegados a este punto, entendemos que las consecuencias de un mal entendimiento y mala regulación de la evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física son del todo perjudiciales para sus intereses, especialmente para aquellos que en atención a las circunstancias de su estado de insolvencia, y en caso de encontrarnos ante una regulación restrictiva de sus intereses de alivio, son personas físicas que no han tenido voluntad o culpa alguna en su estado de crisis económico-

---

<sup>1664</sup> Esta mismas críticas pueden ser efectuadas a la regulación del PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., el cual, aunque con otra sistematización, mantiene la redacción y esencia del actual artículo 178 bis.

financiera. En efecto, una emergencia económica debida a enfermedad, desempleo o divorcio no se puede comparar con una deuda originada de la especulación bursátil financiada con crédito o al comportamiento incontrolado del consumidor<sup>1665</sup>, en nuestro concepto, al abuso del deudor persona física. Solo en casos como estos últimos, el beneficio del alivio de la deuda no se justifica en lo absoluto<sup>1666</sup>. Algún autor<sup>1667</sup> estima que atendido a que los efectos de la calificación del concurso pueden ser tan significativos que, de no ser por la limitación contemplada en la LC, podría constituir un indeseable motivo de disuasión para el desempeño de cualquier actividad económica, sobre todo si reviste la naturaleza de empresa, atendido lo exagerada, desorbitada e incluso extravagante carácter de la fórmula. Llevando esto al terreno del deudor persona física, bien puede estimarse que atendido la grave consecuencia para el interés de alivio que significa el rechazo absoluto de la exoneración que conlleva la calificación del concurso, de no contemplar un adecuado límite en cuanto a diligencia exigida, ello en efecto se constituye en una fórmula no solo extravagante, sino injustificada de evaluación de la conducta del deudor.

De acuerdo a esto, la estimación de que focalizar la regulación en las causas del sobreendeudamiento y en el carácter extraordinario de alguna de ellas, como el desempleo, la enfermedad, etc., es más propio de una normativa sobre consumidores que del derecho de insolvencias<sup>1668</sup>, no debe pasar por alto que la moderna regulación concursal de la persona física, aunque inmersa en el régimen de insolvencia, obedece a especiales finalidades y principios que exigen poner atención en las circunstancias en las cuales la crisis económico-financiera del deudor ha tenido origen, con la finalidad de otorgar un tratamiento adecuado a los problemas subyacente a la insolvencia del deudor persona física.

---

<sup>1665</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 654. BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 226, nota al pie N° 48, señala que según datos de la Oficina Federal de Estadística, las principales causas de sobreendeudamiento son la pérdida de empleo (28,5%), pérdida de pareja (14%), autoempleo fallido (8,6%), accidente o enfermedad (11,1%) y economía doméstica antieconómica (10,2%), respecto del cual probablemente un muy bajo porcentaje se refiere a endeudamiento groseramente negligente.

<sup>1666</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 52, expresa que la reacción casi intuitiva de muchos para ver el endeudamiento como resultado de un cambio de vida absoluto, muestra la poca preocupación existente en las causas estructurales de la oferta y el sobreendeudamiento en la sociedad. En la misma idea del autor, esta falta de reflexión en la discusión social y sociopolítica que se refleja en la poca relevancia que se le entrega a la asesoría integral y social de la deuda, comprendemos que también se extiende a otros elementos del procedimiento concursal como es la falta de una consideración de las causas del sobreendeudamiento o de la insolvencia para delimitar la regulación vinculada a la honestidad del deudor en relación a las causales de rechazo del alivio de la deuda, sea temporal o permanente.

<sup>1667</sup> HERNANDO (2013) *Calificación...*, cit., p. 26.

<sup>1668</sup> Así, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 179, nota al pie N° 28.

Comprendiendo nosotros que la moderna regulación concursal de la persona física tiene como finalidad el otorgamiento de alivio al deudor, el punto de partida debiera ser la comprensión de un trato diferenciado para los deudores que en virtud de las causas de la insolvencia merecen el alivio, y aquellos que no. Desde esta consideración, el principio del fresh start exige que la regulación concursal de la persona física contemple un mecanismo de evaluación de las causas de la insolvencia, de manera de determinar bajo qué circunstancias han sido asumidas las obligaciones, el endeudamiento, y de esta forma, la consecuente insolvencia por parte del deudor; con la finalidad de que el alivio no solo sea otorgado a los deudores que se lo merecen, sino que sea otorgado de manera permisiva a los deudores que se lo merecen.

De acuerdo a lo anterior, si la intención del legislador es que solo un deudor de buena fe reciba un alivio de la deuda, en coincidencia con los fundamentos y objetivos del principio del fresh start, y siguiendo a algunos autores<sup>1669</sup>, es más lógico que el conflicto entre los objetivos de la regulación concursal de la persona física, y que repercute en los intereses de las partes, fuere de una vez por todas decidido en el sentido que el deudor de buena fe reciba un derecho claro y efectivo al alivio de la deuda residual.

Constatándose que las causas de la insolvencia en su predominante mayoría no consisten en una mala conducta del deudor<sup>1670</sup>, sino que de influencias externas; y puesto que no se trata de introducir un sistema que sancione a cualquier aparente deshonestidad<sup>1671</sup>, se hace necesario que el legislador realice una distinción adecuada entre deudores de buena y mala fe en consideración, no solo a su conducta durante el procedimiento, sino que también en relación al tiempo previo y a sus circunstancias biográficas<sup>1672</sup> y las circunstancias en las que hayan sido asumidas las obligaciones y generado las deudas respectivas<sup>1673</sup>.

---

<sup>1669</sup> HERGENÖEDER Y HOMANN (2013). *Die Reform... Plädoyer...*, cit., p. 132.

<sup>1670</sup> STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 86, expresa que la propia declaración explicativa del Proyecto de Reforma de 2012 indicaba que un estudio de LECHNER (2010) *Eine zweite...*, concluyó que alrededor de la mitad de las quiebras son afectados "víctimas de riesgos biográficos modernos".

<sup>1671</sup> HERGENÖEDER Y HOMANN (2013). *Die Reform... Plädoyer...*, cit., p. 132.

<sup>1672</sup> SCHLABS (2012) "Schuldner...", cit., p. 56, aunque en torno a la asesoría de la deuda, señala que la dimensión biográfica del sobreendeudamiento debe tenerse en cuenta siempre en el tratamiento de la cuestión, de manera de lograr eficiencia y eficacia. Tal consideración, entendemos, es aplicable a todos los aspectos del procedimiento concursal, y de esta forma, a la delimitación de la honestidad del deudor para efectos de beneficiarse, o no, del alivio de la deuda residual.

<sup>1673</sup> De lo expresado por BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 233, se infiere la necesidad de un cambio de paradigma en el procedimiento concursal de persona físicas, desde uno inquisitorial a un liberal, que tenga en cuenta que el fracaso y el éxito son dos caras de una misma moneda y que el deudor no es culpable de su situación económica desfavorable en la gran mayoría de los casos.

Una adecuada evaluación de la buena fe del deudor opera precisamente como herramienta eficiente para prevenir el abuso<sup>1674</sup> a la hora de servirse el deudor de los procedimientos concursales, al tiempo de asegurar que el sistema otorgue alivio solo a aquel que sea merecedor de la protección del procedimiento en cualquiera de sus vertientes<sup>1675</sup>.

Así las cosas, se ha expresado<sup>1676</sup> que se requiere un concluyente catálogo de las obligaciones del deudor, así como las razones que pueden conducir a la denegación del alivio de la deuda. Sin perjuicio de lo anterior, coincidimos con los autores que entienden que es necesario introducir un requisito de equidad que permita excluir los casos extremos de abuso a través del complemento entre la positivización de ciertos hechos de exclusión y una cláusula general para casos similares<sup>1677</sup>. De esta forma, además de lo contemplado a lo largo de esta sección, se hacen extensivas todas las apreciaciones que en materia de causales de periodos de bloqueo y causales de rechazo de la exoneración hiciéramos en apartados anteriores<sup>1678</sup>. Ante las falencias detectadas en el sistema de calificación del concurso vinculado a la evaluación de la buena fe del deudor en función del artículo 178 bis.3.1º, el cual, aunque en principio pudiere parecer lo contrario<sup>1679</sup>, en definitiva no responde a los parámetros y elementos de una adecuada

---

<sup>1674</sup> Así, ORDIN (1983) "The good faith...", cit., p. 1796; INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 332.

<sup>1675</sup> RUSCH, Linda J. (1996) "Bankruptcy as a revolutionary concept: good faith filing and a theory of obligation", en *Mont. L. Rev.*, Volumen 57, pp. 55 y 56, y BALSER (1986) "Section 707(b)...", cit., p. 1028, establecen la relación entre la exigencia de buena fe del deudor y la prevención del abuso del procedimiento concursal. La GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, cit., p. 333, para elegir de entre las muchas opciones de regímenes de insolvencia de la persona natural a la hora de implementarse una regulación específica, recomienda que "Si la finalidad implícita del régimen de la insolvencia es superar las dificultades financieras del deudor y facilitarle un nuevo comienzo a fin de fomentar la actividad empresarial y asumir sus riesgos, podrá exonerarse, tras la liquidación, a todo deudor honrado que se haya mostrado dispuesto a cooperar y que haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia, imponiéndole restricciones mínimas."

<sup>1676</sup> HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Plädoyer...", cit., p. 132, señalan que debiera ello ser complementado con una graduación temporal de las condiciones o requisitos para una solicitud de denegación del alivio de la deuda, donde mientras más avanzado se encuentre el procedimiento los requisitos fueran mayores. Con ello, señalan, el principal requisito de la honestidad del deudor se encontraría claramente delimitado de manera tal de que los acreedores y deudores conocieran de ante mano las circunstancias bajo las que la solicitud de denegación o de alivio sería prometedora y podrían saber con certeza si la misma estaría conforme con su interés específico.

<sup>1677</sup> WIEDEMANN (2004) "Brauchen wir...", cit., p. 655. En la misma consideración, CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 150. Así también se ha pronunciado el INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, cit., p. 276.

<sup>1678</sup> Para las causales de rechazo absoluto de la revocación, capítulo I, Sección 2ª, Parte Cuarta y para las causales de periodos de bloqueo, capítulo II, Sección 2ª, Parte Cuarta.

<sup>1679</sup> BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 210, entiende que el sistema de calificación del concurso es un elemento que permite determinar el merecimiento de la liberación de deudas.

evaluación de la buena fe contractual del deudor<sup>1680</sup>; y teniendo en cuenta que una aplicación del mecanismo contemplado por la LC a través de su interpretación en función de los elementos de una adecuada evaluación de la buena fe contractual del deudor queda a la sola discrecionalidad judicial; estimamos la necesidad de incorporar un adecuado mecanismo de evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física considerando los elementos, parámetros y/o contenido que hemos descrito previamente a partir de la presunción de buena fe del deudor persona física.

Con lo que llevamos dicho, aunque se haya señalado<sup>1681</sup> la necesidad de que el ordenamiento sea muy estricto desde el punto de vista del comportamiento del deudor a la hora de determinar si merece o no la exoneración, lo cierto es que la estrictez no debe ser considerada como sinónimo de restricción. En efecto, es perfectamente compatible un sistema con caracteres de protector de los intereses de alivio del deudor y al mismo tiempo estricto al momento de evaluar su conducta. La cuestión pasa entonces por una adecuada comprensión de la institución del rechazo de la exoneración en función de un correcto entendimiento y enfoque del objetivo de prevención del abuso del deudor y de la finalidad de otorgar alivio contenidos en el principio del fresh start; y que se ven manifestados a través de una adecuada comprensión y aplicación del mecanismo de evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física. Mientras no exista una comprensión efectiva y profunda de las instituciones que gobiernan la regulación concursal de la persona física<sup>1682</sup>, ello llevará a la configuración de un procedimiento concursal estricto en desmedro de la finalidad de otorgar alivio al deudor.

Pues bien, tal mecanismo de evaluación de la buena fe contractual del deudor se constituiría, entendemos, en una herramienta eficiente y efectiva contra el abuso por parte de los deudores que posibilitaría que el beneficio del alivio del procedimiento concursal fuere realmente otorgado a deudores que se lo merecen. De acuerdo a lo anterior, ya en la primera regulación de la exoneración efectuada por la LAE, se daba cuenta<sup>1683</sup> de que la buena fe requerida para la exoneración no puede equivaler a ausencia de dolo o culpa grave, especialmente atendido a que en zonas grises, pueden

---

<sup>1680</sup> De esta forma, no compartimos los planteamientos de aquellos que pudieren comprender que la calificación del concurso respondería a una adecuada evaluación de la buena fe del deudor para efectos de alivio. Así, LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 12.

<sup>1681</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 136; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 8.

<sup>1682</sup> Ya con la redacción del RDL 1/2015, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 4, daba cuenta de la ausencia de visión global del problema y una preocupante falta de planificación normativa.

<sup>1683</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 148.

existir comportamientos imprudentes que, si bien no son constitutivos de concurso culpable, sí deberían llevar a rechazar la exoneración. Ahora bien, coincidente con nuestro planteamiento, se ha comprendido<sup>1684</sup> la necesidad de que aunque —en la visión del autor— el concepto de buena fe en la LC sea cerrado, ello no debe llevar a la equivocación de efectuar una aplicación estanca y hermética de la buena fe. Por su parte, se ha expresado<sup>1685</sup> que el deudor de buena fe (subjctiva u objetivamente considerado) no debe ser delimitado o limitado en función de la existencia de una casuística importante y bajo parámetros o criterios que no definen la misma, sino que son los que en realidad deben ser interpretados conforme a la *bona fides*; trabajo que no debe infundir temor de discrecionalidad judicial<sup>1686</sup> si, como lo hemos planteado a lo largo de esta sección, se dispone de un adecuado entendimiento de la evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física.

Por otro lado, estimamos que a través de este mecanismo el objetivo subyacente de la institución de la calificación del concurso también sería logrado; toda vez que constituyéndose la evaluación de la buena fe contractual, en estricto rigor, en una efectiva depuración de la injerencia que el deudor habría tenido en la causa efectiva del estado de insolvencia en virtud del elemento configurador de la mala fe contractual, el abuso; importaría que en todos aquellos casos en que exista tal circunstancia, habrá responsabilidad del deudor en la insolvencia<sup>1687</sup>. En tal contexto, no se precisa necesaria ni adecuada la calificación del concurso como medio para determinar el acceso del deudor al alivio<sup>1688</sup>.

En este sentido, comprendiendo además que, según lo que tendremos oportunidad de ver en la sección siguiente, un adecuado tratamiento de los motivos de denegación y causales de revocación de la exoneración durante el transcurso del procedimiento concursal cumplen de manera adecuada y efectiva el objetivo de prevención del abuso durante el transcurso del procedimiento, no vemos obstáculo a que la evaluación de la buena fe contractual del deudor se efectúe al inicio del

---

<sup>1684</sup> BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 234.

<sup>1685</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ (2015) "El concepto...", cit., p. 772.

<sup>1686</sup> Así lo considera, SANJUÁN Y MUÑOZ (2015) "El concepto...", cit., p. 800.

<sup>1687</sup> BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 142, es de la idea del mantenimiento de la calificación, con aplicación antes de la declaración de conclusión del concurso.

<sup>1688</sup> Efectuado una crítica a la institución de la calificación del concurso, considerando, entre otras críticas, que el etiquetado de la calificación puede perjudicar la rehabilitación económica y social del deudor, instando por su derogación por no responder a las funciones del concurso, GUERRA MARTÍNEZ, Aurelio (2018) "Hacia la superación de la calificación del concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 28, Editorial Wolter Kluwer, pp. 7 y sgtes. (Smarteca).

procedimiento concursal junto a una adecuada evaluación de la capacidad de pago del deudor. De esta forma, mientras la evaluación de la buena fe contractual del deudor posibilitaría excluir de la exoneración de deudas a los deudores que hubieren abusado de sus acreedores con anterioridad al procedimiento concursal, la evaluación de la capacidad de pago permitiría contemplar el sometimiento a las etapas en que se fomente el pago de los acreedores solo a los deudores que tienen posibilidad de efectuarlo<sup>1689</sup>, mientras los motivos de denegación y causales de revocación posibilitarían el resguardo adecuado del objetivo de otorgar alivio al deudor que hubiere actuado de manera recta durante el transcurso del procedimiento concursal.

Así la cosa un adecuado tratamiento de la evaluación de la buena fe contractual del deudor, unido a las previsiones que en materia de buena conducta procedimental efectuaremos en la sección siguiente, y siguiendo las palabras de alguna doctrina<sup>1690</sup>, permitiría la no existencia de riesgo moral por parte del deudor y fomentaría un incentivo hacia la utilización de los procedimientos concursales<sup>1691</sup>; al tiempo que significaría una herramienta que en concordancia con el principio del *fresh start*, fomentara de manera adecuada el logro del objetivo de otorgar alivio al deudor que se lo merezca; y finalmente y por extensión, apuntaría a erradicar definitivamente la estimación de que el mercado del crédito podría verse afectado con una regulación del alivio de la deuda, fomentando la concesión responsable de crédito, puesto que, como bien se ha expresado<sup>1692</sup>, "Si la insolvencia es la causa del incumplimiento por parte del deudor, el hecho de que exista una liberación del pasivo pendiente no altera la tasa de incumplimiento, pues [...] nunca el *fresh start* resultará de aplicación para el deudor que voluntariamente incumple sus obligaciones, sino para el deudor de buena fe que deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad".

---

<sup>1689</sup> En tal contexto, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 205, da cuenta de que la exoneración del pasivo solo se admite en supuestos de fracaso del AEP y en caso de que el deudor no hubiere logrado un convenio con los acreedores; de donde surge la necesidad de un criterio delimitador del ámbito de aplicación de estas fases destinadas al pago.

<sup>1690</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., pp. 16 y 28.

<sup>1691</sup> Coincidente con esta idea, también se puede inferir de lo señalado por SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 5.

<sup>1692</sup> CUENA (2014) "Préstamo...", cit., p. 2.

### **SECCIÓN 3ª. LA BUENA CONDUCTA PROCEDIMENTAL EN LA LC.**

#### **I. ADECUADA DELIMITACIÓN DE LAS FORMAS DE RECHAZO DE LA DESCARGA EN LA LC A LA LUZ DE LA MODERNA REGULACIÓN CONCURSAL DE LA PERSONA FÍSICA.**

De acuerdo a lo que hemos constatado, la importancia de una adecuada evaluación de la buena conducta procedimental del deudor persona física se relaciona con el objetivo de otorgar alivio al deudor que se lo merece, esto es, a un deudor cuya actitud ha de ser acorde a la rectitud a lo largo del transcurso del procedimiento concursal; conducta proba y recta que, por otro lado, irá vinculada estrechamente con los intereses del procedimiento concursal y de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permita.

##### **1. El problema de la genérica unidad de tratamiento del rechazo de la exoneración en la LC y de la unidad de tratamiento de la revocación de la exoneración como causal de rechazo del alivio en la LC.**

Como planteamos previamente, el legislador concursal decidió establecer una lista de las circunstancias que darán lugar a la existencia de buena fe respecto del deudor, sin distinguir de manera expresa entre aquellas causales que dirán relación con un motivo de rechazo absoluto o temporal de la exoneración. Ahora bien, y por otro lado, en esta lista de circunstancias tampoco distingue entre aquellas que se constituirán en causales de denegación y revocación de la exoneración de la deuda residual<sup>1693</sup>.

La única mención expresa que efectúa la LC a alguna de tales instituciones vinculadas con el límite del principio del fresh start en función de la conducta del deudor se encuentra en las normas de los apartados 4, 7 y 8 del artículo 178 bis que establecen la posibilidad de que el juez pueda rechazar y, en palabras de la ley, "revocar", la exoneración de la deuda residual cuando se hubiere constatado la

---

<sup>1693</sup> En este contexto, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 176, incorpora en una sola categoría de causas de revocación aquellas circunstancias que, vinculadas a la conducta del deudor, deberán ser controladas durante el procedimiento concursal y con posterioridad al mismo.



existencia de alguna de las circunstancias que las normas determinan de manera específica<sup>1694</sup>.

Ahora bien, si a primera vista pudiere parecer beneficioso para el deudor que la LC solo considere una única categoría de límite al objetivo de obtención de alivio del deudor, en el entendido que la legislación configuraría solo la opción de que la exoneración de la deuda residual fuere revocada, lo cierto es que la determinación de un cúmulo de circunstancias respecto de las cuales solo se podrá evaluar su grado de cumplimiento al término del procedimiento concursal y solo a petición de los acreedores, significaría una incertidumbre jurídica para los deudores, quienes deberían esperar hasta que la fase de exoneración hubiere sido tramitada en su total extensión, para recién en tal oportunidad enterarse si serán beneficiados con el alivio de la deuda residual.

En el contexto antes descrito, y no menos importante, el problema que conlleva la delimitación dentro de un único concepto como es el de revocación de la exoneración de una diversidad de circunstancias vinculadas a la conducta del deudor, y que denominaremos para efectos de este trabajo como el carácter de genérica unidad de tratamiento de las causales de revocación en la LC, es la incertidumbre en torno a los efectos que cada una de estas circunstancias tendrá en torno a la exoneración de la deuda residual<sup>1695</sup>.

El problema planteado se vuelve más evidente si, como podemos apreciar de la norma del artículo 178 bis.7, las causales de revocación que afectarán tanto a la exoneración por vía del número 4º, como por vía del número 5º del apartado 3, se agrupan en un solo conjunto. En este contexto, aunque la norma de la letra a) del apartado 7 utilice la expresión "hubiera impedido la concesión del beneficio", lo cierto es que tanto el párrafo primero como el párrafo segundo del apartado 7 aluden a la "revocación del beneficio", sin distinguir la forma de exoneración a la cual será aplicable las causales respectivas. Comprendiendo que el apartado 7 establece las "causales de revocación" en términos generales tanto para la forma de exoneración

---

<sup>1694</sup> En específico, la norma del apartado 4 faculta al juez a rechazar la exoneración cuando hubiere operado alguna causal del apartado 3; por su parte, las normas del apartado 7 y 8 establecen que el juez podrá revocar la exoneración de la deuda residual cuando operen las causales que dispone.

<sup>1695</sup> En el modelo alemán, es criticado por la doctrina que con la regulación de los motivos de denegación durante todo el procedimiento concursal el deudor se encontrará ante la incertidumbre de si podrá aliviar la deuda residual. Así, HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 251; STEPHAN (2012) "Stellungnahme zum...", cit., p. 87. PAPE (2014) "Fortfall...", cit., p. 235.

contemplada en el número 4º como en el número 5º del apartado 3<sup>1696</sup>, la incertidumbre jurídica para las partes se traduce en una falta de conocimiento de los efectos que cada una de las causales en particular conlleva en cada una de las formas de exoneración.

A modo de ejemplo, la PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, tras el Acuerdo Transaccional de 01 de octubre de 2018, considera en el artículo 22 ciertas y determinadas circunstancias que se constituirán en causal de rechazo de la exoneración; sin embargo, no deja claro a qué instituciones se refiere. Tal es lo que sucede respecto de las circunstancias de las letras b), b)bis<sup>1697</sup>, las cuales, en tención a la redacción de la disposición, bien podrían dar lugar a un motivo de denegación, bien a una causal de revocación. La falta de una delimitación adecuada, tanto de las circunstancias como los efectos de los motivos de denegación y causales de revocación, significa incorporar a todas las posibilidades de rechazo de la exoneración en una única norma que genera una manifiesta incertidumbre jurídica para el deudor y acreedores en relación a los efectos que cada una podrá tener en la descarga misma.

En el caso de la LC, y como segundo ejemplo, se ha expresado<sup>1698</sup> que "en el caso de exoneración provisional [del la forma de exoneración del número 5º del apartado 3] también le resulta de aplicación el régimen de revocación del beneficio previsto en el art. 178 bis 7 párrafo segundo"; pero ¿qué efecto vinculado a la limitación de la exoneración debemos esperar para la circunstancia de incumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 178 bis.3.5º.ii); considerando que a partir del encabezado del apartado 3 puede ser estimada como una circunstancia que permite el rechazo de la exoneración, pero a partir de la norma de la letra a) del apartado 7 debe ser considerada como causal de revocación de la exoneración, a pesar de que, por otro lado, el párrafo segundo del mismo apartado 7 establece que tal causal podría habilitar a una "revocación durante el transcurso del plazo de plan de pagos, esto es, mientras pende el procedimiento concursal?".

---

<sup>1696</sup> En contra, comprendiendo que debe distinguirse en función de la forma de exoneración, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 162.

<sup>1697</sup> "[...] b) cuando el empresario insolvente incumpla un plan de reembolso o cualquier otra obligación jurídica orientada a salvaguardar los intereses de los acreedores, incluida la obligación de maximizar los rendimientos de los acreedores;

b) *bis*) cuando el empresario insolvente incumpla sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo a la legislación nacional; [...]"

<sup>1698</sup> UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 10.

¿Cómo solucionar el problema de la generalización unitaria de las circunstancias vinculadas a la conducta del deudor como causales de revocación consideradas por la LC?

## **2. Los motivos de denegación y revocación de la descarga en la LC.**

Habiéndose constatado a partir de lo argumentado previamente<sup>1699</sup> las ventajas de un procedimiento concursal configurado en etapas consecutivas pero independientes entre sí, y en función de la finalidad de prevención del abuso del deudor, comprendemos que las limitaciones al alivio en función de la conducta del deudor deben ser configuradas a lo largo de todo el procedimiento concursal de la persona física, sea al inicio como causales de bloqueo, a lo largo de su tramitación asumiendo la forma de motivos de denegación de la exoneración, sea con posterioridad en la forma de causales de revocación de la exoneración, o bien, sea al final de una eventual sub fase de exoneración de la deuda residual.

En este orden de cosas, el problema de la genérica unidad de tratamiento de los límites a la exoneración vinculados a la conducta del deudor efectuada por la LC solo es posible de solucionar si ponemos atención en los elementos esenciales de las diversas instituciones vinculadas al rechazo de la exoneración de la deuda residual, a saber, el rechazo absoluto propiamente tal, o temporal, los motivos de denegación y las causales de revocación de la exoneración. Así las cosas, entendemos que una adecuada identificación de las instituciones de rechazo de la exoneración en función de la finalidad, objetivos y elementos configuradores permitirá establecer los parámetros que la LC debiera considerar en cada una de las exigencias efectuadas al deudor de manera tal de otorgar certeza jurídica y un trato que posibilite el logro del alivio de manera adecuada y coherente con la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física.

En atención a que respecto de las causales de rechazo y periodos de bloqueo nos hemos referido previamente, la pregunta que surge de estas precisiones es si contiene la LC un tratamiento adecuado de las circunstancias vinculadas al rechazo de la exoneración en función de los fundamentos y finalidades de las instituciones de la denegación y revocación de la exoneración. Para responder a este cuestionamiento,

---

<sup>1699</sup> Apartado II.2, Sección 2ª, Parte Segunda.

debemos responder primero, ¿contempla la LC causales de denegación y revocación?, y siendo esto efectivo, ¿cuáles son?.

## **2.1. Una adecuada delimitación y comprensión de la denegación y revocación de la descarga de la deuda.**

Desde un punto de vista dogmático, la denegación y revocación de la descarga de la deuda residual, si bien pertenecen al grupo que configura la institución del rechazo del alivio del deudor como límite al principio del fresh start, presentan claras diferencias:

En cuanto a su forma de operar, aunque ambas consideran una serie de circunstancias determinadas de la persona o de un estado particular del deudor, y en muchos casos las mismas, mientras que la denegación de la exoneración opera durante el transcurso del procedimiento concursal y hasta el momento en que la exoneración haya sido declarada de manera definitiva; la revocación de la exoneración operará una vez que una exoneración como acto *per se* haya sido acordada o declarada por el juez en el procedimiento concursal respectivo. En este sentido, la cuestión pasará por determinar cuándo hablamos de exoneración como acto *per se*, esto es, y con mayor precisión, qué entenderemos o qué configurará una exoneración de la deuda propiamente tal. Nos referiremos a este tema más adelante.

En cuanto a sus efectos, y teniendo en cuenta el momento en el que opera, mientras la denegación imposibilitará que la exoneración sea acordada o declarada en favor del deudor persona física; la revocación afecta o altera los efectos de una exoneración ya acordada o declarada como acto *per se* en beneficio del deudor persona física. De esta forma, mientras la denegación no presenta efectos sobre la exoneración, puesto que en la práctica la misma aún no se ha producido, impidiendo así que la misma se produzca; la revocación, por otro lado, hará cesar o abolirá los efectos que la exoneración como acto *per se* presenta en el procedimiento concursal respectivo.

En este sentido, aunque en la práctica el efecto de ambas es el mismo, a saber, que los acreedores podrán perseguir el cumplimiento de sus obligaciones en atención a las reglas generales, ello no debe hacernos pensar que ambas instituciones son iguales. En efecto, mientras la posibilidad de que los acreedores puedan continuar con la exigencia de sus obligaciones en virtud de las normas generales en el caso de la denegación se produce debido a que los efectos del principio de la *par conditio creditorum* del procedimiento concursal han cesado, volviendo a tener vigencia a su vez

el principio de responsabilidad patrimonial del deudor; en el caso de la revocación este hecho se produce puesto que son los efectos de la exoneración los que han cesado, volviendo a tener vigencia el principio de responsabilidad patrimonial del deudor.

Finalmente, de todo lo anterior, se tiene que mientras el derecho a la denegación de la exoneración precluye cuando se hubiese declarado la exoneración como acto *per se*; el derecho a solicitar la revocación presenta un especial plazo atendido a su especial naturaleza respecto de la exoneración como acto *per se*. Volveremos sobre la cuestión del plazo de la revocación más adelante.

De acuerdo a tal conceptualización, lo cierto es que una denegación de la exoneración podrá llevarse a cabo durante todo el procedimiento concursal, incluso de oficio por parte del juez en casos en que, tal como señalamos previamente, existan circunstancias fácilmente verificables; y todo ello aunque no se hubiere otorgado, como de manera errónea creemos lo hace nuestra LC<sup>1700</sup>, una así llamada exoneración provisional. En tal sentido, estando pendiente el derecho del deudor a la descarga de la deuda durante todo el procedimiento en virtud de la finalidad de la regulación concursal de persona física, no es un requisito *sine qua non* la declaración de exoneración provisional<sup>1701</sup>. En el caso de nuestro ordenamiento, sucede que el tratamiento de la exoneración por la LC en una fase separada de la fase de liquidación, y por tanto, separada de los elementos estructurales del procedimiento concursal de la persona física, obliga al legislador a establecer una concesión provisional de la exoneración mientras pende el transcurso de la fase, concesión provisional de la exoneración que, en todo caso, de efectos exoneratorios como acto *per se* no presenta ninguno y, por tanto, de manera incorrecta ha sido denominada como tal.

## **2.2. Delimitación adecuada de las causales de denegación y revocación en la LC.**

De acuerdo a lo que nos hemos cuestionado previamente, ¿es posible señalar que nuestra LC contempla tanto motivos de denegación como causales de revocación?

Para responder a esta pregunta es necesario partir de la redacción de la norma del artículo 178 bis.7. Tal norma, en lo que nos interesa, establece que cualquier

---

<sup>1700</sup> Ver apartado I.2.5., Sección 1ª, Parte Tercera.

<sup>1701</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 184, en atención a que la LC contempla la concesión provisional de la exoneración, entiende que si la concesión se obtiene tras un período de tiempo destinado al cumplimiento del plan de pagos, "las causas que aparezcan en dicho período permiten la terminación del procedimiento por revocación de la concesión provisional del beneficio". En la práctica, y de acuerdo a lo que hemos comentado, dogmáticamente la denominada revocación de la concesión provisional de la exoneración entendemos no existe, debiendo comprenderse la distinción que presenta en cuanto efectos y forma de operar con respecto a la denegación de la exoneración.

acreedor podrá solicitar al juez la revocación de la exoneración. Tanto el párrafo primero como el párrafo segundo de la misma disposición aluden a tal posibilidad, con la diferencia de que se refieren a circunstancias distintas.

De acuerdo a la norma en comento, la primera interpretación que es posible de efectuar, de la mano con la literalidad de la disposición, es que todas las circunstancias señaladas, tanto en el párrafo uno como en el párrafo segundo, son de revocación. De la mano con lo que venimos planteando, tal interpretación permitiría comprender que la LC no contempla motivos de denegación de la exoneración de la deuda residual, solo contemplando circunstancias de rechazo de la exoneración que operarían una vez que la misma fuere concedida, imponiendo una incertidumbre jurídica a los deudores que se mantendrían durante todo el transcurso del plan de pagos a merced de una eventual revocación de la exoneración en casos dudosos vinculados a su buena fe procedimental. Ante esta consideración, podría alguien<sup>1702</sup> rebatir que tal entendimiento sería erróneo toda vez que desde que la LC en el apartado 4 posibilita que la exoneración sea concedida de manera provisional, en la práctica la voz "revocación" de una exoneración que ya hubiere sido concedida estaría bien utilizada y, por tanto, produciría de manera adecuada sus efectos sobre una exoneración ya declarada en aquellos casos dudosos vinculados a la buena fe del deudor. Para la réplica a esta consideración, téngase en cuenta lo que ya hemos señalado previamente<sup>1703</sup>.

Aunque la literalidad del apartado 7 inicialmente haga pensar que todas las causales mencionadas son de revocación, la obviedad no es algo que caracterice al derecho, menos en la redacción de la institución efectuada por el legislador español. A través de un análisis profundo de cada una de las circunstancias establecidas en la disposición, y vinculándolas a las cuestiones dogmáticas que en el apartado anterior hemos dejado sentadas, nos percatamos que en el apartado 7 se precisa una distinción.

La norma del párrafo segundo del apartado 7 establece que podrá solicitarse la revocación "si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos" se produce alguna de las circunstancias que detalla en las tres letras siguientes. Nuestra interpretación es que si las circunstancias establecidas en la letras respectivas se producen en el plazo de cinco años del plan, darán lugar tanto a la denegación de la

---

<sup>1702</sup> Esta consideración podría efectuarse a partir de lo señalado por CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 50; LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 184; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 7.

<sup>1703</sup> A estos efectos, ver apartado I.2.5., Sección 1ª, Parte Tercera y apartado 4.4., Sección 2ª, Parte Tercera.

exoneración, en el mismo plazo del plan, así como a la revocación de la exoneración, aunque para este caso la disposición no establece un plazo específico para su ejercicio.

En efecto, por una parte, comprendemos que cuando la norma se está refiriendo a la posibilidad de que el acreedor pueda solicitar la revocación "si durante el plazo" del plan de pagos el deudor incurre en alguna circunstancia mencionada a continuación, en concreto posibilita que la revocación, como tal, sea solicitada una vez transcurrido el plazo del plan de pagos cuando "durante" el transcurso del mismo el deudor hubiere incurrido en alguna circunstancia en la norma descrita. En esta interpretación, el ejercicio de la facultad podría llevarse a cabo por el interesado luego del transcurso de la fase de exoneración de deudas, esto es, después de que la exoneración hubiese sido concedida de manera definitiva en aplicación del artículo 178 bis.8, y en cualquiera de las circunstancias aludidas en las letras respectivas. Aunque el deudor incurriese o incumpliese el hecho constitutivo de la circunstancia "durante el plazo" del plan de pagos, la norma permitiría, utilizando de manera adecuada el término, revocar la exoneración concedida de manera definitiva en virtud del apartado 8<sup>1704</sup>.

Pero además, y por otro lado, comprendemos que cuando la norma se está refiriendo a la posibilidad de que el acreedor pueda solicitar la revocación "si durante el plazo" del plan de pagos incurre en alguna circunstancia luego mencionada, también posibilita que la solicitud sea efectuada durante el desarrollo del plazo del plan de pagos; lo cual sería indicativo de que el ejercicio de la facultad puede llevarse a cabo por el interesado durante el transcurso de la fase de exoneración de deudas, esto es, antes de que la exoneración hubiese sido concedida de manera definitiva en aplicación del artículo 178 bis.8<sup>1705</sup>. De acuerdo a esto, si la posibilidad de rechazo de la exoneración la norma permite que sea llevada a cabo mientras pende el procedimiento concursal y antes de que la exoneración hubiese sido acordada o declarada como acto *per se*, es que la norma en estricto rigor se está refiriendo a la posibilidad de solicitar una denegación de la exoneración, y no una revocación<sup>1706</sup>.

---

<sup>1704</sup> En contra, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 203.

<sup>1705</sup> Aunque vislumbrando la primera interpretación, por esta opción se decanta FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 292. De igual manera, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 162. Del mismo modo, entendiendo que el párrafo segundo del apartado 7 se refiere a la duración del plan de pagos, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 203.

<sup>1706</sup> Las mismas interpretaciones pueden ser efectuadas respecto del artículo 497, párrafo primero, del PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 152, toda vez que no deja claro si la expresión "durante el plazo del plan" se refiere a la posibilidad de solicitud de la revocación (a nuestro entender denegación), al tiempo en que haya acontecido la circunstancia, o a ambas.

En la misma línea de nuestra argumentación, se ha planteado<sup>1707</sup> que solo una vez que se produce la exoneración de manera definitiva cabe hablar de revocación propiamente tal, donde hablar de exoneración provisional y al mismo tiempo de revocación sería incorrecto. Por otro lado, entendiendo que el término revocación estaría mal empleado por cuanto con él se aludiría de forma técnica a un acto o resolución provisional respecto del cual no es aplicable, se ha señalado<sup>1708</sup> que mucho más correcto habría sido en este sentido referirse a causas o hechos impeditivos de la concesión definitiva.

Así las cosas, comprendemos que la LC efectivamente comprende circunstancias que se constituyen en causales de revocación de la exoneración; pero también otras que, encubiertas en las mismas circunstancias, actúan como motivo de denegación. Así las cosas, la cuestión que sigue a esta conclusión es, ¿cuáles son?

La pregunta no es baladí, toda vez que ante la genérica unidad de tratamiento de la revocación establecida por la LC no queda claro cuáles circunstancias serán consideradas como de denegación y cuáles de revocación. El ejemplo que dábamos previamente respecto de la circunstancia contemplada en el apartado 3.5°.ii) en relación a la letra a) del apartado 7 es representativo de este problema. Las circunstancias enumeradas en el apartado 7, que se refieren también al apartado 3, ¿corresponderán a un motivo de denegación o a una causal de revocación de la exoneración?. Como hemos podido corroborar, la LC utiliza la expresión "revocación" tanto para referirse a causales que, según la conceptualización dogmática y sus características, efectivamente lo son, como a casos que son de denegación. Sabiendo que en derecho las cosas son lo que son, y no lo que se pretende que sean, conociéndose la diferencia sustancial entre causales de revocación y de denegación, y habiéndose definido o delimitado el alcance o ámbito de aplicación de la concesión provisional y definitiva de la exoneración de deudas en la LC, podemos responder a la interrogante en los apartados posteriores.

---

<sup>1707</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 20.

<sup>1708</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 19, aunque no analiza la naturaleza jurídica de la revocación como acto *per se*.



### 3. Breve sistematización de los motivos de denegación en el ordenamiento alemán.

La procedencia de determinados motivos de denegación en el ordenamiento alemán varía según el estado del procedimiento. Con la Reforma de la InsO de 2014, se establece una ampliación en la aplicación de motivos de denegación de la § 290 (1) al procedimiento de alivio y de la § 295 (1)(1) al procedimiento de insolvencia<sup>1709</sup>. En el procedimiento de insolvencia, las causales de denegación aplicables serán las contempladas en las §§ 290 (1)(1 a 7), así como la del § 295 (1)(1) por aplicación de § 297b; mientras que en el procedimiento de alivio, además de las contempladas en las §§ 295 y 296, de acuerdo a la § 297a, las causales de §§ 290 (1) (1, 3, 6 y 7)<sup>1710</sup>. El acreedor podrá presentarlas por escrito en cualquier momento del procedimiento hasta la fecha de cierre y serán resueltas luego de la misma<sup>1711</sup>. En este último caso, se precisa que las causales hayan sido identificadas durante el periodo de buena conducta y la solicitud sea realizada dentro de los seis meses a partir de la fecha de la solicitud de alivio de la deuda, debiendo haber sido conocido el motivo de denegación por el acreedor<sup>1712</sup>.

---

<sup>1709</sup> HERGENRÖEDER y HOMANN (2013) "Die Reform... Der nächste...", cit., p. 93; LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., p. 298.

<sup>1710</sup> HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 12, señala que con esta norma, motivos de denegación anteriores pero conocidos durante el periodo de buena conducta, también pueden ser arrastrados al procedimiento de alivio, dando lugar a una solicitud de denegación. PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 153, critica que con la eliminación de la división entre motivos de denegación de la § 290 (1)(1 a 6) (al tiempo del Proyecto de Ley de Reforma de la InsO de 2012) y la violación de deberes de la § 295, 296, implica que incluso en el periodo de buena conducta el deudor podría verse con una solicitud de denegación por motivos ocurridos en periodo anterior. De manera más extensa, PAPE (2014) "Fortfall...", cit.

<sup>1711</sup> § 290 (2) InsO. BECK (2012) "Der Referentenentwurf...", cit., p. 232; SCHMERBACH (2012) "Änderungen...", cit., p. 58. LUDTKE (2016) "Gemeinsamkeiten...", cit., p. 298; GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 204. PAPE (2014) "Fortfall...", cit., p. 235, expresa que a los acreedores se les concede un derecho permanente para acudir a los tribunales con incesantes y cambiantes solicitudes de denegación del alivio de la deuda contra los deudores. Por su parte, FRIND, Frank (2013) "Der "auf Halde" gelegte Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung – Anmerkungen zum praxisgerechten Umgang mit einem gesetzgeberischen "Schildbürgerstreich"", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 17, pp. 729 y sgtes., establece una crítica particular a la posibilidad de que el tribunal pueda resolver solo con posterioridad a la fecha de cierre respecto de las solicitudes de denegación, y señala casos en los cuales sería aconsejable efectuar una evaluación anterior, como son las solicitudes eventualmente inadmisibles o infundadas, e incluso para solicitudes oportunas y fundadas.

<sup>1712</sup> De acuerdo a PAPE (2004) "Vorzeitige...", cit., p. 247, con tal regulación, se cierra la brecha que habría existido entre la aplicación de los motivos de denegación de § 290 (1) (1 a 6) durante el procedimiento de insolvencia, y la aplicación de las §§ 295 y 296 en el procedimiento de alivio. PAPE (2014) "Fortfall...", cit., p. 237, cuestiona que la regulación no sea clara en torno a si lo que se requiere es el conocimiento de todos los acreedores o solo el acreedor solicitante, influyendo ello además, en la posibilidad de múltiples solicitudes de denegación por los acreedores; por otro lado, cuestiona que la norma no sea clara en torno a lo que significa que la solicitud sea creíble.

En específico, las causales de denegación del alivio contempladas en la legislación alemana son: § 290 (1)(1), condena del deudor en virtud de las §§ 283 a 283c StGB, esto es, delitos de insolvencia, y delitos contra la propiedad o bienes del acreedor, dentro de los cinco años anteriores a la solicitud de concurso<sup>1713</sup>.

El caso en que, según la § 290 (1)(2), mediando negligencia grave, malicia o fraude del deudor, hubiere otorgado dentro de los cinco años anteriores al inicio del procedimiento o una vez iniciado el mismo, información inexacta o incompleta respecto de su situación financiera para obtener un préstamo, beneficios de fondos públicos o para evitar pagar a las arcas públicas. De acuerdo a la jurisprudencia, negligencia grave se refiere a una violación del cuidado requerido en el tráfico en un grado particularmente alto, no teniendo en cuenta consideraciones tan claras u obvias o por ignorancia de lo que sería obvio o evidente para cualquiera<sup>1714</sup>. Es la infracción de un deber subjetivamente inexcusable<sup>1715</sup>.

El de la § 290 (1)(4), comprende que si intencionalmente o mediando negligencia grave el deudor ha menoscabado la satisfacción de los acreedores a través de la creación de pasivos inapropiados, malgaste de activos o retraso en la apertura del procedimiento<sup>1716</sup>, dentro de los tres años anteriores a la solicitud de concurso<sup>1717</sup>. La norma no cubre el mero uso de los activos, sino que abarca los casos en los que el deudor consume sus activos fuera de un comportamiento razonable y comprensible,

---

MÖHRING, Praxedis (2016) "Das nachträgliche Herausstellen von Versagungs- und Widerrufsgründen in §§ 297a, 303 Abs. 1 InsO – ein vernachlässigtes Tatbestandsmerkmal?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 10, p. 384, apoya la doctrina mayoritaria en torno a que el conocimiento al que alude la norma es del acreedor en forma individual. Indica que la exposición de motivos no se basa en el conocimiento de todos los acreedores, sino que únicamente en que la solicitud puede ser presentada dentro del plazo de seis meses posteriores a la fecha de cierre en que acreedor conoció del motivo de denegación. El que un acreedor que conoció el motivo que afecta a otro acreedor no pueda solicitar la denegación del alivio se justifica en los distintos intereses de los acreedores, no siendo homogéneos sino que divergentes, especialmente aquellos acreedores favorecidos con créditos exceptuados del alivio de la deuda residual, que no necesariamente tendrán interés en la denegación del alivio; por lo que es justo decir que un motivo de denegación que afecta a un acreedor no se atribuye o es imputable a los demás acreedores. En este mismo sentido, LAROCHE y SIEBERT (2014) "Neuerungen...", cit., pp. 543 y 544.

<sup>1713</sup> En relación a anteriores intentos de reforma de la InsO, PAPE (2007) "Neue Wege...", cit., p. 246, criticaba el Borrador del Ministerio Federal de 2007 puesto que no contemplaba un periodo en que la condena debía haber tenido lugar. HEICKE (2014) "Die Modifikationen...", cit., p. 49.

<sup>1714</sup> PAPE (2010) "Linien...", cit., p.12.

<sup>1715</sup> RUCH (2011) "Die Auswirkungen...", cit., p. 165, citando la sentencia del BGH de 09 de febrero de 2006 - IX ZB 218/04, ZVI 2006, 258.

<sup>1716</sup> Respecto de esta última circunstancias se pretende evitar que el deudor, con engaño a los acreedores sobre sus circunstancias financieras o de manera similar, impida que un procedimiento de insolvencia sea solicitado y se abra a tiempo. El propósito de esta disposición es garantizar que el patrimonio disponible para la satisfacción de los acreedores sea mayor. BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 190.

<sup>1717</sup> De acuerdo a HEICKE (2014) "Die Modifikationen...", cit., p. 49, la conducta del deudor no puede ser considerada más allá de tres años antes de la solicitud de procedimiento.

lleva un estilo de vida inapropiadamente lujoso o incluso justifica la apertura de procedimientos de insolvencia en detrimento de sus acreedores justificados en reclamaciones de compensación por actos ilícitos voluntarios o en una situación económica desesperada.

La norma de la § 290 (1)(5), se relaciona con una violación de las obligaciones de información y cooperación del deudor que ponga en peligro la satisfacción de los acreedores. La sección cubre infracciones intencionales o gravemente negligentes de información u obligaciones de cooperación durante todo el procedimiento concursal<sup>1718</sup>. En esta obligación, se exige que el deudor proporcione información incluso no solicitada respecto a todo asunto legal, económico y fáctico vinculado al procedimiento en la medida que sea relevante<sup>1719</sup>. De esta forma, se aprecia la severidad del instrumento puesto que el deudor requiere un conocimiento alto de los estándares de la InsO, donde el criterio de la "obviedad", si bien deja espacio a la corrección jurisprudencial, es difícil juzgarlo de antemano por el deudor<sup>1720</sup>.

La § 290 (1)(6) en relación con § 305 (1)(3), se refiere a la violación de la obligación de informar de manera efectiva, sin falsedad o inexactitud, sobre la información requerida en los formularios a los que se refiere la § 305 (1)(3)<sup>1721</sup> al tiempo de la presentación de la solicitud de concurso. Respecto de esta obligación, en la medida que en los formularios respectivos no se solicita una información determinada, el deudor no está en obligación de otorgarla; por otro lado, si los bienes determinados no tienen valor alguno, aunque los formularios soliciten la información, no es posible derivar una consecuencia desfavorable para el deudor que no informa.

§ 290 (1)(7), en relación con § 287b y § 295 (1)(2), se relaciona con la violación de la obligación de adquisición del deudor, compuesta por las obligaciones de realizar una actividad remunerada apropiada y adquirir ingresos adecuados, con deterioro de la

---

<sup>1718</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 27, declaró que siendo cierto que la opinión predominante en la jurisprudencia y la doctrina entendían que esta formulación significa que todos los deberes de información y cooperación se registran desde la solicitud de apertura hasta la fecha de cierre, ello debía aclararse explícitamente a través de la eliminación de las palabras "durante el procedimiento de insolvencia" de la antigua sección.

<sup>1719</sup> Así, Sentencia del BGH de 11 de febrero de 2010, cit.

<sup>1720</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 279.

<sup>1721</sup> En aplicación de la § 305 (1)(3) InsO, el deudor debe dar cuenta, para iniciar un procedimiento de insolvencia, de un formulario o registro con los activos, ingresos, acreedores y demandas en su contra. Así mismo, debe adjuntar una declaración que asegure la exactitud e integridad de la información. Con su firma, los deudores aseguran el nivel más alto de información sobre sus acreedores y reclamaciones exactas y completas; así como declarar conocer que la falsificación deliberada de la información o la información incorrecta o incompleta de forma intencional o deliberada o mediando negligencia grave, puede derivar en denegación de la exención. RUCH (2011) "Die Auswirkungen...", cit., p. 164.

expectativas de los acreedores<sup>1722</sup>. A esta obligación se apareja la de informar o notificar al deudor si ha encontrado un trabajo en virtud de § 295 (1)(3).

§ 296 (2), se refiere a una violación culpable o gravemente negligente de la obligación de información y cooperación del deudor durante el procedimiento concursal. Si existe duda en torno a la culpa del deudor en el incumplimiento no se asume la responsabilidad por el deudor en el incumplimiento, a diferencia del § 296 (1).

La § 297a posibilita la denegación cuando haya existido incumplimiento de las obligaciones del deudor de la § 290 (1) durante el procedimiento concursal pero tales incumplimientos hayan sido conocidos por los acreedores con posterioridad a la fecha de cierre del procedimiento de alivio. Se incluyen todos los motivos de denegación incluidos en el catálogo del § 290 (1), que conoció el acreedor solicitante después de la fecha de cierre o la terminación del procedimiento en los casos del § 211 InsO. En aras de una pronta aclaración, la solicitud de denegación solo se puede presentar dentro de los seis meses posteriores a la fecha en que el acreedor reclamante conoció el motivo de la denegación<sup>1723</sup>. El acreedor reclamante debe hacer creíble la existencia de un motivo de denegación según § 290(1) y el hecho de que no tenía conocimiento de la existencia del motivo de denegación antes de la fecha de cierre o la terminación del procedimiento<sup>1724</sup>.

---

<sup>1722</sup> HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 11, expresa que el legislador considera la obligación de adquisición como una obligación en el sentido de la § 295 InsO, esto es, además del incumplimiento, se requiere —a diferencia de otros motivos de denegación de § 290 (1)— un deterioro de la satisfacción de los acreedores.

<sup>1723</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 29. La exposición de motivos de la Reforma de la InsO de 2014 justifica la causal indicando que un deudor deshonesto no es digno de protección porque la fecha de cierre ya ha pasado y ningún acreedor ha afirmado el motivo de la negativa, sino que por el contrario, se considera injusto que un deudor reciba un alivio de la deuda porque los acreedores han tomado conciencia del motivo de la denegación demasiado tarde. Por otro lado, los acreedores no deben asumir una duración de los procedimientos de insolvencia especialmente breve, ya que acorta el período de descubrimiento de los motivos de denegación.

<sup>1724</sup> BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 29.

## II. LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN EN LA LC.

Sentado que la LC contempla en la redacción del artículo 178 bis tanto motivos de denegación, como causales de revocación, ¿cuáles son los específicos motivos de denegación que la disposición contempla?

### 1. Motivo de denegación por constatación de ingresos, bienes o derechos ocultos del deudor (artículo 178 bis.7, párrafo primero).

La norma del párrafo primero del apartado 7 establece en lo pertinente que cualquier acreedor estará legitimado para solicitar la revocación de la exoneración cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constate la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos.

Teniendo presente que la norma del párrafo final del apartado 8 posibilita que la misma circunstancia opere como una causal de revocación luego de que la exoneración hubiese sido otorgada con carácter definitivo, comprendiendo que la posibilidad de solicitar el rechazo de la exoneración se encuentra presente "durante" el transcurso de la fase de exoneración a través del plan de pagos, esto es, antes de que se haya otorgado la exoneración definitiva, la circunstancia contemplada por la norma es constitutiva de un motivo de denegación<sup>1725</sup>.

Tal motivo de denegación operará con posterioridad a la concesión de la exoneración provisional en caso de exoneración a través del plan de pagos del apartado 6, teniendo aplicación en el periodo de cinco años y antes de que opere la exoneración definitiva del apartado 8. La misma norma se refiere a los "cinco años siguientes a su concesión", que según entendemos, se refiere a los cinco años posteriores a la concesión provisional, que en estricto rigor se corresponden a los cinco años del plan de pagos del apartado 6.

Nos preguntamos en este caso, cuál es el beneficio que se logra a través de una denegación de la exoneración cuando se hubiese constatado la existencia de bienes ocultos por parte del deudor. La misma pregunta es aplicable, entendemos, al caso en que la circunstancia opere como causal de revocación en aplicación del párrafo final del apartado 8.

---

<sup>1725</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p.197, entiende que la norma vendría a establecer una causal genérica de revocación, aplicable tanto para la exoneración provisional como para la definitiva.

Podríamos pensar que a través de la denegación de la exoneración los acreedores tendrían mayores posibilidades de cobrar sus acreencias debido a un activo que se vería engrosado con los nuevos bienes existentes. Sin embargo, ante una denegación de la exoneración, las consecuencias beneficiosas del principio de igualdad de trato a los intereses de los acreedores presentes en un procedimiento concursal se perderían, debiendo entrar a disputarse los bienes entre ellos en función de las normas de ejecución individual del activo del deudor. Desde el punto de vista de los intereses de satisfacción de los acreedores, no parece del todo oportuno que las reglas del procedimiento concursal dejen de aplicarse, puesto que ello, al contrario del objetivo de dar protección al interés de satisfacción de los acreedores, conllevaría un beneficio solo para algunos y, por tanto, el incumplimiento de tal objetivo.

Sin perjuicio de lo anterior, desde el punto de vista del deudor, es del todo comprensible y justificado que una actividad contraria a la rectitud en desmedro de los intereses de los acreedores sea sancionada con la imposibilidad de lograr una descarga. La misma norma, a diferencia de lo que podremos señalar respecto de otras circunstancias establecidas en el apartado 3 del artículo 178 bis, contempla en su propia redacción una exigencia vinculada con una efectiva actividad contraria a la rectitud llevada a cabo por el deudor con conocimiento, malicia o, cuando menos, manifiesta negligencia, como es el "ocultar" los bienes, entendemos, de la acción de los acreedores<sup>1726</sup>. La adecuada comprensión de la disposición de que la sanción de rechazo del alivio durante el transcurso de la fase de exoneración se lleva a cabo en atención a una efectiva mala fe del deudor justifica su aceptación como tal, pero exige que la sanción sea otorgada solo en caso de que exista una efectiva actividad contraria a la rectitud por parte del deudor, no bastando un hecho de mera equivocación en el señalamiento de los bienes<sup>1727</sup>. En línea con nuestra estimación, en torno a las justificaciones de la causal de revocación, se ha señalado<sup>1728</sup> que se trata de una conducta fraudulenta, como indica el término "ocultados", considerada de extrema gravedad, que justifica la revocación del beneficio, incluso tras la concesión definitiva del mismo.

---

<sup>1726</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 199, estima que "el término "ocultado" denota cierta idea de clandestinidad e ilicitud en la actuación del deudor."

<sup>1727</sup> En contra, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 301, para quien la expresión "ocultos" no determina que haya que apreciarse un elemento intencional por parte del deudor.

<sup>1728</sup> De esta misma forma, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 185.

Finalmente, comprendiendo nosotros que esta circunstancia bien podría producirse con anterioridad al inicio del procedimiento concursal<sup>1729</sup>, como durante su transcurso, entendemos que como la norma utiliza la expresión "constatar" la concurrencia de la circunstancia, para la aplicación de esta causal de denegación no se requiere que la circunstancia se hubiere producido "durante los cinco años siguientes" a la concesión provisional de la exoneración, esto es, durante el transcurso del plan de pagos; bastando que la misma, produciéndose "durante" el transcurso del plazo del plan, con anterioridad al inicio de la fase de exoneración e, incluso, con anterioridad al inicio del procedimiento concursal, hubiere sido conocida o verificada por los acreedores durante el plazo del plan de pagos. De ello además se deduce que los acreedores que hubieren conocido o verificado la circunstancia durante el plazo del plan de pagos deberán en todo caso solicitar la respectiva denegación de la exoneración, pues lo contrario se constituiría en una preclusión de su derecho a la denegación.

## **2. Motivos de denegación contemplados en el artículo 178 bis.7, párrafo segundo.**

La norma del párrafo segundo del apartado 7 establece que también podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, se produce alguna de las circunstancias contempladas en las letras a), b) y c), siguientes.

Antes de referirnos a las circunstancias que, en nuestro concepto, son motivos de denegación en la norma aludida, debemos efectuar una precisión. Considerando que de acuerdo a nuestra interpretación, las circunstancias especificadas en la norma pueden dar lugar tanto un motivo de denegación como a una causal de revocación, son distinguibles en función del objetivo de la institución del rechazo de la descarga en torno a la prevención del abuso del deudor y en función del momento en el que podrían ser exigidas para instar el rechazo del alivio de la deuda residual, sea como denegación, sea como revocación.

En este contexto, y según la interpretación que planteamos previamente, tenemos que la letra a) se configura, tanto como motivo de denegación, tanto como

---

<sup>1729</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 300, estima que esta circunstancia solo cabría si el hecho se produce con anterioridad al inicio del procedimiento.

causal de revocación, aunque para este segundo caso, y ya lo hemos planteado, la norma no establece un plazo para el ejercicio de la solicitud de revocación.

Para el caso de la letra b), aunque nos referiremos de manera más amplia a esta causal más adelante, basta ahora con precisar que no podría ser otra cosa que un motivo de denegación, donde tanto por el encabezado de la norma, como por la obviedad que presenta la circunstancia para los acreedores, estos fácilmente podrán constatar el incumplimiento del plan de pagos en el periodo mismo de cinco años de acuerdo al encabezado del párrafo segundo del apartado 7.

### **2.1. Motivos de denegación por concurrencia de las circunstancias del apartado 3 (artículo 178 bis.7.a)).**

La norma de la letra a) del apartado 7 establece que podrá también solicitarse la revocación si durante el plazo del plan de pagos incurriese el deudor en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración.

De la redacción de la norma nos preguntamos si la alusión a las "circunstancias que conforme lo establecido en el apartado 3 hubieran impedido la concesión del beneficios" contempla también aquellas circunstancias que se encuentran señaladas en los números 1º, 2º, 3º y 4º del apartado 3.

Comprendiendo, como hemos dejado sentado previamente, que la norma del apartado 7 contempla tanto motivos de denegación como causales de revocación de la exoneración, de la redacción literal de la norma de la letra a) sería factible estimar que cualquier circunstancia contemplada en los número 1º, 2º, 3º y 4º podría actuar tanto como un motivo de denegación, tanto como causal de revocación de la exoneración, dependiendo del momento en la cual fuere alegada por parte de los acreedores. Ello además sería corroborado por la misma disposición al establecer, aunque en el ámbito del apartado 7 operando como causales de revocación, que todas las circunstancias mencionados en tales números son hechos que de una u otra forma "impiden la concesión del beneficio de exoneración".

No obstante lo anterior, es nuestra interpretación que aunque la letra a) se refiere a todas las circunstancias del apartado 3, una eventual denegación o revocación de la exoneración en aplicación del apartado 7 solo es posible en atención a ciertas circunstancias enumeradas en el número 5º del apartado 3. En efecto, las circunstancias contempladas en los número 1º, 3º y 4º del apartado 3, e incluso respecto de la



circunstancia del numeral 3.5º.iii), no es posible que puedan operar como motivos de denegación o causales de revocación de la exoneración, debido a que su ámbito de aplicación, como hemos podido corroborar previamente, se circunscribe por la disposición normativa solo al inicio de la fase de exoneración, y respecto de las cuales, salvo comprenderse la posibilidad de evaluación de oficio por el juez, es deber de los acreedores y la administración concursal dar cuenta. Por su parte, el número 4º del apartado 3 no puede ser entendido como una circunstancia que pudiere desembocar en un rechazo de la exoneración en ninguna de sus formas puesto que en la redacción de la disposición se constituye en una forma de exoneración respecto de la cual, en caso de no procedencia de sus condiciones, existe una forma de exoneración alternativa contemplada en la norma del número 5º del apartado 3.

Respecto de las circunstancias de los números 1º y 3º y numeral 5º.iii), malamente podría esperarse que pudieren dar lugar a un motivo de denegación mientras pende el plazo del plan de pagos, o a una causal de revocación una vez hubiese sido otorgada la exoneración definitiva, puesto que operando las circunstancias como formas de impedir el inicio de la fase de exoneración de la deuda, el solo hecho de constatarse imposibilita que la fase misma de exoneración se lleve a cabo<sup>1730</sup>. En línea con este entendimiento, se ha expresado<sup>1731</sup> que permitir que tales causales puedan ser consideradas como, en su concepto, causales de revocación, importaría que los acreedores se aprovechen para revisar hechos ya evaluados al tiempo de permitir el acceso del deudor a la fase de exoneración, lo que en definitiva supondría dar una innecesaria nueva oportunidad a aquellos que, en su momento, no se opusieron a la concesión del beneficio dando entrada a una nueva fase de oposición a instancia de cualquier acreedor disconforme.

No obstante lo expresado, una interpretación alternativa podría llevarse a cabo en función de la redacción de las disposiciones en comento, y que podría dar lugar al entendimiento de que de las circunstancias contempladas en el apartado 3, números 1º, 2º y 3º y en el numeral 5º.iii), podrían actuar como causales de denegación y revocación de la exoneración. Para lograr esta conclusión, la interpretación alternativa considera que las circunstancias del apartado 3 dan lugar a una denegación o revocación si, respectivamente, durante el plazo del plan de pagos o una vez otorgada la exoneración

---

<sup>1730</sup> En esta misma interpretación, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 293; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 249.

<sup>1731</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 185.

definitiva, se conoce y prueba por los acreedores que el deudor no dio cumplimiento a tales obligaciones con anterioridad al inicio del procedimiento concursal, o bien con anterioridad a la declaración de exoneración provisional<sup>1732</sup>. Para ser acertada esta interpretación, requeriría: primero, de la comprensión de la posibilidad que se diera el caso en que los acreedores y la administración concursal hubiesen pasado por alto alguna de las circunstancias enumeradas en los números 1º y 3º y numeral 5.ºiii) al tiempo de la solicitud de exoneración del deudor; y segundo, de la admisibilidad de la idea de que los acreedores o administración concursal pudieran conocer de la circunstancia con posterioridad al inicio de la fase de exoneración, y especialmente con posterioridad al inicio del término de plan de pagos o con posterioridad a la concesión definitiva de la exoneración; ambas cuestiones que, en estricto rigor, en la primera se estima muy poco probable, y para la segunda, no la admite o posibilita la norma en su texto, puesto que el párrafo segundo del apartado 7 dispone que el deudor debe haber incurrido en la circunstancia "durante el plazo" del plan, sin referirse a la posibilidad de un supuesto conocimiento posterior al inicio del procedimiento por parte de los acreedores<sup>1733</sup>.

Cuestión distinta ocurre con las circunstancias contempladas en el número 2º del apartado 3<sup>1734</sup> y numerales 5º.ii) y 5º.iv), las cuales bien podrían suscitarse durante el transcurso de la fase de exoneración<sup>1735</sup>, lo cual en nuestra interpretación del apartado 7 bien podría dar lugar a una denegación de la exoneración, bien a una revocación, en función del momento en el cual el acreedor hubiere alegado la circunstancias.

Atendido a todo lo anterior, entendemos que es aplicable para el apartado 7 la segunda interpretación y, por tanto, consideramos que solo las circunstancias de los

---

<sup>1732</sup> Esta interpretación parece vislumbrar también SANJUÁN Y MUÑOZ (2015) "El concepto...", cit., p. 793.

<sup>1733</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 162, en relación a las causales de revocación, estima que "el legislador está pensando en conductas posteriores a la concesión del beneficio y no anteriores puestas de manifiesto con posterioridad.

<sup>1734</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 21, entiende aplicable la circunstancia al periodo de plan de pagos como causal de revocación de la exoneración provisional.

<sup>1735</sup> Así, respecto de la circunstancia del número 2º del apartado 3, LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 4; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 295. Por su parte, así mismo en relación a la circunstancia del número 2º y numeral iv) del número 5º, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 162. SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 249, no comprende a la circunstancia del numeral ii), número 5º del apartado 3. Llama negativamente la atención que la norma del artículo 497.3º en relación con el artículo 486.2 del PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., parecieren dar a entender que el requisito de buena fe limitaría su contenido solo por la circunstancia de calificación del concurso y condena por delito previo, sin considerar otras circunstancias como sería el cumplimiento del deber de colaboración del deudor o el rechazo de una oferta de empleo adecuada para efectos de configurar una causal —en sus palabras— de revocación; ello puesto que, además, la norma del artículo 492 no considera expreamente a los requisitos que enumera como constitutivos de una buena fe del deudor.

apartado 3.5°.ii) y iv) y apartado 3.2° son aplicables al periodo del plan de pagos de cinco años del apartado 6 y por tanto podrían operar como motivos de denegación y como causales de revocación en aplicación del apartado 7 letra a). De ello es que se hacía necesario y de importancia delimitar de manera precisa el ámbito de aplicación de los requisitos para el alivio que la misma LC implementa, toda vez que en este caso pasan a ser causales de denegación atendido a que en la fase de plan de pagos de cinco años aún no se ha otorgado con carácter definitivo el alivio de acuerdo al apartado 8, pues no ha transcurrido el plazo de cinco años, sino solo con carácter provisional, según el párrafo dos del apartado 4.

## **2.2. Motivo de denegación por incumplimiento del deber de colaboración.**

### ***2.2.1. La supuesta contradicción entre las circunstancias del número 1° y del numeral ii) del número 5°, del apartado 3, desde el entendimiento de la causal como motivo de denegación.***

El artículo 178 bis.3.5.ii) establece como requisito de buena fe del deudor para la procedencia de la forma de exoneración aplazada el que hubiere dado cumplimiento al deber de colaboración del artículo 42 LC. Por su parte, de la norma del apartado 3.1° en relación al artículo 164.1.2° se desprende que se entenderá que concurre mala fe en el deudor, por tanto rechazándose la fase de exoneración, cuando hubiere sido calificado de culpable el concurso por incumplimiento de su deber de colaboración. A primera vista, podría entenderse que existe una contradicción entre tales disposiciones puesto que en la práctica si el deudor no hubiere cumplido su deber de colaboración en el procedimiento concursal, malamente podría exigirse el cumplimiento de tal deber para acceder a la fase de exoneración, puesto que la misma habría sido ya rechazada por incumplimiento del apartado 3.1° en atención a la previa calificación del concurso como culpable por incumplimiento del mismo deber<sup>1736</sup>.

Ahora bien, considerando la interpretación que venimos argumentando de la letra a) del apartado 7, es que podemos comprender que aunque pudiera pensarse que existiría una contradicción entre la norma del apartado 3.5°.ii) y la del 3.1° en relación al deber de colaboración del deudor, tal contradicción es solo aparente.

---

<sup>1736</sup> En esta interpretación, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 183; LATORRE (2018) "El discharge...", cit., pp. 12; FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 274. Esta posible interpretación también la vislumbra CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 40; en principio, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 14; BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 214.

En efecto, es preciso poner atención en que no es cierto que en uno u otro caso, esto es, en fase de calificación o en fase de exoneración, la situación sea contradictoria, puesto que el requisito del numeral 5º.ii) va a ser aplicado también mientras pende el plazo de cinco años del plan de pagos por aplicación de la norma del artículo 178 bis.7.a), como una circunstancia configuradora de un motivo de denegación<sup>1737</sup>; por lo que el requisito tendrá también aplicación en el transcurso del plan de pagos y repercutirá en el otorgamiento definitivo o no de la exoneración. Por otro lado, aunque cierta doctrina<sup>1738</sup> comprenda que con la conclusión del concurso —que se produciría tras la fase de liquidación— termina la obligación de cooperación del deudor, no es menos cierto que la misma LC dispone que por aplicación del párrafo segundo del apartado 7 en relación al numeral 5º.ii), el deber de cooperación del deudor se mantiene durante el transcurso del plazo del plan de pagos. Por otro lado, ya hemos dado cuenta de la necesidad de que la fase de exoneración sea contemplada como un elemento intrínseco de la fase de liquidación<sup>1739</sup>, desde donde surge como consecuencia la aplicación del deber a este elemento estructural del procedimiento concursal.

Sentado lo anterior y aclarada que la supuesta contradicción, desde el punto de vista de la causal como motivo de denegación es solo aparente, ha de tenerse presente las consideraciones efectuadas en torno al tratamiento restrictivo que la LC otorga al deudor ante el incumplimiento del deber de colaboración y la necesidad de que la LC contemple expresamente la posibilidad de contrarrestar la presunción de mala fe por falta de culpa o dolo del deudor ante el incumplimiento del deber. En este contexto, y como hemos corroborado previamente, es destacable que el derecho alemán contemple esta circunstancia como causal de denegación del alivio, pero subordinada al caso en que el deudor hubiera incumplido el deber de manera gravemente negligente o con intención maliciosa<sup>1740</sup>. Nos remitimos en este punto a lo ya manifestado<sup>1741</sup>.

---

<sup>1737</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 14, la estima como causal de revocación de la exoneración provisional.

<sup>1738</sup> FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 296.

<sup>1739</sup> Apartado II.4., Sección 1ª, Parte Cuarta.

<sup>1740</sup> § 290 (1)(5) de la InsO.

<sup>1741</sup> Apartado I.2.2., Sección 2ª, Parte Cuarta.

## **2.3. Una adecuada comprensión de la circunstancia de rechazo de oferta de empleo adecuada como causal de denegación.**

### ***2.3.1. La contradicción de la regulación del periodo de buena conducta en la LC desde la obligación de trabajar del deudor.***

Si de manera hipotética adoptásemos la premisa de que la privación del alivio del deudor por un término determinado ante la posibilidad de que pueda pagar o cumplir satisfactoriamente un plan propuesto o finalmente aprobado está justificado desde el punto de vista de la protección de los intereses de los acreedores y su expectativa de pago, lo cual como pudimos apreciar anteriormente sería efectivo desde el test de proporcionalidad para los deudores con capacidad de pago<sup>1742</sup>; sucede que a diferencia del modelo alemán, nuestra LC no contempla ni en el apartado 6, ni en el 3.5º.iv), ambos del artículo 178 bis, la obligación de adquisición y pago durante todo el periodo de buena conducta.

La obligación de adquisición y pago posibilita, aunque sea de manera teórica desde la experiencia alemana, que el deudor realice todos los esfuerzos posibles por obtener y mantener un trabajo remunerado, sea dependiente o independiente, con el cual dar satisfacción a los acreedores. A diferencia de lo que sucede en el modelo alemán de insolvencia de persona física, en el que la obligación de adquisición y pago se contempla durante todo el transcurso del procedimiento de alivio del deudor, nuestra LC contempla la obligación del deudor de haber desempeñado una actividad remunerada adecuada en los últimos cuatro años anteriores a la apertura del procedimiento concursal como una causal de rechazo de la exoneración de deudas en virtud del artículo 178 bis.3.5º.iv).

Aunque ya hemos dado cuenta de lo injustificado de una configuración procedimental regida por una fórmula de exoneración aplazada, y especialmente de los elementos centrales de tal formulación, y tras haber preentado nuestra propuesta de periodo de rehabilitación adecuado, debemos criticar que no exista en el modelo español una configuración procedimental que contemple una efectiva herramienta que tenga como objeto fomentar el esfuerzo del deudor en el cumplimiento efectivo de las obligaciones que aún permanecen debidas, y de manera especial, para los casos en que los deudores tengan capacidad de pago en función de una adecuada evaluación de la viabilidad de la persona física.

---

<sup>1742</sup> Apartado II.5., Sección 1ª, Parte Tercera.

En este sentido, no somos partidarios de estimar que la falta de consideración en la LC de una obligación de trabajar del deudor a lo largo del periodo de buena conducta se deba a que la misma ley exigiría el cumplimiento de todos los créditos contra la masa, privilegiados y, en su caso, parte de los ordinarios, para el otorgamiento de una exoneración definitiva en la forma aplazada del plan de pagos del apartado 6<sup>1743</sup>. Ello puesto que, como hemos visto, tal conclusión partiría de una errónea concepción de la formulación de un porcentaje o índice de satisfacción mínima en beneficio de los acreedores como excepción a la descarga de la deuda, y porque además, estimamos que la causa de esta falta de consideración habría sido más bien una mala práctica regulativa del legislador, que una falta de necesidad.

En efecto, si el legislador español instauró un periodo de buena conducta, debió al menos preocuparse por establecer mecanismos que posibilitaran un efectivo fomento al logro de uno de los objetivos del mismo, esto es, la satisfacción de los acreedores de forma, al menos teórica, adecuada<sup>1744</sup>.

Si a lo anterior agregamos el hecho de que la norma del artículo 178 bis.8 posibilita que la exoneración definitiva sea otorgada a pesar del incumplimiento del plan de pagos, si el deudor hubiera entregado a sus acreedores al menos la mitad de sus ingresos en el plazo de los cinco años del plan, es que estas disposiciones fomentan lo contrario en el deudor; esto es, que permanezca resignado durante los restantes cinco años en un plan de pagos que sabe que tampoco es necesario cumplir, pues bastaría que la mitad de sus ingresos, los cuales no se preocupará de aumentar, si los tiene o puede obtenerlos, sean destinados a sus acreedores. Ahora bien, como la LC no incentiva al deudor a que se esfuerce en encontrar o mantener un trabajo con el cual hacer pago a sus acreedores de manera de lograr efectivamente el objetivo pretendido por un periodo de buena conducta, no encontraría justificación bajo ningún punto de vista una configuración procedimental en la que rija una fórmula de exoneración aplazada.

---

<sup>1743</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 191, para quien "[...] la consecución de un resultado concreto relega a un plano irrelevante algunos aspectos considerados esenciales en otros ordenamientos. En principio, resulta, por ejemplo, indiferente que el deudor trabaje o que realice una búsqueda activa de empleo[...]". En iguales términos, LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 7.

<sup>1744</sup> Concuera con nosotros RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 15, para quien "Si lo que se pretende con ello es advertir la voluntad del deudor de pagar sus deudas, asumiendo ofertas de empleo para la obtención de ingresos adicionales, lo razonable no es disponer esta exigencia con anterioridad a la declaración de concurso sino durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos al que debe someterse para la obtención del beneficio. Es en este período en el que realmente se tiene que demostrar el esfuerzo y compromiso del deudor para hacer frente al pago de los créditos insatisfechos no exonerados y que justifica su aplazamiento."

Sentado lo anterior, ante la incongruencia de la regulación de la fórmula aplazada de exoneración en relación al pretendido objetivo de satisfacción de los acreedores buscado por el legislador al tiempo de su establecimiento, la regulación de un periodo de buena conducta en la LC solo se justifica como una sanción al deudor persona natural insolvente desde los postulados analizados en torno a la naturaleza jurídica de la institución<sup>1745</sup>. Las críticas que previamente hemos planteado a la justificación de un periodo de buena conducta como sanción son del todo replicables<sup>1746</sup>.

Así las cosas, ¿cómo solucionar el problema descrito?.

### **2.3.2. La LC configura la obligación de trabajar como un motivo de denegación.**

Considerando que, tal como hemos planteado previamente, la norma del artículo 178 bis.7, párrafo dos, letra a), posibilita comprender que la causal de rechazo del alivio del apartado 3.5º.iv) bien puede entenderse de aplicación durante el plazo de cinco años del plan de pagos, esto es, cuando de acuerdo al apartado 8 aún no se ha declarado la exoneración definitiva de la deuda; comprendemos que la circunstancia se constituye en motivo de denegación de la exoneración.

Consistiendo los motivos de denegación en determinadas circunstancias que, operando en la persona o estado del deudor, tienen como efecto el rechazo de la descarga durante el plazo de pendencia del procedimiento concursal, esto es, antes de que se haya otorgado una descarga propiamente tal al deudor, el hecho de que la norma del apartado 7 posibilite el rechazo de la exoneración en atención a la causal en comento cuando aún pende el transcurso del periodo de plan de pagos, y cuando de acuerdo a la norma del apartado 8 aún no se haya concedido la exoneración definitiva, determina que la circunstancia sea constitutiva de un efectivo motivo de denegación.

Con esta interpretación, la causal de rechazo de un empleo adecuado también sirve para denegar la exoneración si se produce en el plazo de cinco años del plan de pagos<sup>1747</sup>. Así las cosas, la LC estaría contemplando la obligación de no rechazar un empleo adecuado por parte del deudor durante el transcurso del plazo de cinco años del plan<sup>1748</sup>.

---

<sup>1745</sup> Apartado I.3., Sección 1ª, Parte Tercera. LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 5, estima que "En la LC, la exigencia es de naturaleza retroactiva y, aplicada literalmente, aleja a la norma de su verdadera finalidad, convirtiendo la medida en un castigo [...]"

<sup>1746</sup> Ver capítulo II, Sección 1ª, Parte Tercera.

<sup>1747</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 42, aunque no la estima como un motivo de denegación, considera que la circunstancia también es exigible en el periodo del plan de pagos.

<sup>1748</sup> En esta misma idea, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 210.

Aunque de acuerdo a la anterior conclusión, nuestra LC contemplaría un motivo de denegación en base a la circunstancia de haber rechazado el deudor una oferta de empleo adecuada a su capacidad, lo que en la práctica y siguiendo la literalidad de la disposición, solo se refiere a una obligación de no rechazar una oportunidad de trabajo determinada; no es menos cierto que en atención a los fundamentos y finalidades de la constitución de la exigencia como causal de denegación, esto es, la prevención del abuso del deudor, así como al objetivo principal de satisfacción de los intereses de los acreedores plasmado en la Exposición de Motivos de la LC y refrendados por la Exposición de Motivos de LSO, comprendemos que la intención del legislador al momento de configurar la exigencia como motivo de denegación va más allá de un mero rechazo de una oferta de empleo adecuada. Lo contrario importaría una norma sin contenido en el transcurso del plazo del plan de pagos toda vez que de nada serviría que el juez pudiese evaluar una circunstancia que ya se habría evaluado al momento de que el deudor hubiere solicitado la exoneración.

Por el contrario, creemos que atendido el objetivo principal de satisfacción de los acreedores de la regulación concursal de la persona física española, configurada como motivo de denegación, a la norma subyace la exigencia de que el deudor no solo no rechace una actividad laboral adecuada, sino que lleve a cabo los mayores esfuerzos para la búsqueda y el desempeño de una actividad que le repercuta ingresos para el pago de sus acreedores durante el transcurso del periodo de cinco años del plan de pagos. De acuerdo a ello, se ha estimado<sup>1749</sup> en relación a esta circunstancia, que parece razonable que el deudor tiene que hacer todo lo posible para obtener ingresos y satisfacer los intereses de los acreedores. Por otro lado, se ha expresado<sup>1750</sup> que la explicación de la norma se encontraría en una decisión del legislador de negarse a rescatar a deudores que sin hacer los esfuerzos necesarios para procurarse un mínimo de ingresos, asumen obligaciones de modo excesivo, instando a una interpretación finalista de la disposición<sup>1751</sup>.

Esta interpretación, por otro lado, se encuentra en sintonía con el antecedente legislativo de la regulación concursal de persona física de nuestra LC, el modelo

---

<sup>1749</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 42.

<sup>1750</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 182.

<sup>1751</sup> La misma idea de que el deudor debe demostrar esfuerzo y compromiso para el pago de los créditos en el periodo de plan de pagos la manifiesta RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 15.



alemán<sup>1752</sup>. En efecto, bajo la pretensión de proteger los intereses de los acreedores y la economía del crédito, optando por anclar el capital humano del deudor para la satisfacción de los acreedores<sup>1753</sup>, el legislador alemán consagró la obligación de adquisición del deudor<sup>1754</sup>. Desde este punto de vista, consagrada en las §§ 290 (1)(7) y 295 de la InsO, la obligación de adquisición se compone por la obligación de realizar una actividad remunerada apropiada y por la obligación de obtener recursos adecuados para hacer pago a los acreedores. A través de ello, el deudor se encuentra obligado a efectuar los mayores esfuerzos que dentro de sus posibilidades le quepan<sup>1755</sup> para realizar una actividad apropiada que le permita obtener recursos adecuados para efectuar el pago a sus acreedores durante el procedimiento concursal. Aunque originariamente la InsO contemplaba la obligación de adquisición aplicable solo al procedimiento de alivio de la deuda durante el periodo de buena conducta, con la Reforma de la InsO de 2014, en virtud de la § 287b InsO, la obligación de adquisición se extendió hasta el comienzo del procedimiento de insolvencia<sup>1756</sup>, bajo la justificación de que el deudor debe esforzarse durante todo el procedimiento concursal de manera de propiciar de mejor forma la satisfacción de los acreedores<sup>1757</sup>.

### ***2.3.3. Consecuencias de nuestra interpretación en la regulación del periodo de buena conducta.***

De acuerdo con la interpretación que defendemos, es posible de comprender que la obligación de no rechazar un trabajo adecuado por parte del deudor, contenida en el artículo 178 bis.3.5º.iv), en la redacción actual de la LC se configura como una causal de denegación y revocación. Ello posibilita entender que el modelo español sí contemplaría un mecanismo de fomento al esfuerzo por parte del deudor para el logro

---

<sup>1752</sup> NIETO D, Carlos (2018) "Los presupuestos del concurso de acreedores", en Campuzano, Belén y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 259.

<sup>1753</sup> BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 101 y 192.

<sup>1754</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 282; BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 101

<sup>1755</sup> BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 101; BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 15, 27, 28 y 29. GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 204.

<sup>1756</sup> HEICKE (2013) "Die Erwerbsobliegenheit...", cit., p. 49; HOFMEISTER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 252.

<sup>1757</sup> GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 204. El BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 29, expresa que el trasfondo de la ampliación del ámbito de aplicación de la norma es la consideración de que el beneficio legal del alivio requiere los esfuerzos fervientes del deudor para canjear sus responsabilidades en la medida de lo posible. En tal sentido, es inconsistente que, aunque el período de asignación comienza con la apertura de los procedimientos de insolvencia, no lo haga la obligación de ejercer o asumir un empleo adecuado; ya que la duración del procedimiento de insolvencia a favor del deudor ocioso afecta a los acreedores. Esto no es compatible con el principio de que solo el deudor honesto debe recibir alivio de la deuda. De igual forma, BD-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 15, 27, 28

del objetivo pretendido por el legislador al tiempo de establecer la fórmula aplazada de exoneración de la deuda, toda vez que la obligación de trabajar del deudor se mantendría a lo largo de todo el transcurso del procedimiento, incluyendo el periodo de cinco años del plan de pagos<sup>1758</sup>.

Desde el punto de vista de la regulación del periodo de buena conducta por la LC, aunque la problemática planteada en torno a la falta de una regulación de la obligación de trabajar como causal de rechazo durante el procedimiento concursal parece instar a buscar una solución interpretativa que permita el entendimiento de una incorporación de la obligación de trabajar del deudor a lo largo de todo el periodo de buena conducta tal como está regulado en la LC, no debemos confundirnos puesto que, tal como hemos argumentado previamente, y reiteramos, la configuración de un periodo de buena conducta en la forma establecida en la LC la entendemos desproporcionada e injustificada desde el punto de vista de cierto tipo de deudores, a saber, deudores cuyo nivel de endeudamiento y capacidad de pago impide que puedan hacer frente a un plan de pagos por cinco años<sup>1759</sup>.

Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta nuestra propuesta de un adecuado periodo de rehabilitación<sup>1760</sup> para los deudores con capacidad de pago, la pregunta debe ser reformulada en el sentido de cuestionarnos ¿cómo debe regularse una obligación de trabajar del deudor de manera acorde con el objetivo de otorgar un alivio al deudor contenido en el principio del fresh start?.

*2.3.3.1. Propuesta de interpretación beneficiosa para el deudor en función de una necesaria consideración del adecuado entendimiento de la institución de la denegación de la exoneración.*

Previos a dar cuenta del contenido de este apartado, debemos efectuar una precisión. Dada la estrecha vinculación que tiene la obligación de trabajo o adquisición del deudor con la causal de denegación y revocación de la exoneración contemplada en

---

<sup>1758</sup> Aunque no la argumenta, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 210, expresa que "Aún cuando la literalidad del precepto no lo establece, parece razonable determinar que la causa o requisito aquí analizado no debe ceñirse en cuanto a su exigencia a los cuatro años anteriores a la declaración del concurso, sino que también resulta oponible si el rechazo a una oferta adecuada de empleo ocurre durante el periodo de exoneración provisional del beneficio, configurándose así un control anterior y posterior a la obtención del mismo."

<sup>1759</sup> Apartado II.1., en relación al apartado II.2.5., ambos de la Sección 1ª, Parte Tercera

<sup>1760</sup> Apartado II.5., Sección 1ª, Parte Tercera.

la letra b) del apartado 7<sup>1761</sup>, comprendiéndose que la obligación de trabajo o adquisición tiene como objetivo que el deudor realice los mayores esfuerzos para proveer de pago a los acreedores<sup>1762</sup>, y configurándose de esta forma como una herramienta para fortalecer el objetivo de su satisfacción<sup>1763</sup>, estimamos negativa para las pretensiones de alivio del deudor la eventual contradicción que se presentaría entre las normas del párrafo dos del apartado 8 y la letra b) del apartado 7, toda vez que posibilitando la segunda una denegación de la exoneración de deudas en caso de incumplimiento del plan de pagos, la primera posibilita que aunque exista un incumplimiento del plan al cabo de los cinco años de duración, el deudor pueda ser exonerado de la deuda residual<sup>1764</sup>.

Esta misma interpretación ha sido la asumida por cierta doctrina<sup>1765</sup>, para la cual, subyaciendo en la regulación la idea del condicionamiento de la exoneración al abono de todo o parte del pasivo no exonerable, la ha llevado a estimar que la exigencia de que el deudor deba esforzarse para obtener ingresos y de esta forma dar satisfacción a sus acreedores no tiene sentido desde que la LC impone como exigencia para la exoneración el cumplimiento íntegro del plan de pagos. Además, partiendo de la misma consideración, la doctrina<sup>1766</sup> entiende que la expresión "no hubiera cumplido en su integridad", utilizada por la norma, podría permitir interpretar que la disposición no permite que un incumplimiento del plan de pagos que no sea absoluto posibilite la exoneración definitiva en virtud del párrafo segundo del apartado 8. Con ello, sea que se trate de deudores sin capacidad de pago alguna, puesto que en la redacción de la actual LC son obligados de igual forma al periodo de plan de pagos, sea que se trate de deudores con capacidad de pago pero respecto de los cuales hubiera operado una variación sustancial de las circunstancias de vida que le impida el cumplimiento absoluto del plan, quedarían fuera de la exoneración definitiva de la deuda. Así, el resultado que cabría deducir del texto legal es que el deudor que no haya conseguido abonar parte de este tipo de pasivo quedaría fuera del sistema, abocándolo a la exclusión

---

<sup>1761</sup> Esta estrecha vinculación también puede ser inferida de RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 16.

<sup>1762</sup> GRAF-SCHLICKER (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 204.

<sup>1763</sup> BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 101

<sup>1764</sup> El mismo problema lo mantiene la redacción del PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., pp. 152 y 153 (arts. 497.1º en relación con el 498.2.1º), al establecer como causal de revocación de la exoneración en caso de plan de pagos el caso de que el "deudor incumpliere el plan de pagos."

<sup>1765</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., pp. 42 y 43.

<sup>1766</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 245. En esta consideración, aunque criticándola, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 60; CUENA (2016) "La exoneración del pasivo...", cit., p. 157.

social. Bajo tal interpretación, es esta una consecuencia drástica de la regulación, que afecta de manera directa a los deudores que más necesidades tienen de retorno a condiciones de vida adecuadas que le permitan un desarrollo personal y familiar.

Así las cosas, ante un incumplimiento, aunque sea parcial, del plan de pagos, ¿debemos esperar que al deudor le sea denegada la exoneración, o se le debe otorgar una exoneración de todas formas?. La respuesta, de acuerdo a lo que hemos podido argumentar en otras secciones de este trabajo, es que necesariamente se precisa distinguir.

Previos a la distinción que entendemos es preciso realizar, debemos precisar que: aunque la norma del apartado 8 establezca que una vez transcurrido el plazo de los cinco años se exonerarán las deudas cuando se hubiere cumplido el plan de pagos, ello no debe entenderse contradictorio con la norma del párrafo segundo del apartado 8, la cual posibilita que el deudor pueda exonerar las deudas no cubiertas en el plan cuando este haya sido incumplido. En efecto, la necesidad de que las deudas que expresamente no hayan sido declaradas exceptuadas de la descarga sean cumplidas en el transcurso del plan de pagos es uno de los elementos esenciales que responde al objetivo de satisfacción de los acreedores de todo periodo de buena conducta; elemento que, atendido a la naturaleza jurídica de la institución, se subentiende en todos aquellos casos en que exista un periodo de buena conducta como tal. Bajo tal precisión podemos decir que la expresión "transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan" utilizada por el párrafo uno del apartado 8 sería una obviedad, una redundancia que perfectamente podría no estar expresada y aún así sería factible de entender.

Así las cosas, la cuestión central en torno a la rigidez de la regulación concursal de la persona física no estará en la exigencia de cumplimiento del plan a toda costa, sino en torno a cómo se efectúa esta exigencia y en qué medida para efectos de otorgar una exoneración al deudor.

Pues bien, comprendiendo nosotros que las causales de denegación de la exoneración encuentran su justificación en la prevención del abuso del deudor, vinculadas a una conducta coincidente con una falta de rectitud o falta a la verdad para con los intereses del procedimiento concursal, como para con los intereses de los acreedores, y comprendiendo además que no todo incumplimiento del deudor dirá relación con una circunstancia que deba ser equiparable a mala conducta procedimental por parte del deudor, es que entendemos que la causal de denegación de la exoneración contemplada en la norma de la letra b) del apartado 7, debe entenderse referida a un

incumplimiento doloso, con culpa grave o manifiestamente negligente por parte del deudor, equiparable por tanto a lo que en nuestro concepto es constitutivo de una mala conducta procedimental, y que por tanto justifique la imposición de la sanción de denegación de la exoneración. En este sentido, aunque se pretendiere<sup>1767</sup> aplicar a la norma antes señalada la doctrina del Tribunal Supremo para la aplicación del artículo 1124 del Código Civil, que establece la imposibilidad de resolución de obligaciones por incumplimiento de una de las partes cuando tales incumplimientos no resulten graves o tienen carácter accesorio y no frustrasen las obligaciones esenciales del contrato, ello solo pone atención en la magnitud del incumplimiento y para nada es coincidente con una necesaria atención del conjunto de circunstancias que, de manera imprevisible y ajenas a la voluntad del deudor, hubieren propiciado un incumplimiento de gran magnitud.

De todo esto, y contrarios a alguna doctrina<sup>1768</sup>, debemos entender que la posibilidad de exoneración definitiva contemplada en el párrafo dos del apartado 8, a pesar de una falta de cumplimiento del plan de pagos por parte del deudor, debe ser entendida para aquellos casos en que el deudor hubiera en efecto incumplido el plan de pagos, pero tal incumplimiento no hubiera sido imputable a dolo, malicia o manifiesta negligencia de su parte<sup>1769</sup>; circunstancia esta última que estaría, en nuestra interpretación, recogida como una causal de denegación de la exoneración en la letra b) del apartado 7. La finalidad de la norma de denegación de la descarga de la deuda no puede obviar el necesario contenido alusivo a una real mala fe procedimental que el deudor debe haber tenido para que proceda la denegación de la exoneración. En esta interpretación, ambas normas no son contradictorias puesto que cada una regula un supuesto de hecho completamente distinto.

Con esta interpretación no solo es posible un entendimiento sistemático de la normativa existente, sino que con adecuación a los fundamentos y justificaciones de la institución de la denegación de la descarga de deudas, posibilita limitar justificadamente el eventual abuso del deudor, y en concordancia con modelos comparados como el

---

<sup>1767</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 250.

<sup>1768</sup> Así, UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 9, expresa que "El incumplimiento del plan de pagos o la falta de dedicación de recursos en los términos del art. 178 bis 8 párrafo segundo supondrá que sea revocada la exoneración parcial concedida y que no se acuerde la exoneración del pasivo insatisfecho restante". Por su parte, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 92, expresa que "El eventual incumplimiento del plan de pagos, o la ausencia de destino por parte del deudor del mínimo de sus ingresos previstos en la norma a su cumplimiento, provocará la desestimación de la solicitud de exoneración [...]"

<sup>1769</sup> Coincidente con nuestra interpretación, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 186.

alemán, permite el otorgamiento de una descarga de la deuda, no comprendido de manera meramente excepcional<sup>1770</sup>, sino como regla general, a pesar de que el deudor, esforzándose en el cumplimiento de sus obligaciones a través de una adecuada comprensión de la obligación de trabajar en el ordenamiento concursal español, no hubiera podido dar cumplimiento en su integridad al plan, atendido a circunstancias particulares que escapan a su previsibilidad y voluntad<sup>1771</sup>.

### 2.3.3.2. *Contenido de la obligación de trabajar del deudor en la causal de denegación de la exoneración.*

En la redacción de la norma se presenta el problema de que el criterio para delimitar en qué casos nos encontraremos frente a un deudor de buena o de mala fe, esto es, en qué casos el deudor habrá dado cumplimiento o habrá incumplido la obligación especificada en la norma, se refiere a una cuestión meramente automática como es que la actividad laboral respectiva sea adecuada a su capacidad; cuestión que sumada a la falta de regulación en la norma de la posibilidad de que el deudor pueda escapar a una implícita presunción de mala fe cuando no hubiere actuado con dolo o culpa grave —a lo que ya nos hemos referido previamente y que entendemos es replicable en este punto—<sup>1772</sup>, posibilita calificar a todos los deudores, independientemente de las circunstancias del incumplimiento de la obligación, como de mala fe.

Bajo esta consideración, se vuelve de sobre manera importante el cómo y en base a qué elementos se determina la adecuación del trabajo que hubiere sido rechazado por el deudor en atención a su capacidad; entendiendo nosotros que, primero, se hace necesario una especial delimitación del contenido de la norma en torno a la expresión "capacidad del deudor"; y segundo, cualquier criterio automático de determinación del contenido de la expresión será arbitrario al no considerarse todas y cada una de las circunstancias de vida del deudor concursado y de su familia<sup>1773</sup>. Volveremos sobre este último punto a continuación.

---

<sup>1770</sup> Entendiendo que la posibilidad en la LC es excepcional, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 26, insta porque sea la regla general. MORENO, Lourdes (2017) "El concurso del trabajador autónomo económicamente dependiente y la Ley de Segunda Oportunidad", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 27, Editorial Wolter Kluwer, p. 11 (Smarteca); LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 7; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 92.

<sup>1771</sup> En esta línea, concordante con nosotros, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 186.

<sup>1772</sup> Para la comprensión de este problema, apartado II.1.3.3., Sección 2ª, Parte Cuarta.

<sup>1773</sup> A esto parece referirse CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 43; LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 183.

En torno a la vinculación de la exigencia como contenido de la buena fe requerida por la LC para otorgar la exoneración, el entendimiento de esta circunstancia como motivo de denegación nos insta a comentar la gravedad que implica para los intereses de alivio el hecho de que la norma no contemple la posibilidad de que el deudor pueda escapar a la presunción de mala fe subyacente en la disposición, a través de, por ejemplo, la prueba de una falta de dolo o culpa grave.

Si bien el ordenamiento alemán no contempla la posibilidad de que el deudor escape a la denegación a pesar de un incumplimiento de su deber de trabajar cuando no hubiere habido malicia, dolo o culpa de su parte, sí establece una limitación a la presunción de deshonestidad del deudor al establecer que para entender que el deudor hubiere actuado de manera deshonesto, además del incumplimiento de la obligación de trabajo y adquisición, tal incumplimiento debe haber producido un deterioro en las expectativas de los acreedores. De esta manera, en la visión del legislador alemán, el deudor que incumple la obligación de trabajar no es deshonesto por ese solo hecho, sino que lo es porque además su conducta debió haber producido una disminución de las expectativas de los acreedores; lo cual entendemos se producirá cuando la actividad del deudor, tendente al incumplimiento de su obligación, hubiere disminuido los ingresos del deudor con una consecuente disminución de las posibilidades de pago de los acreedores.

Aunque este límite del motivo de denegación, en esencia, no se relaciona con una circunstancia que apele al ámbito volitivo del deudor, permaneciendo aún en el plano objetivo-automático; no es menos cierto que podría argumentarse que debido a que el motivo de denegación determina en esencia una deshonestidad o, en palabras de la LC, una mala fe del deudor, la conducta del deudor vinculada a un efecto negativo producido en terceros para la configuración de la causal, determina la necesidad de un nexo causal entre la conducta y el resultado, y que para el deudor significa haber estado en conocimiento, o al menos poder haberlo estado, respecto al resultado o efecto de su conducta. Así las cosas, bien podría esgrimirse que el motivo de denegación exigiría no solo la conducta del deudor relativa al incumplimiento de la obligación de trabajar, sino que además el conocimiento, o al menos un estado en que hubiere podido conocer, que tal conducta tendría como resultado una disminución de las expectativas de satisfacción de sus acreedores; en otros términos, que su conducta podría generar un perjuicio a los

acreedores. La estimación contraria<sup>1774</sup> significa la imposición de un criterio automático de atribución de mala fe al deudor y una consecuencia desfavorable como es la denegación de la exoneración de deudas.

En torno al establecimiento del contenido de la norma, las consideraciones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia son ilustradoras. Desde el punto de vista de la actividad laboral, el ordenamiento alemán obliga al deudor a mantener un trabajo adecuado y en caso de un deudor desempleado a buscar trabajo remunerado<sup>1775</sup> y no rechazar un trabajo razonable<sup>1776</sup> (§ 295 (1)); en este último caso, sin establecer cómo debe efectuarlo, ni qué medida de esfuerzo deberá tener para considerarse que cumple su obligación<sup>1777</sup>.

El deudor que tiene un trabajo dependiente es libre de terminar su empleo, sin embargo, debe tener cuidado de que ello puede significar desventajas irreversibles para su persona, que se trasladarán a la satisfacción de los acreedores<sup>1778</sup>. En tal sentido, se ha estimado<sup>1779</sup> que el deudor es responsable de no reducir sus ingresos vinculables en detrimento de los acreedores, y en circunstancias en que exista un aplazamiento de los costos del procedimiento, en detrimento del erario público. Por otro lado, un despido conductual ordinario o extraordinario puede considerarse un incumplimiento en cualquier caso, si el comportamiento se dirige contra la satisfacción de los créditos de los acreedores<sup>1780</sup>.

En cuanto a la búsqueda de un trabajo adecuado, la jurisprudencia del BGH ha tenido que resolver esta vaguedad en la norma, indicando en sentencia de 19 de mayo de 2011<sup>1781</sup> que para entender que un deudor efectúa los esfuerzos esperados, debe estar registrado en la Agencia Federal de Empleo y mantener un contrato de trabajo continuo,

---

<sup>1774</sup> A modo de ejemplo, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 104, entiende que "Claramente el deudor que hay rechazado una oferta de empleo de estas características [a saber, adecuada a sus capacidades] no será un deudor de buena fe."

<sup>1775</sup> Sentencia del BGH de 07 de mayo de 2009 - IX ZB 133/07, en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 8, p. 482.

<sup>1776</sup> La exposición de motivos de la InsO de 1999, BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 192, expresa que la obligación, sin embargo, también implica que el deudor debe hacer lo posible para contribuir a la satisfacción de sus acreedores mediante el ejercicio de un empleo adecuado o, si está desempleado, aceptar un trabajo razonable. RECK, KÖSTER y WATHLING (2016) "1 ½ Jahre...", cit., p. 3; HERGENRÖEDER (2011) "Der zahlungsunfähige...", cit., p. 15.

<sup>1777</sup> SESEMANN, Richard (2011) "Erwerbsobliegenheit angestellter und selbstständiger Schuldner in der Wohlverhaltensphase", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, p. 289; PAPE (2012) "Verbraucherinsolvenz...", cit., p. 154.

<sup>1778</sup> HEICKE (2013) "Die Erwerbsobliegenheit...", cit., p. 49.

<sup>1779</sup> HERGENRÖEDER (2011) "Der zahlungsunfähige...", cit., p. 8.

<sup>1780</sup> HERGENRÖEDER (2011) "Der zahlungsunfähige...", cit., p. 15.

<sup>1781</sup> Sentencia del BGH, de 19 de mayo de 2011 - IX ZB 224/09, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, 2011, Heft 8, p. 305.



sin perjuicio de que en un mercado de trabajo regular, se precisa poner atención continuamente en anuncios relevante y, como regla general, presentar dos o tres solicitudes de trabajo a la semana. Por otro lado, el BGH ha indicado que la mera presentación de un contrato de trabajo que resulta en horas de trabajo flexible no es suficiente<sup>1782</sup>.

En cuanto a un deudor desempleado, el ordenamiento alemán no lo obliga a entablar necesariamente una relación laboral de dependencia, puesto que permite que el deudor trabaje por cuenta propia<sup>1783</sup>. El tribunal debe determinar qué ingreso razonable podría haber recibido el deudor durante un empleo adecuado<sup>1784</sup>. Teniendo en cuenta el criterio establecido en la legislación, el BGH otorga bases para delimitar el contenido de la obligación y de esta forma entrega elementos para alcanzar el monto que el trabajador independiente deberá recaudar y que se consideraría adecuado en virtud de la § 295 InsO. De esta forma, y para posibilitar que los acreedores participen con éxito en función de su interés en la satisfacción de sus acreencias, de acuerdo a § 295 (2), el BGH<sup>1785</sup> ha expresado que en la medida que realiza una actividad por cuenta propia, le corresponde a los acreedores pagos como si el deudor hubiera estado en una relación laboral adecuada. Así las cosas, aunque el deudor debe pagar durante el periodo de buena conducta la cantidad que habría pagado si hubiera tenido un empleo bajo subordinación y dependencia adecuado<sup>1786</sup>, ello debe ser entendido desde la base de una consideración de las especiales circunstancias del deudor. De ello es que se descarten incumplimientos si debido a circunstancias de edad o condiciones desfavorables en el mercado laboral, el deudor no pudo cambiar a una actividad dependiente con un ingreso mayor que el obtenido en una actividad independiente<sup>1787</sup>.

---

<sup>1782</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 283; HERGENRÖEDER (2011) "Der zahlungsunfähige...", cit., p. 16; HEICKE (2013) "Die Erwerbsobliegenheit...", cit., p. 50.

<sup>1783</sup> BT-DRUCKS. 12/2443, cit., p. 192.

<sup>1784</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 283; HARDER, Sebastian (2012) "Die neue rechtsprechung des BGH zur obliegenheit des selbstständig tätigen schuldners nach § 295 II InsO", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 10, p. 74.

<sup>1785</sup> La exposición de motivos de la InsO de 1999, BT-DRUCKS. 12/2443, cit., pp. 192 y 193, establece que el párrafo 2 muestra, en primer lugar, que el deudor puede obtener un alivio de la deuda residual incluso si lleva a cabo una actividad independiente, como una empresa, durante el período de buena conducta, sin embargo, no debe poner a los acreedores en una posición peor que aquella en la que se encontrarán de haber entrado en una relación de empleo que fuera acorde con su capacitación y actividades previas. Si al final del período de buena conducta ha transferido al fiduciario en su conjunto el mismo valor económico que habría recibido en el caso de una relación laboral adecuada, el deudor ha cumplido con su obligación.

<sup>1786</sup> PAPE (2010) "Linien...", cit., p. 15, DAHL, Michael y THOMAS, Johanna (2013) "Abführungspflicht des selbstständig tätigen Schuldners", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 5, p. 34.

<sup>1787</sup> AHRENS (2011) "Restschuldbefreiung...", cit., p. 283.

Lo anterior tiene su justificación en el entendimiento del legislador de que una actividad dependiente posibilita el aumento de los ingresos que fluirían al fiduciario, por lo cual la § 295 (2) sustituye fundamentalmente el ingresos por el éxito económico real de la actividad independiente del deudor; sin embargo, el ingreso se calcula sobre la base del ingreso neto teórico<sup>1788</sup> de una relación laboral adecuada<sup>1789</sup>, con la salvedad que se otorga únicamente en caso de que se trate de una actividad dependiente que sea posible para el deudor<sup>1790</sup>.

2.3.3.3. *La necesaria vinculación de la exigencia de trabajar del deudor con una adecuada evaluación de sus circunstancias particulares. La vital función de la asesoría de la deuda integral y social.*

Considerando que nuestra interpretación incorpora la exigencia al deudor de no haber rechazado una oferta de empleo, y en tal sentido, de esforzarse durante todo el transcurso del periodo de rehabilitación, surge a continuación la duda en torno a lo que deberemos entender como "oferta de empleo adecuada a su capacidad".

Habiendo dado cuenta del contenido de la expresión, la cuestión que ahora debemos responder se refiere a la forma a través de la cual deberá llevarse a cabo la evaluación del cumplimiento de la disposición. En efecto, nuestro cuestionamiento no es baladí, desde que la forma a través de la cual deba ser comprendido el contenido de la disposición repercutirá en una mayor o menor amplitud en relación a la comprensión del cumplimiento de la exigencia, que en la práctica se traducirá en un mayor o menor margen para que el deudor pueda lograr el anhelado alivio.

La interpretación literal nos permitiría estimar que en torno a la evaluación del cumplimiento de la exigencia, el juez debería apreciar las competencias y habilidades profesionales e intelectuales del deudor en relación a la respectiva actividad laboral. Con ello, una evaluación técnica posibilitaría comprender en qué casos el deudor habría dado cumplimiento o no a la exigencia de llevar a cabo una actividad adecuada<sup>1791</sup>.

En el entendido de que la obligación de trabajo o adquisición tiene como objetivo que el deudor realice los mayores esfuerzos para proveer de pago a los acreedores, y configurándose de esta forma como una herramienta para fortalecer el objetivo de su satisfacción, apreciamos que la configuración de la obligación en la LC

---

<sup>1788</sup> HARDER (2012) "Die neue...", cit., p. 74; DAHL y THOMAS (2013) "Abführungspflicht...", cit., p. 34.

<sup>1789</sup> SESEMANN (2011) "Erwerbsobliegenheit...", cit., p. 290.

<sup>1790</sup> PAPE (2010) "Linien...", cit., p. 15.

<sup>1791</sup> En esta interpretación para estar HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 104.

no cumple con el objetivo de una evaluación adecuada de la situación del deudor con el fin de estimar que existirán probabilidades, o si se quiere, la posibilidad, de que recuperará su solvencia en un tiempo determinado. Más bien, consideramos que se constituye en la manifestación de una presunción del ordenamiento de que el deudor tendrá siempre y en todo caso una solvencia futura, pero respecto de la cual, se aprecia, no existe certeza absoluta. Sin perjuicio de lo anterior, siendo el punto de partida una hipótesis que en atención a la norma del apartado 7 del artículo 178 bis será resuelta solo al final del procedimiento concursal, o solo tras una previa solicitud de denegación o revocación de la exoneración por parte de los acreedores, determina un grado importante de incertidumbre jurídica para los deudores<sup>1792</sup>. Por otro lado, aunque se esgrima que con la redacción actual de la norma, para entender cumplida la exigencia es necesario que la oferta sea adecuada a la capacidad del deudor, lo que permitiría establecer cierta posibilidad de contradicción o de prueba respecto del tipo de oferta recibida y la cualificación o circunstancias en las que se encontraba en el momento de rechazar la oferta<sup>1793</sup>, este conjunto de circunstancias, en la práctica, solo se circunscriben al contenido de una evaluación meramente técnica y económica del deudor.

De acuerdo a la doctrina<sup>1794</sup>, la jurisprudencia comparada ha señalado que la obligación de buscar un empleo remunerado existe si se prevén ingresos por encima del límite de incautación del ZPO y se esperan pagos a la masa de acreedores. En tal sentido, si se trata de un autónomo, sin la perspectiva de que exista un trabajo seguro, el incumplimiento es probablemente seguro, pero por otro lado, si los motivos del deudor son comprensibles, como por ejemplo, en caso de reunificación familiar, nuevo empleo, problemas de salud, falta de habilidades y capacitación, entre otras, y los intereses de los acreedores no se deterioraron injustificadamente, el incumplimiento de la obligación no existe.

Se aprecia que una evaluación de las circunstancias particulares del deudor son necesarias para definir si ha habido incumplimiento del deber de adquisición<sup>1795</sup>. De acuerdo a lo anterior, una adecuada intervención de la asesoría de la deuda integral,

---

<sup>1792</sup> WEGENER, Burghard (2017) "Der selbstständige Schuldner in der Insolvenz - Die andauernde Untätigkeit des Gesetzgebers", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 4, p 26.

<sup>1793</sup> Así, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 276.

<sup>1794</sup> SCHMERBACH, Ulrich (2005) "Die Versagung der Restschuldbefreiung nach §§ 290 und § 295 InsO - Eine Bestandsaufnahme der veröffentlichten Rechtsprechung 1999 bis August 2005 -", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 10, p. 521.

<sup>1795</sup> A esto es a lo que creemos se refiere, LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 13. De esta misma forma, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 183.

social y continua es imprescindible para dar cuenta de todas y cada una de las circunstancias particulares del deudor que le hubieren llevado a aceptar, rechazar o permanecer en una actividad u oficio determinado. De acuerdo a estas consideraciones, es en este sentido en el que debe comprenderse la redacción del párrafo segundo del apartado 8 del artículo 178 bis, al expresar que el juez podrá, "atendido a las circunstancias del caso", declarar la exoneración definitiva; debiéndose estimar que, no solo en torno a la evaluación del cumplimiento de la obligación de realizar una actividad remunerada a lo largo del periodo de rehabilitación, sino que en todo cuanto diga relación al cumplimiento por parte del deudor de las obligaciones impuestas en el periodo de aplazamiento de la rehabilitación, deben considerarse y evaluarse todas y cada una de las circunstancias particulares y familiares del deudor en la forma descrita en función de los parámetros de evaluación y seguimiento que comprende una adecuada delimitación de la asesoría de deudas<sup>1796</sup>. En este sentido, cuestionándose si en el caso de la exoneración definitiva del párrafo segundo del apartado 8 se precisa el cumplimiento de un mínimo de pasivo, se ha estimado<sup>1797</sup> que si por circunstancias extraordinarias el deudor no ha podido atender en modo alguno a sus deudas, no ha obtenido ingresos que superen el umbral del artículo 1 del RDL 8/2001 y se aprecia buena fe en su conducta, sería posible exonerar de manera definitiva al deudor.

---

<sup>1796</sup> Aunque en relación a la exoneración definitiva en caso de incumplimiento parcial del plan de pagos del párrafo dos del apartado 8, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 59, ha señalado que en la evaluación que debe efectuar el juez a la hora de dar por cumplidos los requisitos de pagos mínimos vinculados a los ingresos del deudor que establece la norma, habría de valorar las posibilidades que el deudor ha tenido de incorporarse al mercado laboral, el rechazo de ofertas de empleo, la situación personal y familiar, su comportamiento patrimonial, si ha ocultado ingresos actuando en la economía sumergida o a través de testaferros, esto es, entendemos, un cúmulo de situaciones que, entendemos, en estricto rigor vendrían a constituirse en circunstancias particulares de vida. También parece manifestarse en el mismo sentido cuando se refiere a la obligación del deudor de llevar a cabo un empleo adecuado, toda vez que en p. 43, expresa que "No creo que se trate de un empleo adecuado a su experiencia, formación o titulación. [...] Debe tratarse de un empleo que el deudor sea capaz de realizar aunque sea de categoría inferior a su preparación. El deudor debe ser "capaz" para realizar tal actividad y no es "capaz" si carece de preparación física o intelectual para ello.", lo cual pareciera estar dando pistas de que en la evaluación que debe realizarse para efectos de dar por cumplida o no la obligación deben contemplarse circunstancias particulares del deudor que van más allá de meras cuestiones técnicas. En contra, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p.257.

<sup>1797</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 186.

### 3. Plazo para el ejercicio de la denegación de la exoneración en la LC.

Teniendo en cuenta las características operativas de los motivos de denegación y la redacción de la LC, nos surge la duda en cuanto al plazo en el cual los acreedores podrán instar la denegación de la exoneración. En efecto, aunque el párrafo primero y segundo del apartado 7 utilizan la expresión "durante el transcurso del plazo del plan de pagos", con lo que podríamos estimar que el plazo de preclusión del derecho de los acreedores a solicitar la denegación sería hasta que hubiere transcurrido los cinco años de duración del plan de pagos<sup>1798</sup>, lo cierto es que en función de la forma de operar y fundamentos de la institución, entendemos que la misma bien podría ser solicitada por los acreedores hasta antes de que el juez decretara la exoneración como acto *per se*, esto es, y en la redacción de la LC, hasta antes de que el juez decretare la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho.

La estimación anterior se justifica desde que la denegación de la exoneración tiene como finalidad evitar que los deudores obtengan la descarga de la deuda amparados en conductas contrarias a la rectitud para con el procedimiento concursal y los acreedores; de donde deriva que tal finalidad no puede ser condicionada o limitada a un plazo determinado en el cual aún no se ha decretado la exoneración como tal. En efecto, considerando que la exoneración definitiva debe ser solicitada por el deudor en el procedimiento concursal consagrado por la LC, se daría la paradoja de que mientras se tramita la solicitud del deudor los acreedores no tendrían protección ante conductas contrarias a la rectitud que, suscitadas durante el transcurso del periodo del plan de pagos, o incluso con posterioridad mientras pende la declaración de exoneración definitiva, afectaren su legítimo derecho a la satisfacción.

Así las cosas, comprendidos los fundamentos de la institución, y sabiendo que la misma ha de posibilitar la denegación de la exoneración durante el transcurso del procedimiento concursal mientras la descarga de la deuda como acto *per se* no se haya concretado, estimamos que la denegación de la exoneración en el ordenamiento español debe entenderse procedente durante todo el plazo del plan de pagos hasta el momento en que el juez haya acordado la exoneración definitiva.

---

<sup>1798</sup> En esta interpretación, FERNÁNDEZ SEJIO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 308; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 161. Ahora, en misma interpretación, aunque estableciendo una excepción para el caso de la circunstancia del incumplimiento del plan de pagos, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 195; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 198.

Ahora bien, en armonía con lo planteado previamente<sup>1799</sup>, lo anterior se relaciona con la necesidad de que el ordenamiento contemple la exoneración como un derecho imperativo en la regulación concursal de la persona física, de manera tal de que tanto el deudor sea beneficiado con la concesión de la exoneración definitiva oportuna y sin dilaciones, como los acreedores tengan certeza jurídica en relación al límite de la posibilidad de denegación.

### **III. LA REVOCACIÓN DE LA EXONERACIÓN EN LA LC.**

De acuerdo a lo que hemos podido constatar, la importancia de delimitar de manera adecuada las circunstancias vinculadas a la conducta o estado del deudor que serán constitutivas de motivos de denegación y cuáles una efectiva causal de revocación, se relaciona con los efectos que cada una de las dos instituciones presentará en torno a la descarga de la deuda residual.

Habiendo dado cuenta de la existencia de motivos de denegación en la LC, y tras haber delineado sus contornos, se hace necesario a continuación determinar las efectivas causales de revocación contempladas en la regulación concursal. Si de acuerdo a nuestros planteamientos, tal diferenciación incide en los efectos que cada institución tiene en la descarga de la deuda residual, los efectos que las efectivas causales de revocación presenten en la LC para la descarga de la deuda serán trascendentales para un adecuado conocimiento y valoración del contenido y alcance de la revocación de la exoneración del pasivo insatisfecho.

#### **1. Las efectivas causales de revocación en la LC.**

##### **1.1. Causal de revocación por mejora sustancial de la situación económica del deudor (artículo 178 bis.7.c)).**

La norma de la letra c) del apartado 7 establece que podrá revocarse la exoneración si durante el plazo del plan de pagos el deudor mejorase sustancialmente su situación económica por causa de herencia, legado o donación, o juego de suerte, envite

---

<sup>1799</sup> Apartado II.4., Sección 1ª, Parte Cuarta.

o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos<sup>1800</sup>.

Se ha comprendido<sup>1801</sup> que la norma en comento contempla la posibilidad de revocación, tanto de la exoneración provisional como de la exoneración definitiva. Ahora bien, aunque de acuerdo a nuestra interpretación la norma del apartado 7 pudiere dar lugar al entendimiento de que encierra para este caso un motivo de denegación de la exoneración, lo cierto es que se corresponde solo con una causal de revocación. En efecto, no podría ser de denegación en el término de cinco años del plan de pagos, pues una mejora en las posibilidades de pago a través de las formas mencionadas en la norma solo tendría el efecto de que los acreedores podrían beneficiarse con más ingresos del deudor para cubrir las deudas, pero de manera alguna podría dar fundamento a una denegación de la concesión de la exoneración.

Sentado lo anterior, en función del carácter protector del objetivo de dar satisfacción a los acreedores manifestado por nuestra LC, solo una razón, podemos comprender, habría tenido el legislador español para establecer una causal denominada de revocación de la exoneración durante el transcurso del plan de pagos con base en esta circunstancia. Creemos que esta razón habría sido la necesidad de dejar sin efecto el primigenio plan de pagos del apartado 6, reemplazándolo por otro que posibilitara, en función del hecho constitutivo de la causal, una mejor satisfacción de los créditos de los acreedores a través de un nuevo acuerdo o, por qué no, una nueva liquidación<sup>1802</sup>. Y este objetivo se lograría a través de una "revocación" de la exoneración provisional concedida por el juez. Solo a partir de estas consideraciones se explica la hipotética funcionalidad que pretendería el legislador al pasar por alto lo obrado en torno al pago de los créditos antes del inicio del periodo de plan de pagos, y lo obrado durante el periodo, para posibilitar un mayor pago de los acreedores. En esta interpretación hipotética, lo mejor sería estimar a esta figura como lo que sería: una "revocación de la concesión provisional" de la exoneración<sup>1803</sup>.

Sentado lo anterior, y desde el punto de vista de considerar a la circunstancia como un hipotético caso de revocación de la exoneración provisional, en atención al interés por dar satisfacción a los intereses de los acreedores, bien podríamos estimar que

---

<sup>1800</sup> La redacción es mantenida por el PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., pp. 152 (arts. 497.2°).

<sup>1801</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 56.

<sup>1802</sup> Ello se deduce de lo señalado por FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 303.

<sup>1803</sup> Así la entiende LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 184.

la posibilidad de revocación, para este solo caso, se encontraría justificada. En efecto, si bien no encontrándose el fundamento o justificación de esta hipotética causal de "revocación de la exoneración provisional" en una mala conducta o mala fe del deudor —toda vez que el deudor habría devenido en mejor situación por circunstancias ajenas e imprevisibles a su voluntad—, sí la podríamos justificar en la protección de los intereses de los acreedores y la satisfacción de sus créditos, en la medida que la revocación de la exoneración provisional, atendido a esta causal, permitiría la reapertura del concurso y la liquidación de los nuevos bienes<sup>1804</sup>. Volveremos sobre este punto más adelante.

### ***1.1.1. Adecuada interpretación del alcance de la causal de revocación en función de la posibilidad de pago de "todas las deudas pendientes".***

Sentado lo anterior, si nos ponemos en la hipótesis de que el legislador efectivamente pretendió con la norma "revocar la exoneración provisional", debemos señalar que la norma establece que los nuevos ingresos obtenidos por el deudor deben ser tales, o de magnitud tal, que permitan o posibiliten "pagar todas las deudas pendientes", surgiendo la duda en torno al alcance de la disposición.

Idéntica duda surge cuando hablamos de la circunstancia como lo que en realidad entendemos que es, a saber, una causal de revocación de la exoneración definitiva o exoneración como acto *per se*. Aunque los efectos de la circunstancia contemplada en la norma varía en función de que opere como causal de revocación o como hipotética causal de "revocación de la exoneración provisional", los problemas interpretativos en torno al alcance de la disposición se producirán en los dos casos, puesto que en ambos la norma exige dilucidar a qué se refiere cuando plantea la exigencia de que la mejora en la situación económica deba ser tal que el deudor "pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos". De esta forma, lo que planteamos a continuación, entendemos es válido tanto para la circunstancia en su faz de causal de revocación, como en su hipotética faz de "revocación de la exoneración provisional".

Aunque la norma exprese que procederá la revocación si el deudor "mejorase sustancialmente" su situación económica de manera que pudiera pagar todas las deudas, lo que da a entender son requisitos copulativos para que opere la revocación, bien podría plantearse que atendido el interés de los acreedores, si los bienes heredados,

---

<sup>1804</sup> Se colige de lo expresado por FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 303.



legados o donados no son suficientes para el pago de la totalidad de las deudas pendientes, de igual forma operaría la causal, revocándose el beneficio para que los acreedores tuvieran oportunidad de pagarse, aunque sea en parte, sobre los bienes heredados, legados o donados en la proporción que admite la ley.

Atendido a la importancia del alivio como objetivo y fin del procedimiento concursal de la persona natural, estamos por la postura contraria, esto es, que si tal como dispone la norma, los bienes obtenidos por el deudor no son de cantidad suficiente para pagar "todas las deudas pendientes", aunque haya mejorado sustancialmente su situación económica, la causal de revocación no operará, y por tanto no podrá revocarse la exoneración concedida, o, en el caso hipotético, la concesión provisional de la exoneración<sup>1805</sup>. En caso contrario, podría pensarse que, incluso, el deudor no podría acceder de nuevo a un procedimiento concursal por tales obligaciones en el plazo de diez años, toda vez que en virtud de la circunstancia del artículo 178 bis.3.5º.iii), aunque revocada la exoneración, en términos concretos sí habría sido beneficiado el deudor con un alivio en el plazo de diez años anteriores a la petición de una nueva exoneración<sup>1806</sup>. El deudor estaría atado por incontables años a la deuda, a pesar de que, en la práctica, no habría actuado con mala fe procedimental.

Así las cosas, comprendemos que el contenido de la expresión "sustancial" utilizada por la disposición, está delimitado por las expresiones "de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos"<sup>1807</sup>; siendo esto último lo determinante para comprender el alcance de la expresión y, por tanto, el ámbito de aplicación y procedencia de la revocación, tanto en su hipotética faz de "revocación de la exoneración provisional", como en su faz de causal de revocación.

### ***1.1.2 Propuesta de interpretación de la causal de mejora sustancial de la situación económica del deudor como un motivo de denegación parcial de la exoneración.***

Si hipotéticamente consideramos que es posible una "revocación de la concesión provisional" de la exoneración sin que las deudas pudieran ser pagadas en su totalidad; lo cual en principio podría estar justificado en función de los intereses de los acreedores;

---

<sup>1805</sup> A esta conclusión parece también llegar, aunque no expresamente, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 186. Así también, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 299.

<sup>1806</sup> Contrario a nuestra interpretación, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 304, comprende que esta causal de rechazo de la exoneración solo aplica al caso de la exoneración que hubiere sido otorgada conforme al número 5º del apartado 3.

<sup>1807</sup> En esta misma interpretación, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 165; SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 252.

encontrándose en pugna el derecho a un real alivio y el derecho a la satisfacción de los acreedores, respecto de los cuales no es dable desconocer que, en relación al primero es el objetivo del procedimiento concursal de la persona física, y respecto del segundo, que en casos de real posibilidad o capacidad de cumplimiento por el deudor debe ser tenido en cuenta en la medida que el principio del *fresh start* lo permita; sería posible la comprensión de un balance y equiparación de objetivos a través de lo que podríamos denominar: utilizando los términos de la LC, una "revocación parcial de la exoneración provisional", o bien, utilizando una adecuada conceptualización de las instituciones en comento, una "denegación parcial de la exoneración".

Para comprender lo anterior, primero es necesario tener presente que: si consideramos nuestra interpretación del apartado 7 y la naturaleza jurídica que entendemos comprende la exoneración provisional, la hipótesis de que esta circunstancia sería una causal de "revocación de la exoneración provisional", más bien debiera entenderse como una hipótesis de efectivo motivo de denegación de la exoneración. Efectivamente, si lo pretendido por el legislador es que los acreedores se aprovechen de los nuevos ingresos del deudor antes de que la exoneración sea acordada como acto *per se*, sucede que bajo la forma de operar de los motivos de denegación esta circunstancia respondería a un efectivo motivo de denegación, toda vez que al tiempo de denegar la exoneración permitiría que no se tuviera en cuenta lo obrado en el plan de pagos para posibilitar que los acreedores se aprovecharan de la nueva situación del deudor.

Sentado lo anterior, tal "revocación" parcial de la exoneración provisional operaría en la hipótesis como una real denegación del beneficio de exoneración respecto de ciertas y determinadas deudas, a saber, una denegación de la exoneración limitada solo al porcentaje de deudas, aplicando los órdenes de prelación de créditos, que sea posible pagar con el monto correspondiente a la mejora sustancial obtenida por el deudor a través de alguno de los medios indicados en la norma. A través de esta fórmula podría evitarse una dilación del alivio a través de la modificación del acuerdo en el mismo término o plazo que ya está transcurriendo, con iguales (o mejoradas) cláusulas, de manera de acordar un nuevo plan de pagos que, incluyendo una liquidación de tales bienes, posibilite que todos los acreedores queden satisfechos, y que el deudor continúe con la posibilidad de obtener alivio al cabo del término que ya ha comenzado a correr en su beneficio, el cual por tanto no se perdería. Por otro lado, tal herramienta se encontraría en armonía con los caracteres operativos de la institución como tal, al no

haber operado aún una exoneración definitiva, esto es, una exoneración como acto *per se*, y al no constituirse en una sanción para el deudor persona física por estar limitada la denegación de la exoneración solo al estricto porcentaje de deudas que alcance a cubrir la mejora sustancial considerándose los límites de los bienes inembargables.

De esta forma, salvo que podamos admitir que para nuestro caso hipotético es posible que opere una denegación parcial, solo respecto de las deudas que podrían ser cubiertas por la mejora sustancial, manteniéndose incólume la posibilidad de exoneración en el resto; de manera tal de proceder al pago de aquellos acreedores sin detrimento del derecho a un alivio del deudor; debemos entender que no procede la denegación —o incluso, en palabras de la LC, una hipotética "revocación de la exoneración provisional"— si la mejora sustancial no alcanza para pagar todas las deudas pendientes del deudor.

Sentado lo anterior, otra duda que surge, y que tendría relación con la interpretación descrita, es si la expresión "todas las deudas pendientes" se refiere a todas las deudas del deudor que en función del plan de pagos tengan posibilidad de pago, esto es, que no estén afectadas por quitas o esperas; o por el contrario, todas las deudas del deudor independientemente de si en función del plan de pago son o no afectadas por quitas y esperas, y donde se encontrarán todas y cada una de las deudas, indistintamente de su calificación como créditos contra la masa, privilegiados, ordinarios y subordinados. Y esto no es baladí, puesto que en uno u otro caso, el monto de la herencia, legado o donación, tendrá que cubrir una menor (en el primer caso) o mayor (en el segundo) cantidad de deuda, y el deudor tendrá mayores o menores posibilidades de obtener el real alivio definitivo.

Alguna doctrina<sup>1808</sup> considera que por deuda pendiente ha de entenderse tanto el pasivo exonerable como el no exonerable, interpretación con la cual deberíamos entender que en la expresión deben comprenderse todas las deudas del deudor, inclusive las afectadas por quitas y esperas en el plan de pagos.

Pongamos un ejemplo. En el primero caso, esto es, que la expresión se entienda referida a las deudas sin consideración de quitas y esperas en el plan de pagos, si la deuda es de 300 y se establecen quitas por 50, para que proceda la revocación el deudor debe haber recibido una herencia, legado o donación por el valor de 300, puesto que solo así se cumplirá que el monto de lo obtenido sería suficiente para pagar "todas las

---

<sup>1808</sup> CUENA (2015) "Régimen jurídico e impacto...", cit., p. 140; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015) *La segunda...*, cit., p. 165.

deudas pendientes". Si recibiera 250, no procedería la revocación puesto que, según nuestra interpretación, el monto no sería suficiente para pagar "todas las deudas pendientes". En el segundo caso, esto es, que la expresión se refiera a todas las deudas considerando las quitas, si la deuda es de 300 y se establecen quitas por 50, para que proceda la revocación el deudor debe haber recibido un montante por valor solo de 250, puesto que con ello se cumpliría que el monto obtenido es suficiente para pagar "todas las deudas pendientes". Si recibiera 300 mucho mejor para los acreedores, a quienes solo les bastaría con que el deudor obtuviera 250. Si el deudor obtuviere menos de 250, en función de nuestra interpretación, no procedería la revocación.

Desde el punto de vista de la protección de los intereses de las partes del concurso, ambas situaciones pueden verse beneficiosas y perjudiciales dependiendo de si ponemos atención en la posibilidad o no de revocación y en la magnitud de la deuda a asumir y, por tanto, de crédito a recolectar. En efecto, en el primer caso será beneficioso para el acreedor que con un monto mayor de herencia, legado o donación, podría solicitar la revocación para obtener una mayor cantidad de satisfacción de su crédito; sin embargo, será perjudicial si entendemos que para poder ejercitar la acción de revocación tendrá que esperar que la herencia sea de mayor cuantía, lo que en general podemos entender sería menos probable. Para el deudor, por su parte, será beneficioso que el acreedor tenga que esperar que el monto recibido sea más cuantioso para que pueda aplicarse en su contra la revocación del alivio, y por tanto existan más probabilidades de que una herencia, legado o donación menores no sean suficientes para dar cumplimiento al requisito de la revocación y de esta forma pueda gozar del alivio de manera definitiva; por otro lado, le perjudicará el hecho de que deberá asumir una mayor cantidad de deuda en caso de revocación.

En el segundo caso, le beneficiará al acreedor que con menos cantidad de recursos obtenidos por el deudor podrá instar la revocación, pero le perjudicará que obtendrá una menor satisfacción de sus créditos. Para el deudor, le beneficiará que tendrá que asumir menor cantidad de deuda, pero le perjudicará el hecho de que tendría menos posibilidades de obtener un real alivio, puesto que una menor cantidad de herencia, legado o donación podrían también dar pie a una revocación de la exoneración, encontrándose en mayor incertidumbre.

Como ambas posibilidades son beneficiosas y perjudiciales para deudor y acreedores, podríamos utilizar el criterio del objetivo del procedimiento concursal de la persona natural, de otorgar un real alivio al deudor, y decantarnos por la primera opción,

que otorga más posibilidades de que el deudor pueda lograr un alivio efectivo de la deuda. Sin perjuicio de ello, no debemos desconocer que, ante falta de determinación expresa en contrario, los acreedores, habiendo manifestado su voluntad en torno a la procedencia de quitas en el procedimiento concursal, y como la revocación posterior al alivio definitivo es parte integrante del procedimiento concursal en el modelo español, debemos entender que tales declaraciones le empecen, o son oponibles, a los acreedores, y por tanto, la segunda interpretación, que da lugar a la segunda situación de hecho, sería la que debiera tener aplicación en la actual redacción de la norma.

Así las cosas, en función del reconocimiento del objetivo y fines del procedimiento concursal de la persona natural, debe comprenderse que para la revocación, la circunstancia de mejora sustancial de la situación económica del deudor deberá ser tal que le permita pagar todas las deudas pendientes sin tener en cuenta las quitas o espera que pudieren haberse acordado en el plan de pagos.

## **1.2. Causal de revocación por constatación de ingresos, bienes o derechos ocultos del deudor (artículo 178 bis.8, párrafo final).**

La norma del párrafo final del apartado 8 expresa que la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causal prevista en el párrafo primero del apartado 7, el cual en lo pertinente establece que cualquier acreedor estará legitimado para solicitar la revocación de la exoneración cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constate la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados.

En torno a las justificaciones de la causal de revocación, se ha señalado<sup>1809</sup> que se trata de una conducta fraudulenta, tal como lo deja de manifiesto el término "ocultados", considerada de extrema gravedad, que justifica la revocación del beneficio, incluso tras la concesión definitiva del mismo.

Teniendo presente que la norma del párrafo final del apartado 8 posibilita que la circunstancia opere como una causal de revocación luego de que la exoneración hubiese sido otorgada con carácter definitivo, comprendiendo que la posibilidad de solicitar el rechazo de la exoneración se encuentra luego del transcurso de la fase de exoneración a través del plan de pagos, esto es, una vez se hubiere otorgado la exoneración definitiva, la circunstancia contemplada por la norma es constitutiva de una verdadera causal de revocación de la exoneración.

---

<sup>1809</sup> De esta misma forma, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 185.

Tal causal operará con posterioridad a la concesión de la exoneración definitiva en caso de exoneración a través del plan de pagos del apartado 6. La misma norma utiliza la expresión "exoneración definitiva", que se refiere a aquella otorgada luego de los cinco años posteriores a la concesión provisional, que en estricto rigor se corresponden a los cinco años del plan de pagos del apartado 6.

Ahora bien, entendemos que como la norma se remite al párrafo primero del apartado 7, el cual utiliza la expresión "constatar", para la aplicación de esta causal de revocación no se requiere que la circunstancia se hubiere producido con posterioridad a la concesión definitiva de la exoneración, bastando que la misma, produciéndose con posterioridad o "durante" el transcurso del plazo del plan de pago e, incluso, con anterioridad al inicio del procedimiento concursal<sup>1810</sup>, hubiere sido conocida o constatada por los acreedores con posterioridad de la concesión de la exoneración definitiva. Por otro lado, y en línea con lo anterior, como en nuestra interpretación el párrafo primero del apartado 7 contiene la misma circunstancia como causal de denegación de la exoneración, si los acreedores la hubieren conocido —o en palabras de la LC constatado— durante el transcurso del plazo del plan de pagos, entendemos que deberán ejercitar su derecho y solicitar formalmente la denegación de la exoneración, precluyendo el mismo con la concesión de la exoneración definitiva. Ello, por otro lado, encontraría justificación en la certeza jurídica que el procedimiento concursal debe otorgar a los deudores y, además, en que lo contrario significaría amparar una actuación de mala fe de los acreedores.

Finalmente, cabe recordar que a las causales de revocación anteriormente especificadas, de acuerdo a nuestra interpretación del párrafo segundo del apartado 7, se agregan las circunstancias enumeradas en los numerales ii) y iv) del número 5º y las del número 2º, del apartado 3, respecto de las cuales, no obstante, hacemos aplicable todas las precisiones que en materia de adecuado contenido y tratamiento de las mismas la LC ha de contemplar en función de una correcta comprensión de la limitación del alivio en torno a la buena conducta procedimental del deudor. Respecto de la circunstancia del número 2º del apartado 3, nos referiremos en su oportunidad.

---

<sup>1810</sup> Aunque no justifica su conclusión, entiende también que esta causal opera cuando la circunstancia se hubiere producido con anterioridad a la concesión provisional LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 185.

## **2. La revocación no solo aplica para la forma de exoneración aplazada en virtud del plan de pagos del artículo 178 bis.6.**

Una cuestión que surge de lo que venimos señalando es si las efectivas causales de revocación contempladas en el apartado 7 y párrafo final del apartado 8, operarán en contra de la exoneración definitiva otorgada en aplicación del número 4º del apartado 3, en caso de cumplimiento de los requisitos que esta última norma establece.

En principio, podríamos decir que tales disposiciones solo conceden la revocación para la exoneración según el apartado 6, toda vez que aquella trata de la obtención de la exoneración definitiva cuando ha operado el plan de pagos<sup>1811</sup>. Ello estaría reafirmado por el hecho de que las normas del apartado 7 y párrafo final del apartado 8 se encuentran con posterioridad al apartado 6, que se refiere a su vez a la exoneración aplazada por vía de cinco años del plan de pagos<sup>1812</sup>.

Por su parte, alguna doctrina<sup>1813</sup> podría estimar que esta pregunta no tiene razón de ser desde que la norma del apartado 4 concede siempre y en todo caso con carácter provisional la exoneración en caso de concurrencia del número 4º del apartado 3; con lo que siempre se requerirá la declaración de exoneración definitiva del apartado 8, respecto de la cual, según el párrafo final, operará la causal de revocación en comento. Bajo este entendimiento, la exoneración lograda a través del número 4º del apartado 3 también estaría sujeta a la revocación; pero además, también estaría sujeta a una revocación de la exoneración provisional<sup>1814</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, comprendiendo nosotros que, en virtud de nuestra interpretación del apartado 5, la forma de exoneración contemplada en la norma del número 4º del apartado 3 es directa<sup>1815</sup>, sin que sea necesario que el deudor deba pasar por el transcurso de una etapa de cinco años de espera hasta la exoneración definitiva cuando hubiere cubierto el porcentaje mínimo de pasivo contemplado en disposición, la pregunta se vuelve del todo razonable.

A partir de nuestra interpretación, la conclusión sería que en caso de exoneración directa del número 4º del apartado 3 no operarían las causales de revocación

---

<sup>1811</sup> En esta interpretación, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 203.

<sup>1812</sup> Esta misma interpretación vislumbra RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 19.

<sup>1813</sup> Así también, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 50.

<sup>1814</sup> De igual manera, LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 184. Aunque RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 12, estima la aplicación de la exoneración provisional al caso de exoneración de número 4º del apartado 3, no estima este posible contra argumento.

<sup>1815</sup> Apartados I.2.4., y I.2.5., Sección 1ª, Parte Tercera.

contempladas en el apartado 7 y párrafo final del apartado 8; lo cual nos llevaría a entender, por ejemplo, que aunque tras la concesión definitiva de la exoneración se hubiere constatado la existencia de bienes ocultos por parte del deudor, si la exoneración definitiva hubiese sido otorgada en virtud de la forma directa del número 4º del apartado 3, no cabría revocación.

Aunque esta conclusión parece razonable desde el punto de vista de la protección del interés del deudor inserto en la esencia de la moderna regulación concursal de la persona física, no podemos desconocer que, por una parte, las causales contempladas en las disposiciones, con las salvedades que para cada una planteamos, se encuentran debidamente justificadas en la prevención del abuso del deudor, toda vez que limitan de manera adecuada su ámbito de aplicación a un caso en que efectivamente el deudor ha actuado con falta a la probidad o rectitud para con sus acreedores; y por otro, la causal no repercute en una desventaja hacia los intereses de alivio del deudor, desde que su derecho al alivio, en tales circunstancias no es legítimo, y desde que los acreedores tienen derecho a que les sean resguardados sus intereses de satisfacción en la medida que el principio del fresh start lo permita, cuestión que sucede en este caso particular.

Por otro lado, aunque en el párrafo segundo del apartado 7 se establece la expresión "si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos", creemos que ello ha sido establecido de esa forma bajo la comprensión de que a la fórmula de exoneración directa del número 4º del apartado 3 debía ser aplicable de todas formas un periodo de buena conducta hasta la exoneración. Ahora bien, entendiendo nosotros, de acurdo a nuestro análisis de la naturaleza jurídica de la institución, que tal comprensión envuelve por parte del legislador una errada visión del periodo de buena conducta y su finalidad, por otro lado apreciamos que la norma en comento bien resguarda la finalidad de prevención del abuso por parte del deudor a pesar de que podemos comprender que la fórmula de exoneración automática del número 4º del apartado 3 no requiere el sometimiento del deudor al periodo de plan de pagos<sup>1816</sup>.

De lo anterior es que se observa que aunque la norma establezca la mencionada expresión, ello no quiere decir que atendido a su finalidad y fundamento no pueda comprenderse que las causales de revocación que contiene sean aplicables a la exoneración definitiva de la forma directa como de la forma aplazada.

---

<sup>1816</sup> Apartados I.2.1. y I.2.5., Sección 1ª, Parte Tercera.



Aunque de la regulación de la LC se aprecia que no existe intención por parte del legislador de proteger los intereses de satisfacción de los acreedores ordinarios y subordinados, la aplicación de la causal de revocación a la fórmula directa de exoneración del número 4º del apartado 3, puede significar para tales acreedores una buena oportunidad de ser pagadas, aunque sea en parte, sus acreencias.

De acuerdo a lo anterior, somos partidarios de la comprensión de que las causales de revocación contempladas en el apartado 7 y párrafo final del apartado 8, con las debidas salvedades que para cada una planteamos a lo largo de esta sección en relación a la comprensión de la buena fe del deudor, son aplicables tanto para el caso de exoneración por vía de plan de pagos del apartado 6, como para la exoneración directa por vía de cumplimiento del número 4º del apartado 3 del artículo 178 bis<sup>1817</sup>. A mayor abundamiento, y de manera específica para la causal del párrafo final del apartado 8, encontrándose la disposición en el conjunto de normas que se refiere a la exoneración, sin distinción de que provenga de la causal de exoneración directa del número 4º del apartado 3, o a través de la fórmula de exoneración por vía de plan de pagos del apartado 6, posibilita la revocación cuando se produzca la circunstancia específica a la que se refiere.

Finalmente, cabe hacer notar que, a partir de nuestra interpretación, somos cuidadosos en destacar que estimamos la aplicación solo de las efectivas causales de revocación, puesto que logrando el deudor la exoneración definitiva a partir de la fórmula del número 4º del apartado 3, las efectivas causales de denegación contempladas en el apartado 7 no serían aplicables en atención a sus características operativas.

### **3. La cuestión de la falta de delimitación de un plazo para la revocación.**

Una interrogante que es común a las causales de revocación de la exoneración contempladas en los apartados anteriores se produce en relación al plazo en el cual el acreedores deberá ejercer la facultad otorgada por la LC. En efecto, de las normas del apartado 7 y 8 del artículo 178 bis, que se refieren a la revocación, y agregamos nosotros, a los casos de efectiva revocación en función de lo que hemos argumentado a

---

<sup>1817</sup> También entiende que las causales de revocación deben ser aplicadas al caso de exoneración del número 4º del apartado 3, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 20, aludiendo a que el término genérico usado por la norma aboga por su indistinta aplicación.

lo largo de esta sección, no se desprende un término específico o concreto dentro del cual los acreedores podrán ejercitar la facultad de revocar la exoneración de la deuda.

La cuestión es del todo trascendental para los intereses del deudor y acreedores. Para el primero, puesto que el interés por un real alivio significa terminar de una vez por todas con la incertidumbre que le ha agobiado durante todo el procedimiento concursal en torno al tiempo en el que podrá disfrutar de los efectos de la exoneración y, en tal caso, disfrutar de manera efectiva de un alivio. Para los segundos, significa certidumbre en torno al término que tendrán para ejercitar la acción que les permitiría, con fundamento, impedir o hacer cesar los efectos de la exoneración en detrimento de sus intereses de satisfacción.

Se ha estimado<sup>1818</sup> que en función de la redacción del párrafo primero del apartado 7, al cual también se remite la norma del párrafo final del apartado 8, los acreedores tendrían el plazo de cinco años para solicitar la revocación. Algún otro sector<sup>1819</sup> ha estimado que el término sería el correspondiente al plazo de prescripción consagrado en el artículo 1964 del Código Civil, comenzando a contarse desde el momento en que se conoció la ocultación y pudo, por tanto, ser ejercitada la acción.

Aunque alguna parte de tal doctrina<sup>1820</sup>, entendemos que de manera acertada, comprende del todo excesivo este plazo para los intereses de alivio del deudor, es preciso señalar que la interpretación de que el plazo de cinco años establecido por la norma del párrafo primero del apartado 7 es un plazo para la revocación, no considera que tal término no está dado específicamente para la revocación, sino que solo da cuenta del plazo de cinco años de duración del plan de pagos. En tal sentido y en estricto rigor, la norma no establece un plazo para el ejercicio de la revocación, si no que solo viene a definir el plazo de duración del periodo de buena conducta y, sobre esta base, el término dentro del cual será posible alegar los efectivos motivos de denegación escondidos bajo la genérica unidad de tratamiento de la revocación que efectúa la LC; puesto que más allá de tal término y una vez concedida la exoneración como acto *per se*, el derecho del acreedor para solicitar la denegación habrá precluido.

---

<sup>1818</sup> En esta interpretación y conclusión, CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 61; RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., pp. 20 y 22; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 23. En la misma conclusión, UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., pp. 9 y 10.

<sup>1819</sup> CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 12.

<sup>1820</sup> RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., pp. 22 y 26; CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 23.

Así las cosas, comprendemos que la LC no establece un término específico para el ejercicio de la revocación de la exoneración, ante lo cual, y en función de la necesaria certeza jurídica de deudores y acreedores, nos preguntamos cuál debe ser el plazo que habrá de contemplar el ordenamiento español para una adecuada regulación de la institución. Volveremos sobre esta cuestión.

#### **4. Adecuada comprensión de la institución de la revocación de la exoneración en la LC.**

Considerando que desde el punto de vista dogmático la revocación de la descarga opera una vez concedida la exoneración de la deuda residual, nos preguntamos en torno al efecto que esta institución tiene en nuestro ordenamiento. Tal cuestión no es un tema menor, toda vez que el efecto que la LC asigne a la revocación repercutirá de manera directa en el alcance de los efectos de la exoneración de la deuda residual.

Para contextualizar esta apreciación, no debemos obviar el hecho de que las normas que posibilitan la exoneración (apartado 7, párrafo final, segunda parte, y apartado 8, párrafo final), en palabras de la propia LC tendrían el efecto de revivir las obligaciones que, según lo que establece el apartado 5, habrían sido ya extinguidas por efecto de la exoneración. En efecto, el apartado 7, párrafo final, segunda parte, establece que en caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, "los acreedores recuperarán la plenitud de sus acciones" frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso<sup>1821</sup>.

Pues bien, de acuerdo a la LC, la revocación concedida en los apartados 7 y 8 haría "revivir" las obligaciones de los acreedores. De acuerdo a esto, nos preguntamos, ¿ello tendría fundamento legal?, ¿es posible que una acción extinguida vuelva a nacer?, ¿es posible que una obligación extinguida vuelva a nacer?; ¿o es que el efecto que presenta la exoneración de la deuda en la LC no es la extinción de las obligaciones?.

Se aprecia con estos cuestionamientos que una evaluación de los efectos de la revocación de la exoneración en la LC es la oportunidad precisa y necesaria para preguntarnos respecto de la naturaleza jurídica y efectos que la exoneración de deudas presenta en el ordenamiento español. La respuesta a esta pregunta se hace de sobre manera importante por sus alcances en torno a la institución misma de la revocación, y

---

<sup>1821</sup> Así se entiende también en la UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016), cit., p. 10.

de esta forma y como consecuencia, en su naturaleza jurídica y efectos; todo lo cual en definitiva repercute de manera directa en el interés del deudor de obtener alivio. Efectivamente, dependiendo del efecto que la exoneración de deudas presente en nuestro ordenamiento, podremos valorar el efecto de la revocación, y en ambos casos, estimar la adecuación de la opción asumida por el legislador español en función de las finalidades de la moderna regulación concursal de la persona física y de los objetivos contenidos en el principio del fresh start.

Por otro lado, si miramos en retrospectiva nuestro trabajo, el cuestionamiento en torno a la naturaleza jurídica y efectos de la revocación es otro motivo por el cual se hacía necesario, previamente, determinar y delimitar qué casos contemplados por la LC realmente son constitutivos de causales de revocación y cuáles no. Y es que esta diferenciación, desde el punto de vista de los alcances de la revocación, es del todo importante puesto que solo respecto de los efectivos casos de revocación se producirán sus especiales efectos.

Sentado lo anterior, la pregunta que guía nuestras consideraciones en los siguientes apartados es, ¿cómo debe entenderse armonizada la legislación para una adecuada comprensión del efecto de la exoneración de la deuda y el efecto que sobre la misma presenta la revocación de la exoneración?. De acuerdo a lo razonado hasta ahora, lo primero que deberemos analizar es la naturaleza jurídica y efectos que la exoneración de la deuda residual como acto *per se* presenta en la LC. Comprendiendo primero lo anterior, podremos luego responder a la interrogante en torno a la naturaleza jurídica y efectos de la revocación de la exoneración en la LC.

#### **4.1. La naturaleza jurídica de la exoneración de deudas en la LC.**

De acuerdo a lo establecido de manera expresa en el párrafo segundo del artículo 178 bis.5, la exoneración de deudas tendrá como efecto la extinción de los créditos de los acreedores.

Partiremos precisando que, de acuerdo a lo que hemos argumentado previamente<sup>1822</sup>, nuestra interpretación es que el apartado 5 en comento se corresponde con la norma que en la LC contiene el efecto de la exoneración de la deuda de manera general para las formas de exoneración contempladas por el ordenamiento español. Así las cosas, si de acuerdo a tal interpretación, lo establecido por la norma en el párrafo

---

<sup>1822</sup> Apartado I.2.4, Sección 1ª, Parte Tercera.

segundo tienen plena aplicación tanto para la exoneración aplazada a través del plan de pagos del apartado 6 como para la directa a través del cumplimiento del porcentaje de satisfacción mínima del número 4º del apartado 3, las disquisiciones que a continuación realizaremos son aplicables a ambas formas de exoneración definitiva<sup>1823</sup>.

Pues bien, sentado lo anterior, la pregunta que surge con la redacción de la norma en comento es ¿qué expresa el legislador al establecer que se "extingue los créditos" de los acreedores?. Podría estimarse que la norma se está refiriendo a que las obligaciones son extinguidas; razón por la cual, optando por señalar que los créditos son extinguidos por acción de la exoneración, dispondría que los acreedores no puedan iniciar ningún tipo de acción respecto de los créditos exonerados debido a que en la práctica no existirían créditos por haber sido extinguida la obligación<sup>1824</sup>. En esta interpretación, el efecto que la LC presentaría respecto de la exoneración es la extinción de las obligaciones que no hubieren sido cubiertas a través de las fórmulas contempladas por la disposición.

Sin embargo, no debemos obviar que la norma del apartado 7, párrafo final, expresa que en caso de que el juez acuerde la revocación, los acreedores "recuperarán la plenitud de sus acciones" frente al deudor para hacer efectivo los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso<sup>1825</sup>. Así las cosas, de la lectura de esta norma, y a diferencia de lo planteado en relación al apartado 5, el efecto propio de la exoneración sería una extinción de las acciones, pero no de los créditos de los acreedores propiamente tales. En efecto, la norma en comento es clara al establecer que los acreedores "recuperarán las acciones" que eventualmente hubieren perdido a través de la exoneración, con lo que la disposición estaría queriendo decir que la exoneración no tendría efectos respecto de los créditos de los acreedores y, de esta forma, en las obligaciones mismas. De manera más limitada, sus efectos solo alcanzarían a las acciones de los acreedores.

Considerando la interpretación anterior, el efecto que la LC otorgaría a la exoneración sería el de mutar las obligaciones en naturales, puesto que la extinción de la acción conllevaría que la obligación propiamente tal continúe vigente pero sin

---

<sup>1823</sup> Téngase en cuenta que de acuerdo a lo manifestado en el apartado I.2.5., Sección 1ª, Parte Tercera y apartado I.4.4., Sección 2ª, Parte Tercera, nos estamos refiriendo a la exoneración a la que la LC le otorga la denominación de definitiva, toda vez que es nuestra comprensión que una exoneración denominada "provisional", no conlleva los efectos de una exoneración *per se* por tener una naturaleza jurídica distinta.

<sup>1824</sup> En torno a la obligación como total vínculo jurídico y como deuda del obligado, ALBALADEJO, Manuel (2011) *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, 14ª edición, Madrid: Edisofer, p. 16.

<sup>1825</sup> La misma redacción mantiene el EL PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 151 (art. 491.3).

posibilidad de que los acreedores pudieran exigir su cumplimiento. Solo de esta forma se explicaría que a través de la revocación vuelvan a "recuperarse las acciones" que hubieren perdido los acreedores con motivo de la exoneración.

Ahora bien, nos preguntamos si este resultado es adecuado o justificado. En concreto, ¿por qué el legislador querría que la obligación afectada por la exoneración mute en natural y no se extinga derechamente?. Para responder a lo anterior, debemos poner atención en las ventajas y desventajas de una obligación civil frente a una natural, para de esta forma conocer si alguna de ellas es aplicable en el caso particular y por qué razones, y si tales razones son válidas desde el punto de vista de la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física.

#### ***4.1.1. La supuesta ventaja de una obligación natural respecto de una extinta desde la visión del legislador español.***

Se ha estimado<sup>1826</sup> que, delimitado el concepto de exoneración de deudas por la expresión "beneficio", que conllevaría la posibilidad de que el deudor pudiera "desatender legalmente" las obligaciones contraídas, el efecto propio de la exoneración sería la mutación en naturales de las obligaciones que no hubieren sido posibles de cubrir en el transcurso del procedimiento concursal.

Sentado lo anterior, tanto en España como en Francia y Alemania, la doctrina mayoritaria estima que la obligación natural no sería una obligación propiamente tal, sino una causa justa para un traspaso patrimonial, cuya base se encuentra en un deber moral de la persona<sup>1827</sup>. Así sucedería con algunas situaciones o casos en que, no existiendo derechamente una obligación de dar, por un deber moral el sujeto efectúa una prestación patrimonial. Para lo que nos interesa, y como ejemplo, se da cuenta del caso del "pago" de deudas que hubieran sido condonadas en un concordato entre deudor y acreedores, y que algunos autores entienden se considera como "obligación" natural en Alemania o Francia. Tal situación se explicaría en base al entendimiento de que tras aquel "pago" (que no es tal propiamente atendido a que estrictamente no existiría obligación) tiene justificación en un deber moral del sujeto.

---

<sup>1826</sup> SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., pp. 96 y 98.

<sup>1827</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis (2007) *Derecho de obligaciones*, Vol. I, 4ª edición, Madrid: Editorial Dickinson, p. 22; LACRUZ BERDEJO, José Luis (2012) *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 7ª edición, Madrid: Editorial Dykinson, p. 212; DIEZ-PICAZO, Luis (2008) *Fundamentos...*, cit., pp. 94 a 97. También puede colegirse ello de lo expresado por ALBALADEJO (2011) *Derecho Civil...*, cit., p. 359.

Desde esta perspectiva, podríamos estimar que la consideración de la obligación como natural tras la exoneración de la deuda tendría la ventaja de realzar la continuidad de la calidad de deudor del ex concursado, lo que aunque si bien no jurídicamente, sí se produciría desde el punto de vista de un deber moral que lo mantendría como deudor y que posibilitaría que en cualquier momento que lo quisiera pudiese "pagar" o prometer "pagar" a los acreedores; y en este segundo caso constituyéndose ello en una obligación civil<sup>1828</sup>. En esta perspectiva, la continuación del carácter de deudor encuentra justificación, aunque no existiendo deber jurídico de pago, en un deber moral.

Gran e importante diferencia, por tanto, en uno u otro caso. Con la extinción de la obligación, el deudor deja de tener tal carácter toda vez que se extinguen los créditos, el vínculo jurídico que unía a las partes, las acciones de los acreedores derivadas de sus créditos y la deuda. A través de la mutación de la obligación en natural permanecen vigentes los créditos aunque sin acciones los acreedores para exigir su cumplimiento, manteniéndose el deber moral de efectuar el "pago" de lo adeudado que perpetúa el carácter de deudor en la persona física que una vez fue concursada.

Sin duda, desde el punto de vista de la pretensión del legislador español de dar satisfacción a los acreedores, esta segunda perspectiva es del todo efectiva para permitir mantener sus esperanzas en el pago de los créditos respecto de los que, aunque hubiese operado la exoneración de la deuda, se entenderían no extintos y con posibilidad de pago por parte del deudor en cualquier momento.

#### ***4.1.2. La extinción de las obligaciones como efecto adecuado de la exoneración en función del principio del fresh start.***

De acuerdo a lo que hemos podido constatar, considerando la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona jurídica, así como el objetivo de otorgar un efectivo alivio al deudor contenido en el principio del fresh start, la consideración de que las obligaciones afectadas por la exoneración muten en naturales es del todo contradictoria. Aunque el deudor pase por largos años de espera para un alivio, en estricto rigor este no llegará, puesto que la consideración negativa que envuelve una obligación natural, respecto del deudor que aunque no pudiéndosele exigir el

---

<sup>1828</sup> En este contexto, SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 97, expresa que "[...] entender que la obligación del beneficio conllevaría una extinción de las obligaciones del deudor, implicaría que el pago voluntario realizado por el concursado a su acreedor [...] generaría un nuevo crédito a favor del deudor contra su primitivo acreedor en base al pago de una obligación que se consideraría inexistente, conclusión ésta que entendemos inasumible."

cumplimiento aún así no "paga", lo marca o define como un permanente deudor que, primero, no cumplió sus obligaciones, y luego, no cumple sus deberes morales.

Considerando lo anterior, y en función del respeto del principio del fresh start, nuestra interpretación es que en el párrafo dos del apartado 5 se manifiesta lo que entendemos es el efecto de la exoneración misma, a saber, el de extinguir las obligaciones que no hubieren sido cubiertas por el deudor en base a las fórmulas contempladas en la normativa, al señalar la disposición que los acreedores "cuyos créditos se extingan" no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos. En efecto, teniendo en cuenta que de acuerdo a lo que hemos argumentado, entendemos que el apartado 5 es la disposición que comprende el efecto general de la exoneración en la LC<sup>1829</sup>, y considerando que según la redacción de la disposición entendemos que una obligación cuyo crédito se extingue en concreto ha perdido vigencia como tal, a diferencia de lo pretendido por el legislador español y lo contemplado en otros ordenamientos donde la obligación respectiva es mutada en natural<sup>1830</sup>, el efecto que contempla la LC para las obligaciones exoneradas es la extinción. Ello además se encontraría en armonía con la idea de, en palabras de alguna doctrina<sup>1831</sup>, conferir una nueva oportunidad al deudor.

De esta forma, en nuestro ordenamiento la naturaleza jurídica de la descarga de la deuda está dada por el efecto extintivo que la norma dispone para los créditos, esto es, y en estricto rigor, para las obligaciones respectivas. De ello, identificando la naturaleza jurídica de la institución que extingue las obligaciones en la forma dispuesta por la norma, podemos decir que la exoneración de deudas en el modelo español se constituye en un genuino modo de extinguir las obligaciones.

#### **4.1.3. La naturaleza sui generis del modo de extinguir exoneración.**

De acuerdo a lo que venimos argumentado, surge la pregunta inmediata en torno a cuál es la forma de extinción de las deudas exoneradas que se instituye a través de la exoneración. En efecto, respondida la cuestión en torno a la naturaleza extintiva de la institución, resta por responder a la pregunta de ¿cuál es el modo de extinguir que opera a través de la exoneración de deudas?.

---

<sup>1829</sup> Apartado I.2.4, Sección 1ª, Parte Tercera.

<sup>1830</sup> En igual estimación, CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 154.

<sup>1831</sup> GARCÍA VICENTE (2010) "Un régimen...", cit., p. 221, estima que en función de la necesidad de conferir una nueva oportunidad al deudor, en la esencia de la institución, la deuda ha de extinguirse.



A nivel comparado, el ordenamiento jurídico francés, que reconoce la naturaleza extintiva de la descarga de la deuda, asigna a la institución la forma de una condonación de la deuda residual. A través de la *effacement* de las deudas, en esencia la legislación condona las obligaciones que no hubieren sido posibles de cumplir por el deudor a lo largo del procedimiento de reestablecimiento personal con o sin liquidación judicial. Por su parte, en el ordenamiento estadounidense y alemán, el *discharge* o alivio de la deuda, respectivamente, conllevan el efecto de mutar las obligaciones en naturales<sup>1832</sup>.

En nuestro ordenamiento, se ha comprendido<sup>1833</sup> que la exoneración envolvería una condonación de las obligaciones. La misma interpretación parece ser considerada por otra doctrina<sup>1834</sup>, para quien entendiendo que los créditos se extinguen, se refiere a la institución como una de remisión. Por su parte, la antigua regulación del artículo 178.2 LC consagrada por la LAE consideraba de manera textual que la resolución judicial que declaraba la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarararía la "remisión de las deudas insatisfechas". En esta misma línea, se ha expresado<sup>1835</sup> que la exoneración es una condonación especial o *pactum de non patendo*. En este entendido, bajo la comprensión de que la condonación de las obligaciones en la mayoría de los casos opera gracias al consentimiento del acreedor, para el caso especial de la exoneración significaría entenderla como un tipo de condonación operada de manera forzosa, toda vez que el efecto extintivo de la condonación estaría impuesto por el juez en base al imperativo legal contemplado en la norma concursal. Aunque sin dar cuenta de la naturaleza misma de la exoneración, también se ha considerado<sup>1836</sup> que es de importancia el hecho de que la exoneración opera por efecto de la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque esta perspectiva bien responde a la naturaleza extintiva que comprende la exoneración en nuestro ordenamiento concursal, optamos por una propuesta distinta que entendemos responde de mejor manera y con pretensión de universalidad, a las particularidades que presenta la institución en comento.

---

<sup>1832</sup> Apartado 4, Sección 2ª, Parte Primera.

<sup>1833</sup> CUENA (2014) "Ley de emprendedores...", cit., p. 154.

<sup>1834</sup> FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., pp. 276, 280; PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 29.

<sup>1835</sup> AYALA, César (2017) *La protección del patrimonio del concursado*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 294.

<sup>1836</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 2. De igual forma, las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 11.

Nuestra estimación es que la exoneración de deudas obedece a un modo de extinguir las obligaciones *sui generis*, el cual, comprendiendo el efecto propio de los modos de extinguir como es la extinción de las obligaciones respecto de las cuales opera, presenta además una aplicación y/o efectos que en el contexto del concurso de la persona física son de especial comprensión para la institución. Como tal, la exoneración de deudas extingue ciertas y determinadas obligaciones respecto de un deudor principal por imperativo legal<sup>1837</sup>. Bajo esta interpretación, y en el contexto de la regulación concursal de la persona física, la institución a la que nos referimos bien podríamos denominarla como "modo de extinguir exoneración de deudas".

Así, se manifiestan propios de la institución los efectos extintivos que presenta, no en relación a una obligación en particular, sino al conjunto de obligaciones del deudor, ostentando sin embargo determinadas limitaciones en función de ciertos intereses de los acreedores, como son las excepciones a la descarga de la deuda residual. En este sentido, tanto el efecto de extinción universal de las obligaciones del deudor, tanto las excepciones a la exoneración, son elementos que escapan a los caracteres de los restantes modos de extinguir.

Por otro lado, el efecto de la exoneración respecto de determinados sujetos, el deudor persona física y su cónyuge en régimen de gananciales u otro de comunidad<sup>1838</sup>, sin que sea extensible a los terceros que garantizan personalmente las obligaciones del deudor, como son fiadores o codeudores solidarios, se ajustan de mejor manera a una comprensión de la exoneración como un especial modo de extinguir que, requiriendo una necesaria extinción de las obligaciones del deudor en función del principio del *fresh start*, y debido al objetivo de otorgar alivio al deudor respetando los derechos de los acreedores en la medida que el principio lo permita<sup>1839</sup>, solo sea aplicada a las obligaciones del deudor para con sus acreedores, dejando indemnes los derechos de estos respecto de los fiadores, codeudores solidarios y avalistas que, concurriendo en la

---

<sup>1837</sup> SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 2, aunque no da cuenta de la naturaleza propiamente extintiva de la exoneración, entiende que "[...] el efecto exoneratorio encuentra en la norma su origen legal y no se produce como consecuencia de otro hecho jurídico, como puede ser la extinción de la persona jurídica. Tampoco se vincula en modo alguno a la voluntad de los acreedores, como ocurre en el convenio con quita, sino al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos y, en particular, al «test de *discharge*»."

<sup>1838</sup> Artículo 178 bis.5, párrafo final, LC.

<sup>1839</sup> En efecto, si de las pocas cosas buenas que ha presentado la legislación en la materia, una ha sido la incorporación que la LAE efectuó en la norma original del RDL 1/2015 de la imposibilidad de que los terceros garantistas del deudor pudieran dirigirse contra él a través de una subrogación en los derechos de los acreedores, motivado por el temor a que la incorporación de esta previsión dejara sin efecto el alivio del deudor de manera indirecta. Aunque no es estos términos, así se desprende de RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 29. De igual manera, ello parece desprenderse de SÁNCHEZ JORDÁN (2016) *El régimen...*, cit., p. 99.

garantía de las obligaciones, tengan posibilidad y deban responder a los acreedores<sup>1840</sup>. Así las cosas, y a mayor abundamiento, coincidimos con cierta doctrina<sup>1841</sup> para la que no puede estimarse injusto que el fiador o el coobligado solidario soporte las consecuencias de la exoneración del pasivo pendiente y vea cómo le reclaman el pago sin posibilidad de reembolso posterior<sup>1842</sup>, puesto que, como bien expresa, las garantías personales tienen como finalidad reforzar el derecho del acreedor cuando el deudor es insolvente; y agregamos nosotros, el régimen especialísimo del derecho concursal de la persona física por su carácter de *ultima ratio* para el deudor, no puede significar una privación injustificada de los derechos de los acreedores de cobrar sus créditos respecto de quien, en la práctica no es el deudor insolvente.

En torno a la redacción del artículo 178.2 dado por la LAE, se planteaba<sup>1843</sup> que la expresión "remisión de las deudas insatisfechas" no parece asimilable a una excepción de la obligación que derive de su propia naturaleza, ni constituiría una excepción personal que pudiera extenderse al deudor solidario, por lo que se mantendrían las acciones contra ellos. Pues bien, es a través de nuestra interpretación que se hace comprensible tales apreciaciones, así como que en la redacción actual de la LC la norma del párrafo segundo del apartado 5 aplique el efecto extintivo de la exoneración solo al deudor frente a sus acreedores, quienes no podrán por tanto iniciar acciones dirigidas frente a este, pero luego contemple que queden a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no pondrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por aquel en el concurso, ni subrogarse en los derechos de sus acreedores por el pago posterior, salvo revocación de la exoneración concedida<sup>1844</sup>.

En efecto, de qué otra forma podemos comprender o explicar un modo de extinguir sino desde la consideración de especialísimo cuando los efectos extintivos que

---

<sup>1840</sup> En línea con nuestras consideraciones, aunque no explica razones, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 29, expresa que la norma excepciona de forma expresa el principio de accesoriadad que rige la materia. De igual manera, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 18. Para SERRANO DE NICOLÁS, Ángel y SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús (2015) "La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, por el trámite del número 4º del apartado tercero del artículo 178 bis del RDL 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad", en *Revista de derecho v/lex*, N° 132, p. 132, la fianza debiera entenderse extinta si se concede la exoneración al deudor.

<sup>1841</sup> CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 52.

<sup>1842</sup> De similar manera, SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 15.

<sup>1843</sup> PULGAR (2014) "Acuerdos de refinanciación...", cit., p. 29.

<sup>1844</sup> Ello respondería además a la estimación de SENDRA (2018) *El beneficio...*, cit., p. 260, para quien sería el hecho de que la exoneración muta las obligaciones en naturales lo determinante para comprender que las obligaciones accesorias no se extinguen.

presenta solo se extienden a la obligación principal, dejando plenamente vigente la obligación accesoria<sup>1845</sup>, y además posibilita la extinción de las latentes expectativas de derechos de crédito<sup>1846</sup> que sus propios garantistas pudieren tener, circunstancias que, desde el punto de vista del derecho civil y el carácter accesorio de la obligación<sup>1847</sup> principal no podría suceder debido a que, en el primer caso la obligación principal se habría extinguido, y en el segundo, no existe en estricto rigor extinción cuando un crédito aún no ha nacido. De allí también es posible comprender que en las Conclusiones del Seminario de Segunda Oportunidad de 2016<sup>1848</sup> se estime que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho "es una causa *personal de exoneración*", y que su finalidad "no es extinguir la obligación si existen otras personas obligadas y con posibilidad de cumplirla."

Pero además, solo a través de esta interpretación podemos comprender que el hecho de que los efectos de la exoneración no solo alcancen al deudor, sino también a una persona que no es en concreto el deudor concursado, como es el o la cónyuge en régimen de gananciales u otro de comunidad, responda a una comprensión de la institución como una herramienta que, requiriendo una necesaria extinción de las obligaciones del deudor, en función del principio del *fresh start* la misma sea extendida en cuanto a su alcance a una persona respecto de quien pesa también el interés del núcleo familiar de aquel; considerando que solo de esta forma el alivio del deudor puede significar un retorno a circunstancias que posibiliten un efectivo desarrollo personal y familiar.

#### **4.2. Naturaleza jurídica de la revocación de la exoneración en la LC.**

Bajo el entendido de que la naturaleza de la exoneración en la LC es efectivamente, y de esta forma debiera comprenderse, un modo de extinguir las obligaciones no cubiertas en el procedimiento concursal, la idea de que la exoneración tiene como efecto la extinción de las obligaciones no está exenta de sus propios

---

<sup>1845</sup> Para FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 284, expresa que "se rompe con ello la regla general de que la deuda subsidiaria sigue la suerte de la deuda principal —artículo 1847 CC—."

<sup>1846</sup> Entendemos que nuestra interpretación también puede ser inferida de lo señalado por CUENA (2016) "El nuevo régimen...", cit., p. 52, quien, en torno a la redacción del RDL 1/2015, expresa que "ese crédito por reembolso no se veía afectado por la exoneración por nacer después de dicha conclusión [...]". De igual manera, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 18.

<sup>1847</sup> En cuanto al efecto extintivo sobre la obligación accesoria de la extinción de la principal, DIEZ-PICAZO (2008) *Fundamentos...*, cit., p. 483.

<sup>1848</sup> CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 11.

problemas, los cuales se vinculan especialmente con los efectos que los casos de revocación presentan en la LC.

Si la institución de la revocación no existiese, con la extinción de la obligación tras la declaración de exoneración definitiva los problemas interpretativos terminarían. Sin embargo, ya hemos señalado que la revocación tiene como efecto especial, según el párrafo tres del apartado 7, que los acreedores "recuperarán la plenitud de sus acciones frente al deudor", con lo cual poníamos de manifiesto que ello podría ser indiciario de que la obligación mutaría en natural en el término que mediara entre la declaración de la exoneración como acto *per se* y la declaración de revocación de la exoneración. Ello explicaría que las acciones que hubiesen perdido los acreedores con la exoneración vuelvan a ser recuperadas, lo cual, a su turno, daría cuenta de que la obligación nunca se habría extinguido como tal.

Sin embargo, en perjuicio de lo anterior y en función de lo que hemos argumentado previamente lo contrario es la realidad, y los casos de exoneración contemplados por la LC sí conllevan el efecto de extinguir las obligaciones. Desde este punto de vista y como premisa, debemos explicar cómo es que sería posible entender que a pesar de una extinción de la obligación las acciones puedan volver a ser recuperadas por los acreedores, lo cual significaría explicar por qué o cómo es que los créditos, que habían sido extintos, "han vuelto a renacer", y más aún, cómo es que la obligación extinta "ha vuelto a renacer". Ello, en estricto rigor nos hace preguntarnos si es posible y cómo, o bajo qué circunstancias, una obligación ya extinta puede volver a renacer a la vida del derecho; lo cual a su turno nos lleva a preguntarnos si la revocación que plantea la norma en comento y de la forma descrita, posibilitaría que una obligación ya extinta vuelva a renacer a la vida del derecho. A su turno, esto último nos obliga a analizar la naturaleza jurídica que ha de comprender la institución para alcanzar el objetivo descrito en la norma.

#### ***4.2.1. El efecto de "recuperación" de los créditos por los acreedores y su incidencia en la naturaleza de la revocación de la exoneración.***

Si a partir de nuestras conclusiones de que la exoneración de las obligaciones tiene como efecto la extinción de las mismas, el hecho de que la norma del párrafo final del apartado 7 señale que en caso de que haya operado la revocación "los acreedores recuperarán la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos", la disposición estaría dando cuenta de un especial efecto de esta revocación

que pudiere hacer parecer que una obligación extinta, y por tanto, los créditos y las acciones que emanan de ella, volverían a la vida del derecho. Ante esto, ¿realmente puede volver a nacer a la vida del derecho una obligación ya extinta?, y si ello es efectivo, ¿cómo o de qué manera y por qué razones puede "volver a nacer" a la vida del derecho una obligación que había sido extinguida?.

En atención a las justificaciones y fines del procedimiento concursal de la persona física y teniendo en cuenta las justificaciones y objetivos del principio del fresh start, siendo inconcebible la posibilidad de que el derecho al alivio del deudor se encuentre por algún momento o término suspendido, y no existiendo la extinción temporal de actos jurídicos u obligaciones; comprendemos que las obligaciones extintas no pueden volver a nacer, salvo que las partes acuerden el "renacimiento" de una obligación que en su momento fue extinta por algún modo. Sin perjuicio de ello, en este caso, lo que en estricto rigor sucede es que existe una segunda obligación, aunque igual a la que otrora fuera extinta, independiente de aquella. Así las cosas, ni en el caso de la novación se puede entender que la obligación extinta surge nuevamente, toda vez que la necesidad del reemplazo de una obligación por otra, tiene como resultado que la primigenia obligación sea reemplazada, y por tanto extinguida, con el nacimiento de otra obligación válida.

En tal sentido, ¿qué es lo que sucede cuando hablamos del eventual "renacimiento" de una obligación o crédito extintos?. En la práctica, aunque pudiere parecer que una obligación extinta puede volver a renacer a la vida del derecho; en aquellos casos de aparente renacimiento de obligaciones<sup>1849</sup>, lo que sucede es que los actos que habrían dado origen a tales obligaciones, si bien en principio extintos, por alguna circunstancia o causa el derecho estima que nunca habría operado la extinción respecto de ellos<sup>1850</sup>.

---

<sup>1849</sup> Un ejemplo de ello lo encontramos en SANCHO GARGALLO, Ignacio (2017) *La rescisión concursal*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 221 y 331, al referirse a los efectos de la rescisión concursal de la dación en pago como modo de extinguir las obligaciones. En este contexto, el autor expresa que "Los efectos de la rescisión de la dación en pago, tal y como los ha entendido la jurisprudencia (STS 715/2014, de 16 de diciembre), son que el acreedor viene obligado a devolver a la masa del concurso los bienes percibidos, y *renace el crédito frente al concursado* [...]" (La cursiva es nuestra).

<sup>1850</sup> Un ejemplo de esto lo encontramos en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles (2005) *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Madrid: Editorial Dykinson, p. 204, cuando refiriéndose a los efectos de la invalidez (en sus modalidades nulidad y anulabilidad), expresan que en los casos en que un contrato, por causal de invalidez, no ha producido efecto alguno, "[...] según los casos, podrá advertirse que las partes siguen sujetas a otros vínculos que el contrato inválido pretendía extinguir [...]" lo que entendemos se produciría cuando el modo de extinguir de una obligación operado a través del mutuo consentimiento de las partes en una convención es inválido o ineficaz y por tanto se entiende que nunca ha producido efecto.

Dentro de las diversas formas de ineficacia de los actos jurídicos y las obligaciones, las que destacan por cumplir con este carácter particular, y respecto de las cuales pondremos especial atención, son:

Por una parte, la invalidez del modo de extinguir la obligación, que podría eventualmente hacer renacer una obligación. En este caso, aunque de manera gráfica decimos que la obligación extinta ha renacido, en estricto rigor el renacimiento de la obligación no se produce como tal, toda vez que por el efecto propio de la nulidad o la anulabilidad en los actos respecto de los que opera, que tiene como consecuencia que los mismos nunca han producido efecto alguno<sup>1851</sup>, entendemos que la obligación como tal nunca se habría extinguido. Siguiendo estas consideraciones, y para nuestro caso, si estimásemos que el denominado por nosotros modo de extinguir exoneración ha sido invalidado, ello tendría como resultado que al operar la nulidad o anulabilidad del modo de extinguir, se entendería que las obligaciones que en su momento fueron extinguidas por tal modo nunca lo hayan sido. Ello significaría que nunca habría operado el modo de extinguir exoneración y las obligaciones en su momento exoneradas siempre habrían permanecido vigentes<sup>1852</sup>.

Por otro lado, la rescisión del modo de extinguir la obligación podría eventualmente hacer renacer la obligación. Al igual que en el caso anterior, la rescisión de un acto de extinción de una obligación en estricto rigor no vuelve a la vida a la obligación. Debido al efecto de la rescisión, esto es, la pérdida de eficacia del acto como si nunca se hubiera celebrado<sup>1853</sup> retro trayendo a las partes a quienes beneficia o afecta al estado de origen anterior a su celebración<sup>1854</sup>, se entiende que la obligación que en principio hubiese sido extinguida por un modo de extinguir rescindido nunca habría sido extinguida por tal acto o modo de extinguir.

Pues bien, sentado lo anterior, si consideramos que la extinción de las obligaciones a través de la exoneración se lleva a cabo por medio de la operativa de un modo de extinguir determinado —que denominamos para estos efectos "modo de extinguir exoneración"—, y si respecto de tal acto o modo ha operado alguna de las causales de ineficacia previamente descritas, sucede que al perder eficacia el acto de

---

<sup>1851</sup> DELGADO y PARRA (2005) *Las nulidades...*, cit., p. 203.

<sup>1852</sup> Ello se desprende de lo señalado por BELTRÁN HEREDIA, Carmen (1995) *La nulidad contractual. Consecuencias*. Editorial Tirant Monografías, pp. 34, 46 y 47.

<sup>1853</sup> PINAGLIA-VILLALÓN, Juan I. (2001) *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pp. 263 y 265

<sup>1854</sup> MORELLO, Augusto Mario (2006) *Ineficacia y frustración del contrato*, 2ª edición, Argentina: Editorial Lexis Nexis, p. 359.

exoneración, las obligaciones respecto de las cuales hubiese tenido aplicación nunca habrían perdido eficacia. A este particular efecto en caso de ineficacia del acto de exoneración concretizado a través del modo de extinguir exoneración, y solo para efectos de orden y claridad en nuestra argumentación, denominaremos "apariencia de renacimiento de la obligación".

Con ello nos preguntamos entonces si ¿es posible que la revocación de la exoneración, en su esencia, responda a alguna de las anteriores causales de ineficacia planteadas?. Para responder a tal pregunta, y desde que en términos generales ambas conllevan la consecuencia de que al operar respecto de un acto o modo de extinguir propician la apariencia de renacimiento de la obligación, será preciso poner atención en sus diferencias. De esta forma, y resueltas tales precisiones, podremos evaluar si nuestra revocación de la exoneración obedece a la conceptualización, característica y efectos de alguna de tales causales de ineficacia.

#### **4.2.2. Diferencias entre la invalidez y la rescisión de un acto determinado.**

Si pensamos en diferencias entre los casos de ineficacia, la primera la encontramos en torno a sus causales de procedencia. Tal diferenciación, y aplicada a nuestro ámbito de estudio, implica preguntarnos por las razones por las cuales una obligación que habría sido extinta a través de la exoneración de la deuda aparentemente renace.

En el caso de la nulidad del modo de extinguir pueden ser aplicadas todas las causales de nulidad de los actos jurídicos, o en su caso, de los actos procesales. Tales causales de nulidad, en esencia y de manera general, referidas a vicios, defecto o falta (vicios o defectos de invalidación) de cumplimiento de determinados requisitos legales o por vulneración de una norma imperativa o prohibitiva<sup>1855</sup>, conllevan que aquellos actos que no hayan cumplido con determinados requisitos de validez sean inválidos<sup>1856</sup>, esto es, nulos de pleno derecho o anulables. La razón por la que los actos son inválidos es la infracción de determinados requisitos legales al tiempo de su celebración<sup>1857</sup>.

Por su parte, si analizamos las razones por las cuales son rescindidos los actos, podemos percatarnos que en la gran mayoría de los casos las causales que dan pie a la

---

<sup>1855</sup> ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes (2010) *La rescisión por lesión en el derecho civil español*, Madrid: Editorial La Ley, p. 87

<sup>1856</sup> MORELLO (2006) *Ineficacia...*, cit., p. 30.

<sup>1857</sup> DELGADO y PARRA (2005) *Las nulidades...*, cit., p. 24.



rescisión se refieren a ciertas circunstancias extrínsecas al acto mismo<sup>1858</sup>, esto es, circunstancias que, llevadas a cabo por una de las partes y concurriendo en actos válidamente celebrados, han causado lesión o perjuicio a la otra<sup>1859</sup>. El daño o perjuicio causado a alguna de las partes justifica que un acto que en su momento fue celebrado válidamente, y por tanto, las obligaciones que emanando del mismo habían sido eficaces, sean rescindidas<sup>1860</sup>. En tal sentido, de acuerdo al Código Civil, son causales de rescisión, la lesión enorme, el fraude de los acreedores, y otras causales señaladas en la ley<sup>1861</sup>, como sería en este último caso, por ejemplo, las causales que motivan la rescisión concursal.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica que cada una de estas formas de ineficacia presenta, y en consideración a las causales de procedencia y finalidades perseguidas por cada una respectivamente, se distinguen en que mientras la invalidez se centra en deficiencias estructurales, de validez o de la esencia del acto determinado<sup>1862</sup>, no siendo propiamente una sanción<sup>1863</sup>; por su parte la rescisión, siendo una sanción propiamente tal, se centra en un problema jurídico particular del acto que afecta la función que realiza, sin menoscabar la realidad, certeza, validez o licitud del mismo<sup>1864</sup>, y que busca restablecer un equilibrio entre las partes<sup>1865</sup> que se habría perdido con

---

<sup>1858</sup> En este sentido, ALBERRUCHE (2010) *La rescisión...*, cit., p. 88, citando a Messineo, D. (1971) *Derecho civil y comercial*, t. III, traducción española por S. Sentín Melendo, Buenos Aires: Ejea, pp. 486 y sgtes., para quien la diferencia entre invalidez e ineficacia se encuentra en que "la invalidez es la ausencia de efectos provocados por defectos intrínsecos a los elementos esenciales del negocio jurídico; [mientras que] la ineficacia, sin embargo, está provocada por aquellos defectos o carencias extrínsecos al acuerdo de voluntades".

<sup>1859</sup> ALBERRUCHE (2010) *La rescisión...*, cit., p. 157, expresa que "[...] el negocio rescindible presupone la existencia de un negocio válido, que por causa de una lesión o perjuicio de naturaleza económica puede ser declarado ineficaz".

<sup>1860</sup> DE CASTRO, Federico (1985) *El negocio jurídico*, Madrid: Editorial Civitas, p. 520, expresa que "[...] el negocio rescindible es un negocio válidamente celebrado pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado.". DIEZ-PICAZO (2008) *Fundamentos...*, cit., p. 569. En el mismo sentido, y considerando a las acciones rescisorias concursales como una especial formulación del régimen común de la rescisión, SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael (2013) *Concurso y rescisión*, Valenca: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 30.

<sup>1861</sup> ALBERRUCHE (2010) *La rescisión...*, cit., p. 171.

<sup>1862</sup> ALBERRUCHE (2010) *La rescisión...*, cit., p. 153.

<sup>1863</sup> Para un conocimiento in extenso de las discusiones en torno a la naturaleza sancionatoria o no de la invalidez, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2007) "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción", en Delgado Echeverría, Jesús (coordinador), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Navarra : Editorial Thomson Aranzadi, pp. 89 -136.

<sup>1864</sup> SEBASTIÁN (2013) *Concurso...*, cit., p. 22; ALBERRUCHE (2010) *La rescisión...*, cit., p. 153.

<sup>1865</sup> ALBERRUCHE (2010) *La rescisión...*, cit., p. 172.

motivo del perjuicio que a una hubiere causado a la otra<sup>1866</sup>. Es lo que la doctrina denomina una ineficacia funcional<sup>1867</sup>.

#### **4.2.3. La revocación de la exoneración como un caso de especial rescisión.**

En el ordenamiento español, la revocación de la exoneración no presenta diferencias con los fundamentos y justificaciones de la institución contemplados en ordenamientos comparados, toda vez que en todos se presenta como una herramienta que pretende mitigar la actividad fraudulenta de parte del deudor con la finalidad de que la exoneración solo sea otorgada a los que sean merecedores. Ello se presenta en armonía con los objetivos del principio del fresh start en la medida de que un alivio debe ser otorgado solo al deudor que se lo merezca.

Si analizamos las causales de revocación de la exoneración con las salvedades que para cada una hemos planteado, nos percatamos que, en la mayoría de los casos, se refieren a circunstancias en las cuales el deudor habría llevado a cabo actos que significan un doloso o culposa o negligentemente grave incumplimiento de alguno de los deberes impuestos a lo largo del procedimiento concursal. Este doloso o gravemente negligente incumplimiento de sus deberes implica un comportamiento del deudor que aunque pudiere ser discutible que se circunscriba en el ámbito del fraude, de todas formas se constituye en actividades o actitudes contrarias a la verdad o a la rectitud por su parte que acarrear un beneficio, al tiempo de causar perjuicio al acreedor. En efecto, teniendo en cuenta los deberes que el deudor debe cumplir a lo largo del procedimiento concursal, su doloso o gravemente negligente incumplimiento en la práctica se traduce en una acción o inacción por parte del deudor, que es contraria a la rectitud o a la verdad, y que irroga el perjuicio al acreedor manifestado tanto en una disminución del activo del concurso que pudiere ser destinado a la satisfacción de sus créditos, tanto en la pérdida de sus créditos al tiempo de la extinción de las obligaciones por efecto de la exoneración de la deuda residual.

En tal sentido, cumpliendo el acto de exoneración todos los requisitos de validez, eficacia y formales —lo que no abalaría una aplicación de una nulidad o anulabilidad del modo de extinguir exoneración—, y conllevando las circunstancias de

---

<sup>1866</sup> DE CASTRO (1985) *El negocio...*, cit., p. 519; ALBERRUCHE (2010) *La rescisión...*, cit., p. 176.

<sup>1867</sup> A esta categoría de ineficacia se refiere SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., p.41, en contraposición a la ineficacia estructural, la cual es tomada de Díez Picazo (1961) ADC, XIV, pp. 825 a 830; En iguales términos, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan (1998) *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, p. 286.

doloso o gravemente negligente incumplimiento de los deberes del deudor en el procedimiento concursal un daño hacia el acreedor, entendemos que se encuentra justificada la procedencia de una rescisión del modo de extinguir exoneración. Así las cosas, el perjuicio producido al acreedor a través de una actitud contraria a la rectitud o a la verdad que posibilita o facilita la extinción de las obligaciones, justifica que el acto de exoneración, que en su momento operó respecto de determinadas obligaciones, sea rescindido y pierda su eficacia.

De acuerdo al efecto propio de la rescisión, si en el caso de los actos jurídicos rescindidos se entiende que nunca ocurrieron, retrotrayéndose sus efectos al tiempo inmediatamente anterior a su celebración; en nuestro caso, la rescisión del modo de extinguir exoneración conlleva que al retrotraerse a la partes al estado inmediatamente anterior al momento en que operó el modo, que en estricto rigor será el momento de la declaración definitiva de exoneración, debe entenderse que las obligaciones nunca fueron extinguidas y, por tanto, siempre mantuvieron eficacia. De ello es posible comprender que las acciones de los acreedores, por tanto sus créditos y las obligaciones a ellos vinculados que hubieren sido extintos, a través de la revocación de la exoneración —en palabras de la LC— vuelvan a ser recuperados por los acreedores para hacer efectivos los créditos no satisfechos.

#### *4.2.3.1. Diferencias entre la especial naturaleza rescisoria de la revocación de la exoneración y las acciones rescisorias concursales.*

Considerando la revocación de la exoneración de la deuda como un caso de especial rescisión, podría estimarse que la misma, encontrándose en la Ley Concursal, se circunscribe a un caso particular de acción rescisoria concursal, que, aunque no encontrándose en el artículo 71 LC, sería parte de la misma familia y por tanto compartiría los fundamentos y, de esta forma, los mismos requisitos de procedencia.

No obstante lo anterior, si ponemos atención en los requisitos de procedencia de la revocación de la exoneración y de las acciones rescisorias concursales, apreciamos una diferencia que es del todo significativa al tiempo de evaluar la naturaleza rescisoria de la primera.

En efecto, a pesar de que la doctrina se encuentra dividida en torno al fraude como requisito de procedencia de las acciones rescisorias concursales<sup>1868</sup>, la doctrina

---

<sup>1868</sup> Para un conocimiento de las teorías doctrinarias en torno a la procedencia del fraude como requisito de la acción rescisoria concursal, SEBASTIÁN (2013) *Concurso...*, cit., pp. 24 a 26.

mayoritaria, a la cual nos acogemos, estima que las acciones rescisorias concursales del artículo 71 LC no exigen el fraude como requisito de procedencia<sup>1869</sup>, sino solo la exigencia de plazo y perjuicio<sup>1870</sup>. Por su parte, a diferencia de las acciones rescisorias concursales, y tal como lo hemos planteado previamente, la revocación de la exoneración como especial forma de rescisión, aunque se encuentra dentro de la normativa concursal, requiere para su procedencia una actuación o actividad contraria a la verdad o rectitud por parte del deudor que se traduce en una conducta dolosa o manifiestamente negligente de su parte, y que en definitiva, y siguiendo a la doctrina mayoritaria actual<sup>1871</sup>, la entendemos se corresponde no solo con el conocimiento, sino que también con la posibilidad de conocimiento, que el deudor pudo tener del perjuicio que su actividad causa a los acreedores<sup>1872</sup>.

En este contexto, se aprecia una similitud que la acción de revocación de la exoneración presenta con la acción de rescisión por fraude de acreedores o acción pauliana, toda vez que a diferencia de lo que ocurre con la acción rescisoria concursal, la necesidad de evaluación del aspecto subjetivo del deudor es un requisito de procedencia de la revocación. En efecto, y en coherencia, se ha señalado<sup>1873</sup> que "la valoración del plano subjetivo de la aplicación de la acción [rescisoria por fraude] no se basa en el comportamiento doloso, entendido como un grado de consciencia o un comportamiento intencionado, sino que se apoya en un desarrollo del concepto de mala

---

<sup>1869</sup> SEBASTIÁN (2013) *Concurso...*, cit., p. 26; SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., pp.42 y 90; ALBERRUCHE (2010) *La rescisión...*, cit., p. 315; DE TORRES PERERA, José Manuel (2016) "Reflexiones sobre la acción rescisoria concursal: propuesta de lege ferenda", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 39, septiembre-diciembre, Editorial Thomson Reuters, p. 104.

<sup>1870</sup> Así, GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2016) "La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal", en García-Cruces, José Antonio (director), *Jurisprudencia y concurso*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 1116.

<sup>1871</sup> Para un conocimiento en torno a la evolución de la noción de perjuicio hasta la concepción actual, PINAGLIA-VILLALÓN (2001) *Perfiles...*, cit., pp. 224 a 229.

<sup>1872</sup> Lo anterior es reafirmado considerando nuestros planteamientos efectuados en el apartado III.1.2.3., Sección 2ª, Parte Cuarta. En torno a la progresiva objetivación del fraude de acreedores en la acción rescisoria por fraude, ORDUÑA (2015) "La moderna...", cit., p. 1918. En este contexto, refiriéndose a la acción rescisoria por fraude de acreedores, en opinión de ORDUÑA MORENO, Francisco (1992) *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Análisis de sus conceptos y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción)*, 2ª edición ampliada y puesta al día, Barcelona: José María Bosch, editor, S. A., pp. 167 y 168, la valoración del resultado dañoso tiene como criterio de imputación la culpabilidad del deudor en la producción del daño, entendida en su sentido estricto, es decir, como la omisión de la diligencia debida o necesaria para la evitación del daño; lo cual supondría que el deudor conoció, o debió haber conocido, que el acto o negocio determinado ocasionaba una merma en su garantía patrimonial que necesariamente iba a lesionar los intereses del acreedor. En este contexto, y siguiendo a PINAGLIA-VILLALÓN (2001) *Perfiles...*, cit., p. 229, el deudor, al ignorar por negligencia el daño que su acto produce al acreedor, manifiesta con su actuación un comportamiento contrario a las exigencias de lealtad y corrección a que deben atenderse las partes en el desenvolvimiento de la relación jurídica que las une.

<sup>1873</sup> ORDUÑA (2015) "La moderna...", cit., p. 1919.

fe que conduce a la constatación de un error excusable y, por tanto, al empleo de la diligencia exigible para conocer el hecho, más que un determinado o exacto conocimiento del mismo".

A pesar de que tanto la revocación de la exoneración como las acción rescisoria concursal tienen naturaleza rescisoria atendido a que buscan remediar un perjuicio<sup>1874</sup>, que puede verse plasmado en el hecho de que ambas tienen como finalidad última dar protección a los intereses de los acreedores<sup>1875</sup>, el origen de la diferenciación anterior la encontramos en los fundamentos y objetivos que las justifican. Mientras que las acciones rescisorias concursales encuentran su fundamento en el perjuicio de la masa activa<sup>1876</sup>, teniendo como objetivo la rescisión de ciertos actos llevados a cabo por el deudor con anterioridad al procedimiento concursal que hubieren disminuido el patrimonio del deudor, de manera tal de recuperar bienes que engrosarán el activo concursal con el cual los acreedores podrán cobrar una mayor parte de sus acreencias<sup>1877</sup>; por su parte, la revocación de la exoneración encuentra su fundamento en la prevención del abuso del deudor, y tiene por objetivo la rescisión del acto de exoneración en aquellos casos en que el deudor hubiese llevado a cabo determinadas actuaciones contrarias a la verdad o a la rectitud en contra de los acreedores y del procedimiento concursal, reflejadas en un doloso o manifiestamente negligente incumplimiento de determinadas obligaciones durante el procedimiento concursal, y que propiciaren la exoneración de la deuda.

Esta discrepancia en torno a los requisitos de procedencia surgida de la diferencia de fundamento y objetivos de cada una es posible de comprender al considerar la oportunidad procesal en el cual tienen aplicación. Mientras las acciones rescisorias concursales operan en un tiempo inicial del procedimiento concursal donde tiene especial importancia la preservación e integración del activo concursal con el cual dar satisfacción a los acreedores, buscando por tanto la preservación, engrosamiento o restauración del activo del concurso<sup>1878</sup>; la revocación de la exoneración opera al término del procedimiento concursal, donde, adquiriendo amplia aplicación el alivio al

---

<sup>1874</sup> Así, FERNÁNDEZ CAMPOS (1998) *El fraude...*, cit., pp. 288 y 304; de igual forma, y en referencia a la acción rescisoria concursal, SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., p. 43; DE CASTRO (1985) *El negocio...*, cit., p. 519.

<sup>1875</sup> SEBASTIÁN (2013) *Concurso...*, cit., p. 34; DE TORRES PERERA (2016) "Reflexiones...", cit., p. 105.

<sup>1876</sup> SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., pp. 42 y 89; SEBASTIÁN (2013) *Concurso...*, cit., pp. 32 y 34.

<sup>1877</sup> De esta forma, SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., p. 43. Ello además se desprende de lo señalado por GONZÁLEZ BILBAO (2004) "Identificación...", cit., p. 295.

<sup>1878</sup> SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., p. 43; GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2016) "La reintegración...", cit., p. 1107.

deudor y el principio del fresh start, tiene la finalidad de prevenir que la exoneración de la deuda residual sea otorgada a un deudor que llevó a cabo una conducta dolosa o manifiestamente negligente durante el procedimiento concursal. Las acciones rescisorias concursales tienen por objetivo reintegrar bienes a la masa activa del concurso para incrementarla; mientras que la revocación de la exoneración tiene por objetivo propiciar que el alivio sea otorgado solo a los deudores que se lo merecen.

### **4.3. Incidencia de la naturaleza rescisoria de la revocación en la pretensión de otorgar alivio solo al deudor que se lo merece.**

#### ***4.3.1. El perjuicio a los acreedores como requisito de procedencia de la revocación de la exoneración y su incidencia en cuestiones procedimentales.***

Aunque la LC no lo establece expresamente, entendemos que subyacente a la naturaleza rescisoria de la revocación de la exoneración se encuentra implícito el fundamento de toda rescisión<sup>1879</sup>, esto es, la mitigación de un perjuicio<sup>1880</sup>. En este sentido, si las acciones rescisorias concursales buscan mitigar un perjuicio sufrido por la masa del concurso<sup>1881</sup>, la revocación de la exoneración, en su especial naturaleza rescisoria pretende remediar o mitigar el perjuicio que ha sufrido un acreedor<sup>1882</sup>; perjuicio este que se manifiesta tanto en una disminución del activo del concurso que pudiere ser destinado a la satisfacción de sus créditos, tanto en la pérdida de sus créditos al tiempo de la declaración de exoneración definitiva de la deuda residual.

---

<sup>1879</sup> En la misma línea, FERNÁNDEZ CAMPOS (1998) *El fraude...*, cit., p. 289, expresa que el contenido de la pretensión subyacente a la acción pauliana es atacar los efectos perjudiciales respecto de una situación jurídica concreta.

<sup>1880</sup> SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., p. 91, expresa que de acuerdo a la jurisprudencia, "el elemento esencial o impulsor de la acción pauliana es el perjuicio o lesión a los legítimos derechos de cobro de los acreedores [...]". En este sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan (2007) "Reintegración del patrimonio del concurso", en *Anales de derecho*, Universidad de Murcia, N° 25, p. 22, expresa que "el perjuicio es también el fundamento y elemento esencial de la acción rescisoria civil."

<sup>1881</sup> Se discute en doctrina si la expresión "perjuicio a la masa" comprende solo un perjuicio causado al activo concursal o también cualquier transgresión que altere la *par conditio creditorum*. Para un conocimiento de las teorías que se vinculan a esta discusión, SEBASTIÁN (2013) *Concurso...*, cit., pp. 50 y 51, SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., pp. 94 y 95; y DE TORRES PERERA (2016) "Reflexiones...", cit., pp. 126 a 131. En todo caso, se ha planteado por la doctrina y jurisprudencia que la expresión alude a un "sacrificio patrimonial injustificado". Así, SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., p. 97 considerando la STS 622/2010, de 27 de octubre.

<sup>1882</sup> Aunque se refiere a la diferencia entre la acción pauliana y la acción rescisoria concursal, y en este segundo caso comprendiendo a la misma como una acción de rescisión por lesión, se desprende una diferencia de objetivos que presentarían ambas de lo señalado por DE TORRES PERERA (2016) "Reflexiones...", cit., p. 106.

Esta diferenciación, que entendemos se encuentra justificada por los fundamentos y objetivos de la revocación de la exoneración en su naturaleza rescisoria, influye además en el legitimado activo para la presentación de la acción de revocación de la exoneración. En efecto, a diferencia de la acción rescisoria concursal, que es colectiva y se ejercita en interés de la masa del concurso<sup>1883</sup>; siendo el objetivo de la revocación la rescisión de la exoneración de deudas que, con motivo de determinados actos contrarios a la verdad o a la rectitud de parte del deudor, han causado perjuicio a los acreedores al verse impedidos de efectuar un cobro en mayor medida de sus acreencias o al perder sus créditos y acciones para exigir su cobro, el interés por la presentación de la solicitud de revocación solo puede esgrimirse respecto de ellos, y por tanto, solo podrían ser ello los legitimados activos para la presentación de la acción de revocación de la exoneración definitiva<sup>1884</sup>.

Así las cosas, se aprecia otra similitud que la acción de revocación de la exoneración presenta con la acción de rescisión por fraude de acreedores debido a que, siendo aquella una acción individual, solo puede ejercitarse por aquel acreedor en perjuicio de cuyas expectativas de cobro de su crédito se llevó a cabo un acto objeto de impugnación<sup>1885</sup>.

Esta similitud también se refleja en torno a la posibilidad de que la rescisión del acto impugnado sea parcial, solo en la medida en que el acto hubiere irrogado un perjuicio determinado que se encuentre inmerso en los límites del interés del acreedor, esto es, en el límite del valor de su crédito<sup>1886</sup>. Es esta particularidad la que, puesta frente a los objetivos contenidos en el principio del fresh start, y de acuerdo a lo que veníamos argumentando en torno a la causal de mejora sustancial de la situación económica del deudor, permite estimar que una revocación de la exoneración<sup>1887</sup> pueda

---

<sup>1883</sup> SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., p. 43.

<sup>1884</sup> No compartimos la interpretación de RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 19, para quien la norma excluye de la legitimación para solicitar la revocación en caso de incumplimiento, en nuestra interpretación doloso o culposo del plan de pagos, a los acreedores de créditos contra la masa; ello puesto que siempre que no se hayan cubierto todos sus créditos en aplicación de la forma de exoneración del número 4º del apartado 3 (caso en que quedarán plenamente satisfechos), si participan en el plan es porque no se alcanzaron a satisfacer a plenitud, donde en aplicación de la interpretación que venimos defendiendo, bien podrán solicitar la revocación debido al perjuicio que sufren con el incumplimiento doloso o culposo del plan de pagos. Entendemos que en línea con la interpretación que defendemos, FERNÁNDEZ SEIJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 292.

<sup>1885</sup> SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., p. 43.

<sup>1886</sup> PINAGLIA-VILLALÓN (2001) *Perfiles...*, cit., pp. y 273.

<sup>1887</sup> Nótese que en este caso nos referimos a la causal como una de revocación propiamente tal, y no al caso de una hipotética "revocación de la exoneración provisional", la cual, en nuestro concepto, obedecería a una genuina denegación de la exoneración. Así, apartados III.1.1.1., y III.1.1.2., Sección 3ª, Parte Cuarta.

ser parcial, esto es, solo en la medida que permita hacer pago a los acreedores de acuerdo al orden de prelación de sus créditos, o dicho en otros términos, solo comprendiendo las deudas u obligaciones cuyos créditos sean susceptibles de pagar de acuerdo al orden de prelación respectivo. En efecto, en atención a que el perjuicio es la medida de los efectos de la pauliana, esto es, hasta donde se extiende su ineficacia<sup>1888</sup>, si la rescisión puede afectar parcialmente a un acto impugnado solo en la medida en que ello posibilite la mitigación del perjuicio sufrido por el acreedor, a contrario sensu, en toda aquella medida en que la ineficacia del acto no repercuta en una mitigación del perjuicio hacia el acreedor no debe ser procedente la rescisión. Y ello es lo que precisamente sucedería en caso de que hipotéticamente procediera la revocación del modo de extinguir exoneración debido a la causal de mejora sustancial de la situación económica del deudor.

Ahora bien, a pesar de alguna similitud con la acción pauliana, no debe estimarse que la acción de revocación de la exoneración en su naturaleza rescisoria responderá al efecto de ineficacia relativa del acto impugnado generado por la pauliana<sup>1889</sup>. En efecto, estando comprendida la acción de revocación de la exoneración en el contexto concursal, la ineficacia del acto impugnado no solo beneficiará al acreedor que interpuso la acción, sino que a todos los acreedores del concurso<sup>1890</sup>.

#### **4.3.2. Imposibilidad de procedencia de oficio de las causales de revocación.**

En atención a la naturaleza jurídica de la revocación de la exoneración, y considerando que con motivo de los fundamentos y naturaleza sancionatoria de la institución de las limitaciones a la exoneración ha de guardarse una necesaria interpretación restrictiva<sup>1891</sup>, se vuelve sencillo comprender que todas aquellas causales de revocación que contempla la LC, y que en el futuro pretendiere el legislador contemplar como tales, deberán estar expresamente delimitadas en la legislación; sin

---

<sup>1888</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS (1998) *El fraude...*, cit., p. 290.

<sup>1889</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS (1998) *El fraude...*, cit., p. 289; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan (1998) "El fraude de acreedores: la acción pauliana", en *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 4, p. 290; PINAGLIA-VILLALÓN (2001) *Perfiles...*, cit., pp. 268, 269 y 273.

<sup>1890</sup> En este contexto, orientativo es lo señalado por SANCHO (2017) *La rescisión...*, cit., pp. 57 y 58, al referirse al efecto de la ineficacia de la acción pauliana civil interpuesta en un procedimiento concursal. De acuerdo al autor, cuando la rescisión es acordada con posterioridad al inicio del procedimiento concursal, la ineficacia del acto impugnado dejará de ser relativa, beneficiando a todos los acreedores.

<sup>1891</sup> Coincidente con nosotros, aunque comentando respecto a un caso en que se discute el acceso a la fase de exoneración, CUENA (2016) "La exoneración... Aspectos problemáticos...", cit., p. 17., entiende que los requisitos impositivos para la obtención de la exoneración son normas restrictivas de derechos que en ningún caso pueden llevar a una aplicación analógica.



que, por tanto, exista posibilidad de admitir que el juez pueda ampliar las circunstancias a casos no contemplados en la legislación a través de interpretaciones analógicas o extensivas, y sin que exista la posibilidad de que el juez pueda aplicar de oficio los casos contemplados en la legislación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que desde nuestra interpretación la exoneración como acto *per se* solo es lograda una vez que es concedida con carácter definitiva, con fundamento en la prevención del abuso que rige la institución del rechazo de la exoneración, comprendemos que ciertos motivos de denegación que consagra la LC bien podrían ser declarados de oficio<sup>1892</sup>, debiendo tenerse presentes, no obstante, las previsiones que para una intervención de oficio por parte del juez hemos señalado previamente<sup>1893</sup>, con la finalidad de prevenir excesos en la actividad jurisdiccional que tengan como consecuencia una incertidumbre jurídica para el deudor y acreedores.

#### ***4.3.3. Especial referencia a ciertas causales de revocación en la LC.***

Considerando lo establecido por la PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, se ha señalado<sup>1894</sup> recientemente que, en cuanto a las causales de revocación contempladas en la LC, sería conveniente su mantenimiento; y de igual manera, en torno a los requisitos de buena fe del deudor, ha señalado que debería mantenerse en la legislación española el requisito sobre antecedentes relacionados con delitos contra el patrimonio, orden socioeconómico, etc.

##### ***4.3.3.1. Especial referencia a la causal de revocación de "mejora sustancial de la situación económica del deudor".***

En los términos de la ley, solo una de las causales de revocación de la exoneración obedece a circunstancias en que el deudor no habría cometido acto doloso o manifiestamente culposo o negligente, esto es, el caso en que el deudor hubiere aumentado sustancialmente su fortuna de manera tal de poder pagar todas las deudas del concurso. Sin perjuicio de lo anterior, aunque tal circunstancia se produce sin dolo o manifiesta negligencia o culpa grave por parte del deudor, podría interpretarse que ante una falta de revocación del acto de exoneración ello generaría un perjuicio para el acreedor debido a que perdería una posibilidad real de pago de sus créditos. En tal

---

<sup>1892</sup> Coincidente con nosotros, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 19, comprende que la revocación durante el transcurso del plan de pagos bien podría ser acordada de oficio por el juez.

<sup>1893</sup> Apartado II.5., Sección 1ª, Parte Cuarta.

<sup>1894</sup> LATORRE (2018) "El discharge...", pp. 12 y 13.

sentido, y como que en todos las causales de revocación de la exoneración existiría un perjuicio hacia los acreedores, podría estimarse que, en atención a esta causal, lo determinante en las causales de revocación del modo de extinguir exoneración sería el perjuicio que la exoneración causaría eventualmente al acreedor.

No estamos a favor de esta interpretación, que estimamos es contraria a los fundamentos y justificaciones de la institución de la revocación o denegación de la exoneración de deudas. En efecto, la consideración del perjuicio a los acreedores como elemento definitorio y requisito único de procedencia de la revocación de la exoneración conllevaría como resultado que cualquier circunstancia que pudiere suscitarse en el procedimiento concursal, aún sin dolo o culpa grave de parte de los deudores, podría constituirse en causal de revocación. Tal consideración podría entenderse extensiva a las causales constitutivas de motivos de denegación, lo que conllevaría a la consagración de un sistema de circunstancias de rechazo de la exoneración en extremo objetivo y contradictorio con la finalidad y objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física.

A modo de ejemplo, la PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2016, tras el Acuerdo Transaccional de 01 de octubre de 2018, considera en el artículo 22 ciertas y determinadas circunstancias que se constituirán en causal de rechazo de la exoneración; sin embargo, no establece la posibilidad de que los deudores puedan escapar al efecto de la circunstancia de rechazo de la exoneración apelando a la falta de dolo o culpa de su parte. Tal es lo que sucede respecto de las circunstancias de las letras b), b)bis<sup>1895</sup>, las cuales, en tención a la redacción de la disposición, bien podrían dar lugar a un motivo de denegación, bien a una causal de revocación. La falta de una comprensión del dolo y la culpa del deudor significa una falta de consideración del verdadero fundamento de la institución de las limitaciones a la exoneración en virtud de la finalidad de prevención del abuso del deudor persona física.

Sentadas estas precisiones, encontrándose el fundamento de la institución de la revocación de la exoneración en la necesidad de prevenir el abuso por parte de los deudores, constituyéndose además en una sanción, y respondiendo a una naturaleza rescisoria, la aplicación de la institución necesariamente debe estar condicionada a un

---

<sup>1895</sup> "[...] b) cuando el empresario insolvente incumpla un plan de reembolso o cualquier otra obligación jurídica orientada a salvaguardar los intereses de los acreedores, incluida la obligación de maximizar los rendimientos de los acreedores;

b) bis) cuando el empresario insolvente incumpla sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo a la legislación nacional; [...]"

requisito de procedencia vinculado a la conducta del deudor, debiendo ser consecuencia de una actividad contraria a la verdad o rectitud de su parte. Solo desde este punto de vista la denominada revocación que plantea la LC, que para nosotros es en efecto una rescisión de la exoneración, respondería y se encontraría en armonía con los fundamentos de la institución, con su carácter sancionatorio, y de esta forma con la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física de otorgar alivio al deudor y con los objetivos contenidos en el principio del fresh start.

Sentado lo anterior, y antes de continuar con nuestra argumentación, debemos recordar y precisar lo siguiente: primero, que de acuerdo a nuestra interpretación del apartado 7 comprendemos que esta circunstancia en efecto se constituye en una causal de revocación de la exoneración como acto *per se*; y segundo, que previamente —y en atención a la redacción actual de la LC— hemos dado cuenta de una interpretación que posibilitaría comprender que, concurriendo esta circunstancia, fuese posible una hipotética "revocación de la exoneración provisional" de manera que los acreedores pudieran aprovecharse de la nueva situación del deudor persona física<sup>1896</sup>. En esta última interpretación, la fórmula encuentra justificación en el interés de satisfacción de los acreedores y en el perjuicio que significaría para ellos que el deudor, habiendo adquirido nuevos ingresos de manera cuantiosa, no cumpla con su deber de satisfacción en el procedimiento concursal. Tales fundamento también podrían dar lugar a la comprensión de una revocación parcial de la exoneración como acto *per se*.

Tras comprenderse que el perjuicio a los acreedores es el fundamento que otorga justificación a las acciones rescisorias<sup>1897</sup>, independientemente de que se trate de una rescisoria concursal o de una revocación de la exoneración, y tras la comprensión de que la principal diferencia entre las acciones rescisorias concursales y la revocación de la exoneración se encuentra en que las primeras no requieren para su procedencia, como sí se precisa en la segunda, una actitud dolosa o culposa contraria a la verdad o rectitud por parte del deudor; podemos señalar que la mejora sustancial de la situación económica del deudor como causal de revocación de la exoneración obedecería al fundamento genérico de prevención del perjuicio a los acreedores, toda vez que a través de la misma se estaría mitigando la situación desfavorable de los acreedores que no

---

<sup>1896</sup> Sin afán de ser reiterativo, entendemos que es necesario volver a recordar que hablamos de hipotética, puesto que en nuestra visión, de proceder, tal sería un caso de genuina denegación de la exoneración.

<sup>1897</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS (2007) "Reintegración...", cit., p. 22; FERNÁNDEZ CAMPOS (1998) *El fraude...*, cit., pp. 288 y 304.

podrían cobrar parte o la totalidad de sus créditos a pesar de una mejora en la situación económica del deudor.

Teniendo presente lo anterior, es preciso evaluar si la revocación de la exoneración por causa de mejora sustancial de la situación económica del deudor obedece al fundamento inmediato de la revocación de la exoneración, esto es, la prevención del abuso por parte del deudor. Para una adecuada respuesta, deberemos considerar la cuestión a partir de la diferencia entre el hipotético caso de "revocación de la exoneración provisional" y el efectivo caso de la revocación de la exoneración definitiva o como acto *per se*.

Para el hipotético caso de la denominada revocación de la exoneración provisional es preciso recordar que, de acuerdo a nuestra interpretación, sería procedente solo en el transcurso del tiempo que media entre la concesión provisional de la exoneración y los cinco años del plan de pagos a los que se refieren las normas del apartado 4 en relación al apartado 6 y al apartado 7.c). En este contexto, el único caso en el cual el deudor estaría llevando a cabo una actividad o actitud contraria a la verdad o a la rectitud, y que justificaría la procedencia de una revocación de la exoneración provisional, sería aquel en que no diera conocimiento al concurso respecto del hecho de haber mejorado sustancialmente su situación económica debido a las circunstancias especificadas en la norma.

Sin perjuicio de ello, es claro que esta situación es coincidente con el incumplimiento de un deber de información y cooperación por parte del deudor en orden a dar conocimiento al concurso de toda mejora en su situación patrimonial para efectos de satisfacer a sus acreedores, con lo cual la causal subyacente de "revocación de la exoneración provisional" se encontraría, para este caso, no en el hecho de la mejora sustancial de la situación económica del deudor, sino en el incumplimiento doloso o gravemente negligente de su deber de información y cooperación<sup>1898</sup>. De acuerdo a esto, aunque pudiere estimarse que en estos casos la exoneración del pasivo tampoco tendría sentido al desaparecer las razones que justificaron su aplicación, siendo un beneficio inmerecido y excesivo<sup>1899</sup>, lo cierto es que el carácter inmerecido o injustificado de la circunstancia no se encuentra en el hecho mismo de la mejora sustancial, sino que en la conducta contraria a la rectitud por parte del deudor que no ha

---

<sup>1898</sup> Así, BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 175, estima el deber de cooperación como uno de aplicación directa y espontánea del deudor.

<sup>1899</sup> Así, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 22.

dado conocimiento de tal hecho al concurso. En la conducta abusiva del deudor subyace el reproche.

Así las cosas, no se presenta necesario que la LC contemple una causal de "revocación de la exoneración provisional" de la deuda con motivo en una mejora sustancial de la situación económica del deudor, toda vez que este caso particular entendemos se encuentra subsumido en la norma del apartado 3.5°.ii) del artículo 178 bis, en relación con el artículo 42 LC.

El caso de la revocación de la exoneración definitiva en esencia corresponde a la situación en la que el deudor hubiese mejorado sustancialmente su situación económica durante el transcurso de los cinco años del plan de pagos, o con posterioridad a la concesión de la exoneración definitiva —sea a través de la forma de exoneración directa del número 4° del apartado 3 o a través de la fórmula aplazada del apartado 6—, pero los acreedores se enteran de tal situación con posterioridad a la concesión definitiva de la exoneración de las deudas. Para el primer caso, al igual que para la denominada revocación de la exoneración provisional, la actitud del deudor que no da aviso al concurso de la ocurrencia de la circunstancia la entendemos subsumible en un caso de doloso o gravemente negligente incumplimiento de su deber de información y cooperación en el procedimiento concursal; causal que por aplicación de del apartado 7, letra a), y en atención a nuestra interpretación del párrafo segundo del apartado 7, es aplicable a esta situación de hecho como causal de revocación. Por su parte, para el segundo caso, atendido a que el deudor de buena fe ha logrado llegar a la exoneración definitiva de la deuda, comprendemos que al no concurrir bajo ningún punto de vista mala conducta procedimental en su contra puesto que no ha llevado a cabo una conducta contraria a la verdad o rectitud en contra de sus acreedores o del procedimiento concursal que pudiese catalogarse de abusiva, no se encuentra justificada la procedencia de una revocación respecto de la cual, en función de sus fundamentos y justificaciones, falta un requisito de procedencia.

Así las cosas, tanto para el hipotético caso de la "revocación de la exoneración provisional", como para el caso de revocación de la exoneración definitiva, la sola causal de mejora sustancial de la situación económica del deudor no responde a los fundamentos y justificaciones de la revocación como especial forma de rescisión de la exoneración. En efecto, aunque responde al fundamento mediato de la prevención del perjuicio de los acreedores, no responde al fundamento inmediato de prevención del abuso del deudor, traducido en el requisito de concurrencia de una actividad o conducta

contraria a la verdad o a la rectitud y que se manifieste en una conducta o actitud dolosa o gravemente negligente. La falta de este requisito tiene como resultado que la sola mención de la mejora sustancial de la situación económica del deudor no obedezca a los fundamentos de la institución y no pueda ser considerada como causal independiente de revocación de la exoneración.

Sentado lo anterior, una causal de revocación de la descarga de la deuda que no estime para nada relevante la conducta del deudor no solo carece de justificación desde las bases esenciales de su naturaleza jurídica, sino que también carece de justificación desde que quiebra el principio del *fresh start* puesto que el objetivo de otorgar alivio al deudor que se lo merece no se logra atendido a circunstancias caprichosas, injustificadas por no responder de manera real al objetivo de prevenir el abuso del deudor y que solo responden al interés de satisfacción de los acreedores<sup>1900</sup>. En tal contexto y a mayor abundamiento, coincidimos con alguna doctrina<sup>1901</sup> que ha estimado que la revocación del beneficio basada en la mejor fortuna no es una solución aceptable en materia de *discharge*, no solo porque las nuevas oportunidades se necesitan con recursos sino porque se corre el riesgo de fomentar la economía sumergida, que es, precisamente, uno de los efectos que la descarga trata de evitar.

A partir de todas estas consideración, la sola mención de la circunstancia de mejora sustancial de la situación económica como causal de revocación de la exoneración del artículo 178 bis.7.c), primero, no es necesaria, y segundo y de mayor importancia, no se encuentra justificada en la LC.

Así las cosas, haciendo presente que la mejora sustancial de la situación del deudor puede conllevar un perjuicio a los acreedores cuando el deudor no da cumplimiento a su deber de información y cooperación, obedeciendo el caso de revocación de la exoneración por causa de mejora sustancial de la situación económica del deudor a una especie de revocación por incumplido doloso o gravemente negligente de su deber de colaboración, damos cuenta de la necesidad de una modificación legislativa en la LC de manera tal de suprimir la letra c) del apartado 7, y de esta forma de la causal de revocación por mejora sustancial de la situación económica del deudor.

---

<sup>1900</sup> Con la redacción inicial del precepto en el RDL 1/2015, se criticaba que la causal carecía de justificación por ser incompatible con un sistema que tiene como finalidad, precisamente evitar la vinculación de ingresos futuros al pago de deudas pretéritas; debiendo sancionarse la mala conducta del deudor o la ocultación de datos, no el esfuerzo económico del deudor posterior a su concurso. No debe olvidarse que su conducta económica anterior ya fue evaluada en el concurso y liquidado su patrimonio. Así, SENENT (2015) "El nuevo...", cit., p. 13. Atendido a lo que venimos argumentando, la redacción actual adolece de iguales defectos.

<sup>1901</sup> LATORRE (2016) "El beneficio...", cit., p. 186.

Por otro lado, reiteramos al mismo tiempo la necesidad de que, en atención al apartado 7.a) del mismo artículo, la norma del apartado 3.5º.ii), y de esta forma la circunstancia de denegación y revocación por incumplimiento del deber de colaboración del deudor, considere la actividad dolosa o gravemente negligente como parte integrante de la disposición<sup>1902</sup>.

#### 4.3.3.2. *Especial referencia a la causal de revocación por condena por delito previo.*

De acuerdo a la interpretación del párrafo segundo del apartado 7, letra a), del artículo 178 bis, la causal del número 2º del apartado 3 puede ser entendida tanto como causal de denegación, tanto como causal de revocación de la exoneración, cuando la circunstancia se hubiere producido durante el transcurso del plazo del plan de pagos<sup>1903</sup>.

A partir de la comprensión de que muchos de los delitos que contempla la norma comprenden un bien jurídico protegido que escapa a la finalidad de la regulación de la institución de las limitaciones a la descarga de la deuda en función de la conducta del deudor<sup>1904</sup>, podríamos dar cuenta de una inicial necesidad de que la LC restrinja los delitos que podrían configurar la circunstancia buscando para ello una relación entre el bien jurídico protegido por aquellos delitos y el interés subyacente a la institución del rechazo de la exoneración, sea en forma de causal de periodo de bloqueo, motivo de denegación o causal de revocación, a saber, la prevención del abuso por parte del deudor. Ello, por otro lado, facilitaría la comprensión de que no existiría un eventual atentado al principio del *non bis in idem*, desde que una sanción penal a un hecho cometido por una persona determinada tendría una segunda sanción de importante incidencia atendido a un bien jurídico que no responde al que a través de la institución de la limitación a la descarga, con fundamento en la prevención del abuso del deudor, se pretende proteger.

Sin perjuicio de ello nos preguntamos si esta circunstancia se justifica como causal de rechazo de la exoneración, sea como causal de periodo de bloqueo, sea como

---

<sup>1902</sup> Párrafo final del apartado "Causal de revocación por constatación de ingresos, bienes o derechos ocultos del deudor" (III.1.2.), y párrafo final del apartado "La supuesta contradicción entre las circunstancias del número 1º y del numeral ii) del número 5º del apartado 3, desde el entendimiento de la causal como motivo de denegación (II.2.2.1.), ambos de la Sección 3ª, Parte Cuarta, en relación al apartado "El tratamiento restrictivo del deudor ante el incumplimiento de la obligación de colaboración (I.2.2., Sección 2ª, Parte Cuarta).

<sup>1903</sup> En igual interpretación, FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 295.

<sup>1904</sup> Apartado "Respecto de la causal de bloqueo por comisión de delitos previos" (II.1.3.1., Sección 2ª, Parte Cuarta).

motivo de denegación o como causal de revocación. Se ha señalado<sup>1905</sup> que una posible modificación del precepto podría contemplar un sistema en el que en vez de establecer una relación cerrada de delitos, se fijaran unos parámetros en función de la gravedad de las penas y de las responsabilidades civiles vinculadas al delito.

Ahora bien, ¿es de por sí contrario al interés del concurso un delito cometido por el deudor?. A nuestro juicio sí, pero solo en la medida que el delito repercuta en un desmedro o perjuicio a los intereses de los acreedores en el procedimiento concursal; lo cual es visible en mayor medida en aquellos delitos que, afectando un bien jurídico protegido determinado, también afectan el interés de satisfacción de los acreedores.

Ahora bien, y a mayor abundamiento, si bien todos los delitos, en potencia, pudieren repercutir un perjuicio a los acreedores, debido a que pudieren desembocar en la obligación del deudor de indemnizar perjuicios y, en tal sentido, disminuir su patrimonio en perjuicio de los intereses de satisfacción de los acreedores; ello en estricto rigor solo se producirá cuando efectivamente el deudor hubiere sido condenado, pero no por el delito mismo, sino a una sanción que implique una alteración o disminución de su patrimonio, como es la indemnización de perjuicios. Así las cosas, comprendemos que aunque la afectación del patrimonio del deudor, y con ello el detrimento al interés de satisfacción de los acreedores, viene dada por una sentencia judicial, lo injustificado de tal hecho está dado por el actuar del deudor que, con dolo, dolo eventual o con culpa ha llevado a cabo una conducta que, aunque a la larga, probablemente podía haber repercutido en un perjuicio a la satisfacción de los acreedores. Y el conocimiento probable del deudor se hace más patente en caso en que tal acto se ha llevado a cabo mientras pende el procedimiento concursal.

Esta misma interpretación se puede inferir de lo señalado por las Conclusiones del Seminario de Segunda Oportunidad de 2016<sup>1906</sup>, toda vez que ante la cuestión de si en caso de delito de homicidio podría rechazarse la exoneración de la deuda, aunque no se da respuesta en torno a la circunstancia propiamente tal de la condena por este tipo de delitos, se manifiesta que las indemnizaciones derivadas de dicho ilícito penal también serían contempladas en el juicio de calificación, pues por dolo o culpa grave se habría generado una deuda que habría propiciado su insolvencia. Apreciamos que aunque tal respuesta se da en el contexto de cuestiones vinculadas a las causales de rechazo absoluto o temporal del alivio, no se debe desconocer que, para lo que nos interesa, se

---

<sup>1905</sup> FERNÁNDEZ SEJO (2015) *La reestructuración...*, cit., p. 240.

<sup>1906</sup> CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 10.



considera que la indemnización de perjuicios por conductas delictivas se constituye en una circunstancia que determina consecuencias negativas en la situación patrimonial y de solvencia del deudor, y que justifican una causal de rechazo del alivio, sea en forma de causal de periodo de bloqueo, motivo de denegación o causal de revocación.

Ahora bien, si respecto de la causal de periodo de bloqueo podemos entender se justifica su establecimiento, no debemos decir lo mismo respecto de la circunstancia como motivo de denegación o revocación.

En relación a la circunstancia como causal de periodo de bloqueo, comprendemos que se justifica su establecimiento en atención al elemento de privación temporal del derecho a la exoneración, el cual en todo caso debe ser rebajado de manera considerable de acuerdo a nuestras argumentaciones previas<sup>1907</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, hacemos presente que el establecimiento de un periodo de bloqueo para esta causal puede estar justificado siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos, derivados de todo cuanto hemos podido argumentar a lo largo de este trabajo: primero, habrá de establecerse solo para aquellos casos en que la conducta delictiva del deudor hubiere irrogado perjuicio directo o derivado a los intereses de los acreedores en un posterior procedimiento concursal, lo cual se manifestará en mayor medida cuando el delito conculque un bien jurídico protegido vinculado a los intereses de los acreedores, o cuando una condena por indemnización de perjuicios con ocasión del delito disminuyera el patrimonio del deudor en desmedro de los intereses de cobro de los acreedores; segundo, habrá de contemplarse de manera individual, expresa y en atención al elemento esencial de una adecuada evaluación de la buena fe contractual, el abuso, como parte integrante del criterio para su delimitación.

Respecto a la circunstancia como motivo de denegación o causal de revocación, en efecto, podríamos estimar en principio que si en la legislación concursal española incluso la calificación del concurso se encuentra desligada de la jurisdicción penal y viceversa para efectos de la evaluación de la buena fe contractual del deudor, no puede comprenderse justificado que una circunstancia que escapa al ámbito del concurso, y que repercute en la vida íntima del deudor, ajena a cualquier vinculación que pudiere tener para con sus acreedores, determine una segunda sanción como sería la denegación de la exoneración. Por otro lado, comprendiendo nosotros que el perjuicio a la satisfacción de los acreedores no está dado por la comisión del delito propiamente tal,

---

<sup>1907</sup> Apartado II.1.3.1., Sección 2ª, Parte Cuarta.

sino por la eventual indemnización de perjuicios a la que el deudor pudiere ser condenado, salvo que el delito sea de aquellos cuyo resultado mismo afecta tanto al bien jurídico protegido en la esfera penal como de manera directa a la satisfacción de los acreedores, debiere considerarse la posibilidad de que la exoneración sea alcanzada por el deudor en la medida que el resultado de la acción de responsabilidad no sea logrado durante la vigencia del plazo del plan de pagos.

Si ello fuera así, traduciéndose el delito sancionado penalmente en un efectivo perjuicio al interés de satisfacción de los acreedores, bien pudiere ello configurar una causal de denegación o revocación de la exoneración; eso sí, siempre que el ejercicio de la misma, por exigencia de la seguridad jurídica, no vaya más allá de los plazos contemplados para las acciones propiamente tales. Así las cosas, entendemos que no se justifica una limitación al derecho de alivio del deudor con ocasión de una conducta que, primero, no se relaciona de manera directa con un resultado de perjuicio al interés de satisfacción a los acreedores, o segundo, se constituye solo en una posibilidad del resultado y no en un efectivo resultado de perjuicio a tal interés.

En este sentido, la seguridad jurídica aludida no solo se relaciona con las posibilidades de alivio del deudor persona física, sino también con las expectativas de indemnización de perjuicios que tendría el afectado por el delito cometido por el deudor; respecto de quien, y en atención a que tales créditos podrían ser catalogados como créditos contra la masa o privilegiados<sup>1908</sup>, sería más beneficioso que la denegación o revocación no se llevara a cabo para de esta forma no tener que competir con el resto de los acreedores a la hora de ejecutar una eventual sentencia de indemnización de perjuicios a su favor.

De todo lo que venimos señalando podemos decir que aunque respecto de ciertos delitos, cuyos efectos conlleva resultados perjudiciales directos para la satisfacción de los acreedores, se justifica la comprensión como circunstancias de denegación o revocación; no es menos cierto que respecto del resto de delitos que actualmente contempla la norma, la justificación de su inclusión como motivos de denegación o causales de revocación no dirá relación alguna con el hecho mismo del delito, sino más bien con la eventual indemnización de perjuicios que pudiere perjudicar la satisfacción del resto de acreedores; cuestión que, podemos estimar, más bien se circunscribe a un atentado a la buen fe procedimental por incumplimiento del deber de cooperación en el

---

<sup>1908</sup> Artículos 84.10° y 91.5° LC.

procedimiento concursal por parte del deudor <sup>1909</sup>, y que encuentra aplicación como motivo de denegación o causal de revocación de manera particular.

#### **4.3.4. Término de presentación de la solicitud de revocación.**

La naturaleza jurídica de la revocación de la exoneración, en especial cuando la comparamos con otras formas de rescisión contempladas en la LC, implica que las diferencias y particularidades que presenta no solo encuentran manifestación en la consideración de la actividad abusiva del deudor como requisito de procedencia de la revocación de la exoneración, sino que también en otros requisitos que la propia LC, aunque no los manifiesta expresamente, entendemos debió considerar: por un lado, en torno al término de presentación de la solicitud de revocación, por el otro, en torno al perjuicio que a través de la rescisión se pretende mitigar.

En relación al término de presentación de la solicitud, ya hemos criticado la falta de establecimiento de un plazo expreso en el cual sea posible ejercitar la revocación de la exoneración, tanto en el párrafo tercero del apartado 7, como en el párrafo final del apartado 8. En este último caso, es alarmante el problema de la falta de plazo de presentación de la solicitud, toda vez que atendida la redacción de la norma, podría estimarse que el plazo de interposición de la acción sería de cinco años a partir de la declaración de exoneración definitiva, en atención a la norma del primer párrafo del apartado 7, al cual se remite <sup>1910</sup>, y que expresa que cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando "durante los cinco años siguientes a su concesión" se constate la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados. Por su parte, la interpretación que hace aplicable la regla general contenida en el artículo 1964 del Código Civil, de igual manera considera un plazo excesivamente largo de cinco años, el cual, además, podría verse ampliado en atención a que la misma disposición posibilita entender que el término comenzará a contarse a partir de que el acreedor hubiere podido ejercitar la acción <sup>1911</sup>.

De acuerdo a lo que hemos comentado previamente, la falta de un plazo específico de presentación de la solicitud de revocación repercute en una incertidumbre

---

<sup>1909</sup> Para una comprensión del deber de cooperación, apartado I.2.3.3, Sección 2ª, Parte Segunda y BASTANTE (2016) *El "deudor de buena fe"...*, cit., p. 175.

<sup>1910</sup> Esta interpretación también es vislumbrada por RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 27. El PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, cit., p. 151, contempla esta posibilidad (art. 491).

<sup>1911</sup> Es la interpretación de las CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), cit., p. 12.

jurídica no solo para el deudor persona física, quien no tendrá certidumbre en relación a cuándo podrá obtener en anhelado real alivio; sino que también significa incertidumbre para los acreedores, quienes no tendrán idea del plazo en el cual ejercitar su derecho. El establecimiento de un plazo específico y determinado se hace del todo necesario<sup>1912</sup>.

La norma del párrafo tercero del apartado 7 señala que la solicitud de revocación se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. A partir de ello es posible efectuar dos precisiones: la primera, que la exigencia del artículo 437 LEC de inicio del juicio verbal a través de una demanda es indiciario de que la solicitud de revocación, en su naturaleza rescisoria, responde a una acción que habrá de ser ejercitada por el legitimado activo; y segundo, que las normas relativas al juicio verbal no establecen un plazo para la presentación de la acción respectiva.

Sentado lo anterior, y siendo necesario que las acciones rescisorias en general guarden el principio de seguridad jurídica<sup>1913</sup>, podría estimarse que el plazo para ejercitar la acción de revocación de la exoneración de la deuda sería aquel correspondiente a las normas generales, esto es, cuatro años desde la fecha de producción del acto o desde que se tuvo conocimiento del mismo<sup>1914</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, comprendiéndose la finalidad del moderno procedimiento concursal de la persona física de otorgar un alivio al deudor, y atendidos los especiales fundamentos y objetivos de la revocación de la exoneración de la deuda residual como especial forma de rescisión, consideramos la necesidad de establecer un término especial menor de caducidad de la acción. Para tal efecto, orientativos son los ordenamientos comparados que paulatinamente han optado por disminuir las barreras hacia un efectivo alivio del deudor persona física: tal es el caso del ordenamiento alemán que presenta un término de seis meses o un año dependiendo de la causal<sup>1915</sup>

---

<sup>1912</sup> Estimando también la necesidad de la identificación de un plazo determinado, RUBIO VICENTE (2016) "Segunda oportunidad...", cit., p. 27.

<sup>1913</sup> SEBASTIÁN (2013) *Concurso...*, cit., p. 34.

<sup>1914</sup> En esta línea, DE CASTRO (1985) *El negocio...*, cit., p. 526.

<sup>1915</sup> La § 303 (1)(1) rige el caso en el cual el deudor viola intencionalmente una de sus obligaciones, lo que perjudica significativamente la satisfacción de los acreedores insolventes y con posterioridad al alivio de la deuda se revela tales hechos solo de forma retroactiva. La § 303 (1)(2) considera el caso en el que el deudor ha sido condenado por uno de los delitos a los que hace referencia la § 287 párrafo 1, a su vez, en relación con § 287a (2); o si el deudor es condenado con posterioridad al alivio de la deuda por delitos a los que se refiere la § 297 cometidos durante el periodo de buena conducta. En tales casos, la condena debe haber tenido lugar durante el año posterior a la concesión del alivio de la deuda. De igual modo, se contempla el caso de que el deudor haya violado deliberadamente o con manifiesta negligencia su deber de cooperación durante el procedimiento y esto se haya sabido con posterioridad al otorgamiento del alivio en un plazo de seis meses. BT-DRUCKS. 17/11268, cit., p. 16, expresa que esta última causal tiene por objetivo que el deudor coopere en el procedimiento concursal. BT-DRUCKS. 17/11268, cit., pp. 14, 15,

para el ejercicio de la acción de revocación del alivio de la deuda; mientras que el ordenamiento francés no cuenta con la revocación de la *effacement* de las deudas tras el *procédure de rétablissement personnel*. Por su parte, la sección 1328(e) del *Bankruptcy Code* establece que para el caso del *discharge* obtenido a través del Capítulo 13, a solicitud de una parte interesada dentro del plazo de un año posterior a la descarga de la deuda, el tribunal podrá revocarla cuando la misma fuera obtenida a través de fraude del deudor y el solicitante no hubiera conocido de tal situación hasta después de que la descarga fuera otorgada al deudor.

Bajo tales consideraciones, estimamos que un término de seis meses para la presentación de la solicitud de revocación, contados desde la fecha de declaración de exoneración definitiva<sup>1916</sup>, es un término acorde con el objetivo de la institución de revocación de la exoneración, la finalidad del moderno procedimiento concursal de la persona física, con el principio del *fresh start* y con ordenamientos concursales comparados. En este sentido, atendido el interés general de otorgar un efectivo alivio al deudor a través del concurso de persona física, la necesidad de pronta certidumbre respecto de una situación o estado jurídico que es pretendido por el ordenamiento y que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación, justifica un término reducido de duración de la facultad de los acreedores para solicitar la revocación de la exoneración<sup>1917</sup>. Así las cosas, proponemos una modificación legislativa en la norma del párrafo final del apartado 7 y del párrafo final del apartado 8, en el sentido de establecer que el plazo para la presentación de la solicitud de revocación será de seis meses contados a partir de la declaración de exoneración definitiva.

---

32 y 33. HENNING (2014) "Die Änderungen...", cit., p. 14; GRAF-SCHLICKE (2014) "Insolvenzrechtsreform...", cit., p. 204.

<sup>1916</sup> Aunque no da razón de sus estimación, LATORRE (2018) "El discharge...", cit., p. 13, cree que 1 o, incluso, 2 años para el ejercicio de la revocación es aconsejable.

<sup>1917</sup> De lo señalado por CAÑIZARES, Ana (2001) *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid: Editorial Civitas, p. 91, puede colegirse que tras los plazos de caducidad existe un interés general por limitar temporalmente la duración de un derecho potestativo atendido la necesidad de certidumbre de una situación jurídica que existe sobre la base de un bien jurídicamente protegido, y que por tanto legitima la delimitación de un término específico de duración de aquel derecho. DIEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio (1998) *Sistema de derecho civil*, Volumen I, Madrid: Editorial Tecnos, p. 457, expresan que "la caducidad protege un interés general, que es el interés comunitario en la pronta certidumbre de una situación jurídica, que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación."

## CONCLUSIONES

1. La diversidad de regulaciones concursales de persona física determina una falta de unidad a la hora de abordar la regulación del procedimiento concursal, que a su turno repercute en una disparidad de criterios entre los ordenamientos a la hora de consagrar una normativa para el tratamiento y solución de la insolvencia de la persona natural. Como corolario de ello, la diversidad de puntos de vista en torno al objetivo del procedimiento concursal determina que existan regulaciones más o menos protectoras o restrictivas de los intereses del deudor, lo que conlleva una consecuente inseguridad jurídica para el que es el sujeto principal del procedimiento concursal.

En la actualidad se constata una disparidad en torno a las justificaciones y objetivos que el procedimiento concursal posee. Ello se debe a una falta de consideración del origen, antecedentes históricos, y especiales particularidades que presenta la regulación concursal de la persona física; sumado a una errónea extensión de las justificaciones de la descarga o alivio de la deuda al procedimiento en su completitud debido a una histórica sinonimia entre el concepto de "alivio de la deuda" y "alivio del deudor"; y a la pretensión de la doctrina durante el S. XX de otorgar argumentos en favor de la protección del mercado del crédito en un contexto de floreciente otorgamiento masivo de crédito a personas físicas.

2. De acuerdo al contexto histórico, la razón tras el surgimiento de la descarga de la deuda en los ordenamientos jurídicos es, de manera inmediata, la necesidad de establecer un mecanismo de limitación de responsabilidad de los deudores comerciantes como forma de beneficio ante los riesgos del comercio; y de manera mediata o como fundamento de tal necesidad, el interés general porque los comerciantes tuvieran la oportunidad de volver a ser miembros activos del comercio y de la comunidad. Las circunstancias históricas que dan fundamento a las justificaciones o razones del origen de la descarga de la deuda son las dificultades mercantiles y las consecuencias negativas en términos económico-financieros por las que habrían pasado los deudores comerciantes, originadas en acontecimientos históricos que mermaron su capacidad económica y financiera, propiciando una situación de crisis que afectó al mercado en general.

El procedimiento de bancarrota para deudores personas físicas no comerciantes surge como consecuencia de un cambio de paradigma en el orden jurídico que conlleva

la consideración de la aplicación para el deudor no comerciante de una descarga de la deuda residual. De acuerdo al contexto histórico y por influencia de una nueva visión en torno al riesgo del mercado para los deudores personas naturales, se comprende que la descarga de la deuda aplicada a la persona física no comerciante ha tenido su origen y ha evolucionado como un mecanismo de alivio en beneficio del deudor; configurada como una legislación de ayuda o socorro para los deudores en situación de crisis económico-financiera.

3. Aunque es cierto que modernamente existen múltiples justificaciones para la idea de descarga de la deuda residual, y aunque es el elemento que históricamente ha posibilitado la materialización práctica de la idea de alivio del deudor; del contexto histórico y social en el que surge y se desarrolla, la función de las normas concursales, desde los orígenes de la regulación de bancarrota para los deudores comerciantes, hasta las regulaciones de insolvencia de los deudores personas físicas no comerciantes, y actualmente en la denominación de concurso de personas físicas, ha estado ligada de manera indefectible a una necesidad constante, y que se reitera a lo largo del tiempo, de otorgar protección y beneficio a los deudores en situación de crisis económica y financiera.

La descarga o "alivio de la deuda" es entendida y reconocida como una herramienta para el logro del objetivo del procedimiento concursal de la persona física, el "alivio del deudor", esto es, el logro del estado de cosas en que el deudor pasa desde un escenario de precarias condiciones de vida a uno en que posee estables, seguros y eficientes medios u oportunidades de desarrollo de su existencia y entorno familiar cercano, que le permiten una calidad de vida, esto es, un estado de bienestar caracterizado por un conjunto de capacidades de hacer, ser y operar individual y colectivamente en un espacio y tiempo social determinado.

4. El contexto histórico, la naturaleza y especiales características del sujeto pasivo propician el nacimiento de una regulación que obedece a particulares fundamentos y objetivos, los cuales escapan de justificaciones meramente económicas. La función de los procedimientos destinados a la persona física es irradiada por el carácter inherente de su objetivo, otorgar un alivio al deudor; el cual surge a través de, primero una necesidad, y luego una exigencia de logro de su finalidad esencial y preponderante, otorgar una solución definitiva al problema subyacente a la crisis económico-financiera

del deudor persona física. Surge así una regulación concursal que obedece a caracteres propios, destinada especialmente a la persona natural en situación de insolvencia y cuyas particularidades se imprimen en el procedimiento concursal mismo: un moderno procedimiento concursal de persona física.

5. La moderna regulación concursal de la persona física obedece a especiales finalidad y objetivos. Un adecuado entendimiento del concepto de fresh start comprende tanto un sentido amplio como uno restringido.

Desde un sentido amplio, la expresión fresh start se constituye en la manifestación de la finalidad del moderno procedimiento concursal de la persona física de otorgar alivio al deudor; esto es, otorgar una solución definitiva a los problemas directa e indirectamente vinculados a la crisis económico-financiera o insolvencia; y que surge del contexto en que se gesta y se desarrolla la regulación concursal destinada a la persona física.

Desde un sentido restringido, la expresión fresh start alude a un sustantivo: el principio del fresh start. La regulación concursal de la persona física es regida por el principio del fresh start que, como norma prescriptiva de conducta, guía la actividad de los poderes públicos en la búsqueda del logro de los objetivos comprendidos en su contenido.

6. El contenido del principio del fresh start alude, por un lado, a los objetivos que la regulación concursal de persona física persigue en función de la finalidad dada por su fundamento: no solo el tratamiento, sino también la prevención de la insolvencia. El objetivo contenido en el principio del fresh start y extendido a la moderna regulación concursal de la persona física es, en términos generales, un real o efectivo alivio para el deudor persona física.

Por otro lado, el contenido del principio del fresh start está delimitado por límites a su acción. Los límites al principio del fresh start se gestan en función de la necesidad de que la regulación concursal de la persona física, aunque protectora del deudor, ha de respetar los intereses de satisfacción de los acreedores en la medida que el principio lo permite. Constituidos como límites al objetivo de otorgar alivio al deudor, significan el reconocimiento de los intereses de los acreedores en aquella medida que el contenido esencial del principio y del derecho al alivio no es transgredido.



7. Desde el punto de vista de las justificaciones, el principio del fresh start emana directamente de un derecho fundamental y derechos humanos inherentes al contenido de la dignidad humana, el derecho fundamental a la vida en su contenido de derecho a hacer la vida, el derecho humano a la libertad general de acción o libertad para el desarrollo de la personalidad, y el derecho humano al fresh start.

Entendido como una norma jurídica que obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física cuando la misma es afectada por las consecuencias negativas de la crisis, del contenido del principio del fresh start emana un derecho al alivio del deudor en situación de crisis económico-financiera.

La norma contenida en el principio del fresh start obedece a los caracteres de principio implícito del ordenamiento jurídico, el cual, identificado como directriz o norma programática, pertenece a la categoría de norma jurídica propiamente tal. Como tal, y como razón para la acción en virtud de su especial contenidos coherente con, y derivado de, normas basadas en fuentes pertenecientes al ordenamiento jurídico, exige un efectivo reconocimiento como principio rector de la moderna regulación concursal de la persona física.

En cumplimiento de esta exigencia, y como principio, requiere una necesaria ponderación, tanto en su desarrollo y regulación por parte del legislador, tanto en su aplicación por parte del juez. Por otro lado, con fundamento en derechos inherentes a la dignidad humana, el principio del fresh start participa del carácter de límite a la actividad de otro individuo y de los poderes públicos, lo que obliga a desarrollar y/o evaluar toda regulación destinada al tratamiento y prevención de la insolvencia en función de sus exigencias; de manera de comprobar su adecuación o coherencia.

8. Imbuida en el objetivo primordial de otorgar satisfacción a los acreedores, se constata que la legislación destinada a la insolvencia de la persona natural consagrada en la LC no responde a los fundamentos, finalidades y objetivos de una moderna regulación concursal de la persona física. La normativa de la LC, primero, escapa de ser constitutiva de un efectivo procedimiento concursal propiamente tal destinado a la insolvencia de las personas naturales; segundo, no considera o reconoce las particularidades del sujeto deudor, las cuales necesariamente debe entenderse que inciden en la especialidad que un procedimiento concursal de persona física ha de contemplar para un adecuado tratamiento de los objetivos de la regulación; y tercero, no

comprende de manera adecuada los objetivos que la regulación concursal de la persona física presenta, sin atender al objetivo de prevención de la insolvencia del deudor a través de determinadas herramientas concursales.

Por otro lado, se constata que la hipotética regulación concursal de la persona física en el ordenamiento español obedece a una normativa destinada originariamente a la persona jurídica, configurando un procedimiento en base a fases consecutivas, lo que es apreciable en las fases estructurales del convenio y la liquidación, así como también en la sub fase de exoneración de la deuda residual al poner atención en la regulación de las formas de exoneración directa y aplazada consagradas en el artículo 178 bis. Vinculado a lo anterior, se verifica que la facultad de elección del deudor de la fórmula de solución al problema de la crisis económica que le aqueja, entre una solución convenida y una liquidatoria, determina un problema que tiene implicancias negativas en el interés de los acreedores de obtener satisfacción, y especialmente en el interés del deudor por obtener alivio.

9. Se constata que la necesidad de reconocimiento y aceptación de los objetivos de la moderna regulación concursal de la persona física exige que, aunque los elementos estructurales de un procedimiento concursal puedan obedecer a objetivos vinculados directamente con los intereses de alguna de las partes del concurso, la configuración general del procedimiento concursal siempre y en todo caso deberá responder al objetivo de otorgar un alivio al deudor persona natural, esto es, un interés propio del deudor que no solo se circunscribe al logro de un objetivo particular de un elemento estructural del procedimiento, sino que se refiere a la solución de los problemas subyacentes a la situación de crisis económico-financiera.

Los procedimientos concursales configurados por etapas independientes responden de mejor medida a la finalidad de otorgar alivio al deudor, al tiempo de reconocer de manera adecuada los objetivos alterno-consecuentes de la regulación concursal. Respondiendo cada etapa a un objetivo especialmente relacionado con el interés del deudor en el concurso, resguarda de igual modo los intereses de los acreedores en la medida que ello sea coherente con el cumplimiento del principio del fresh start. Si en un principio se entendía que la configuración estructural eficiente sería aquella que ahorre más recursos a la administración de justicia o a los deudores y acreedores, se comprueba la necesidad de matizar este criterio y comprender que la configuración estructural de un procedimiento concursal será adecuada, por eficiente, al

permitir la aplicación de un elemento estructural solo cuando, posibilitando el logro de intereses de los acreedores en la medida que el principio del fresh start sea cumplido, responda al cumplimiento del objetivo esencial del moderno procedimiento concursal de otorgar un alivio al deudor.

10. La evaluación de la capacidad económica del deudor persona física se constituye en el criterio destinado a delimitar el ámbito de aplicación de las etapas estructurales del procedimiento concursal, de manera que las mismas respondan a la finalidad de otorgar alivio a los deudores a partir de sus especiales necesidades y circunstancias. Sin embargo, se constata que la LC no considera la capacidad económica del deudor persona física como criterio relevante para aplicar un adecuado mecanismo de alivio. Aunque algunos elementos estructurales del procedimiento como el AEP, la propuesta anticipada de convenio o la declaración de cierre por insuficiencia de masa apuntan a la eficiencia del procedimiento, se verifica que no comprenden una efectiva evaluación de la capacidad económica del deudor que permita la aplicación de un mecanismo eficiente para el logro del alivio.

Una adecuada comprensión del criterio impone constatar las particularidades de la diversidad de tipos de deudores existentes, poniendo atención en las circunstancias especiales del contexto biográfico de la persona y familia del deudor. Para la configuración adecuada del criterio, la noción de "viabilidad de la persona física" se concretiza como un concepto que, reconociendo las diferencias entre los distintos tipos de deudores, así como de sus distintos niveles de endeudamiento y capacidad de pago, se instituye en la manifestación concreta, pero de ninguna forma automática, del criterio delimitador del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal de la persona física.

11. El principio del fresh start no solo exige que al deudor deba otorgársele un alivio, sino que un real alivio a partir del cumplimiento efectivo, tanto del objetivo de tratamiento, como del de prevención de la insolvencia. Ha de comprenderse, adoptar y fomentar la prevención de la insolvencia como un objetivo contenido en el principio rector de la moderna regulación concursal de la persona física, sin el cual de manera alguna será posible un efectivo alivio del deudor. Una adecuada comprensión y desarrollo del mecanismo de la asesoría de deudas como complemento a la descarga de la deuda, no solo responde al objetivo de tratamiento de la insolvencia, sino que

posibilita que la regulación concursal de la persona física logre la finalidad de otorgar un real o efectivo alivio al deudor.

La asesoría de deudas no solo comprende una mera evaluación económico-financiera de la situación del deudor; sino que partiendo de su necesaria vinculación con otras áreas de conocimiento, y obedeciendo a especiales principios, ha de ser configurada como un mecanismo de asesoría integral, socio educativo y continuo del deudor concursado en situación insolvencia.

Por otro lado, una adecuada comprensión de la asesoría de deudas integral y social, ha de comprenderse complementaria al criterio de delimitación del ámbito de aplicación de los elementos estructurales del procedimiento concursal, de manera que contribuya a diferenciar, a través de un criterio no automático, a los deudores que son susceptibles de someterse a los distintos elementos estructurales del procedimiento en función de su objetivo particular encaminado al pago de los acreedores o a la liquidación; contribuyendo por tanto al fomento de las soluciones amigables, al tiempo de promover el efectivo alivio de los deudores a partir del reconocimiento de sus especiales necesidades y circunstancias personales y familiares.

12. Se ha constatado que la LC contempla tanto una fórmula de exoneración directa como una fórmula de exoneración aplazada, que operan una vez que todo el procedimiento concursal haya transcurrido. Actuando la fórmula de exoneración aplazada de manera consecutiva respecto de la directa, consagra un periodo de buena conducta para todos aquellos casos en que los deudores no puedan llevar a cabo el pago de un porcentaje mínimo de créditos en satisfacción de sus acreedores.

En la moderna regulación concursal de la persona física, ha de comprenderse y reconocerse la naturaleza jurídica y elementos estructurales de una forma de exoneración aplazada o periodo de buena conducta. Su naturaleza sancionatoria y compensatoria ha de ser estimada como relevante al tiempo de su establecimiento, debiendo evaluarse en función del principio del fresh start su necesidad, adecuación y proporcionalidad, considerándose los elementos configuradores de todo periodo de buena conducta, a saber, tiempo de privación del derecho a la descarga de la deuda residual y cumplimiento de una serie de obligaciones vinculadas a la buena conducta procedimental del deudor. Ello a su turno exige una adecuada comprensión y relación entre la forma de exoneración aplazada y la institución de las limitaciones al alivio vinculada a la conducta del deudor; con la finalidad de que las exigencias contempladas

a lo largo del término temporal de aplazamiento de la descarga de la deuda sean concordantes y respetuosas del principio del fresh start.

La naturaleza jurídica sancionatoria del periodo de buena conducta, orientada a la represión de la insolvencia, se concluye inadecuada y desproporcionada como forma de fomento del objetivo a través de una privación temporal del legítimo derecho al alivio de un deudor de buena conducta procedimental y buena fe contractual, y que en función de la viabilidad del deudor persona física, no posee capacidad de pago.

Considerando la naturaleza jurídica compensatoria orientada a la satisfacción de los acreedores, un periodo de rehabilitación solo podrá considerarse como justificado en casos en que los deudores personas físicas presenten capacidad de pago que les permita afrontar un término de aplazamiento de la descarga; término que no obstante deberá ser proporcional, al establecerse en concordancia con el objetivo de otorgar alivio al deudor y con el de satisfacción de los acreedores en la medida que el principio del fresh start lo permite.

13. Bajo el entendido de que un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores es innecesario y desproporcionado para deudores sin capacidad de pago, que es un beneficio injustificado para deudores que sí la poseen, y entendiéndose que una adecuada regulación de un periodo de rehabilitación como la que proponemos responde al interés del deudor de obtener alivio y al de los acreedores de ser satisfechas sus acreencias en la medida que el principio del fresh start sea cumplido; se concluye que el establecimiento de un porcentaje de satisfacción mínima de los acreedores, sea para acortar el periodo de duración del aplazamiento, sea como exigencia general en el procedimiento concursal, escapa a los objetivos contenidos en la moderna regulación concursal de la persona física y, en ciertos casos de deudores sin capacidad de pago, atenta contra el principio del fresh start.

De ello a su turno se admite que el deudor pueda presentar la propuesta de acuerdo que mejor represente a su situación particular, con ayuda de la asesoría de deudas, sin que sea justificada una limitación específica en cuanto a quitas o esperas o un porcentaje de satisfacción mínima para los acreedores; admitiéndose la posibilidad de que el juez pueda reemplazar la voluntad de los acreedores en orden a la aprobación de un acuerdo cuando fomente la satisfacción de los acreedores y sea beneficioso para el logro del objetivo de alivio en función de las circunstancias particulares del deudor.

14. La falta de un mecanismo en la LC que fomente el esfuerzo del deudor durante el transcurso del procedimiento concursal, especialmente durante el transcurso del periodo de aplazamiento de la descarga de la deuda, determina una falta de establecimiento de una herramienta que promueva el cumplimiento del objetivo por el cual, hipotéticamente, ha de entenderse justificado el establecimiento de un periodo de buena conducta: la satisfacción de los acreedores. Ello a la postre repercute en una incongruencia por falta de normativa que vuelve inoficioso el mecanismo, significando para los deudores un injustificado tratamiento de su interés de alivio y para los acreedores una inservible forma de cumplimiento de sus intereses de pago.

La moderna regulación concursal de la persona física ha de configurar una adecuada y razonada obligación de desempeñar una actividad laboral dependiente o independiente por parte del deudor que considere todas y cada una de las circunstancias de vida personales y familiares, de manera tal de ajustarse a la situación particular de cada uno de los tipos de deudores. Lo anterior con la finalidad de establecer una herramienta que, apuntando al cumplimiento del objetivo de satisfacción de los acreedores subyacente a la naturaleza compensatoria de un periodo de rehabilitación, sea respetuosa del objetivo de otorgar alivio al deudor contenido en el principio del fresh start.

15. En función del respeto del principio del fresh start, el mecanismo de descarga de la deuda residual se instituye como elemento esencial, pero no único, a través del cual se manifiesta la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física, el alivio del deudor; el cual deberá estar presente en toda regulación concursal de la persona física propiamente tal.

La regulación del mecanismo de exoneración de deudas efectuada de manera precipitada por la LC adolece de una multiplicidad de falencias que, aunque repercuten consecuencias negativas tanto para deudores como para acreedores, en mayor medida significan un tratamiento desfavorable hacia el interés de lograr alivio del deudor amparado por el principio del fresh start. Tales problemas se aprecian en temas relativos a su esencia, como es la comprensión correcta de su naturaleza jurídica, hasta cuestiones sustantivas como el lugar de tratamiento en el procedimiento concursal, pasando por los requisitos para su admisibilidad y concesión, las formas de exoneración consagradas por el legislador, o el contenido, alcances y efectos de cada uno de los elementos estructurales de la institución. Todos problemas que, constatándose además una falencia

por parte del legislador en torno a la comprensión adecuada de los fundamentos de cada uno de sus elementos, confluyen en un cúmulo de normas de desordenada sistematización, y contradictoria, incoherente, o ambigua regulación.

Un adecuado tratamiento de la institución de la descarga de la deuda residual, como manifestación del objetivo del procedimiento concursal y del derecho al alivio contenido en el principio del fresh start, ha de contemplarse como elemento intrínsecamente integrante de la fase de liquidación en el procedimiento, debiendo reconocerse y erigirse como un derecho de orden imperativo e irrenunciable para el deudor persona física.

16. En reconocimiento del carácter social de la regulación concursal de la persona física y con afán de evitar el surgimiento de consecuencias negativas en determinados acreedores respecto de quienes la descarga de la deuda propicia el surgimiento de circunstancias de vida que les imposibilita un desarrollo personal y familiar, una moderna regulación concursal de la persona física debe prever justificadas y expresas excepciones a la descarga de la deuda, equilibrando proporcionalmente los intereses de alivio del deudor con los intereses de protección de aquellos especiales acreedores.

Se ha constatado que la LC no efectúa un tratamiento adecuado de las excepciones a la descarga de la deuda residual como límite al principio del fresh start, al no considerar los fundamentos de la institución, las justificaciones en torno a su regulación, al confundirla con elementos del procedimiento que escapan a su naturaleza y justificaciones, y al no realizar un adecuado entendimiento de sus efectos y consecuencias. Por otro lado, los problemas de falta de comprensión y redacción adecuada de la institución de las excepciones a la descarga de la deuda residual se mezclan con los problemas de redacción normativos que la LC contempla en torno a las formas de descarga de la deuda, lo que tiene como resultado un conjunto de problemas interpretativos que tanto la jurisprudencia y la doctrina han intentado unificar, sin poder alcanzar una conclusión uniforme en torno al alcance y efectos que las formas de exoneración presentan en las obligaciones del deudor persona física.

Una adecuada comprensión de los fundamentos y justificaciones de la institución posibilita el establecimiento de ciertas y determinadas excepciones al alivio de la deuda, justificadas, y solo las necesarias, adecuadas y proporcionales para evitar una consecuencia negativa en las aptitudes y posibilidades de desarrollo personal y

familiar de determinados acreedores en estado de dependencia en relación al deudor o atendido a especiales circunstancias no contractuales que lo vinculan a él.

Para un adecuado tratamiento de la institución de la descarga de la deuda residual, las limitaciones a sus efectos relacionados a las obligaciones del deudor han de reconocerse y establecerse como limitaciones al principio del fresh start y, en tal sentido, como excepciones al efecto extintivo de la descarga de la deuda. Ello posibilita la configuración y desarrollo de una regulación concursal de la persona física que, al contrario del tratamiento que efectúa la LC, no contempla una limitación general del alcance de la exoneración, sino que solo se limita a su efecto en o para específicas y determinadas obligaciones respecto de las que se justifica una consecuencia contraria a la exigida por el principio del fresh start.

Las justificaciones y comprensión adecuada de los efectos de la institución posibilitan concluir que no se encuentran justificadas como excepciones a la exoneración los créditos de derecho público, créditos educacionales, créditos por multas, sanciones pecuniarias e intereses; debiendo por otro lado ser considerados dentro de la categoría los créditos por alimentos y de análoga naturaleza como las prestaciones compensatorias que cumplan una función de amparo al acreedor, créditos de la seguridad social para con los trabajadores del deudor, créditos por indemnización de perjuicios originados en una conducta dolosa o culposa del deudor, como son los derivados de accidentes del tránsito o responsabilidad extracontractual.

17. En reconocimiento de que el principio del fresh start es limitado con fundamento en la prevención del abuso del deudor y por el interés de los acreedores de lograr satisfacción en la medida que el principio lo permita, la moderna regulación concursal de la persona física ha de contener mecanismos que, bajo una comprensión adecuada de los fundamentos y justificaciones de la institución del rechazo de la deuda residual y de los objetivos contenidos en el principio del fresh start, posibilite que el alivio de la deuda sea otorgada solo a un deudor que presente una buena fe contractual y una buena conducta procedimental.

Se ha constatado una falta de comprensión por parte de la LC de la institución de la limitación al alivio vinculada a la conducta del deudor. Atendido a una falta de análisis y valoración de la relación existente con el objetivo de prevención del abuso, la carencia de comprensión de las justificaciones de la institución ha repercutido en una falla de entendimiento, delimitación y aplicación apropiada, tanto de la buena conducta



procedimental, como de la buena fe contractual necesarias en todo procedimiento concursal de la persona física. Ello ha desembocado en una regulación de los requisitos de acceso y concesión de la exoneración de la deuda residual vinculados a la conducta del deudor o, como la ley lo expresa, su buena fe, contradictorios o incoherentes con la institución, y limitativos y, en ciertos casos, restrictivos del legítimo derecho al alivio del deudor. Se confirma la necesidad de que en la LC exista un tratamiento adecuado de la institución de las causales de rechazo del alivio del deudor enfocando la institución desde sus fundamentos y naturaleza jurídica; con la finalidad de establecerse una delimitación y comprensión efectiva de los alcances o efectos de cada una de las instituciones que la componen: las causales de rechazo temporal, los motivos de denegación y las causales de revocación.

18. En torno al tratamiento de la buena fe contractual, si bien existe un intento, aunque no pretendido conscientemente por el legislador, de considerarla como requisito de acceso a la descarga de la deuda a través de la calificación del concurso; se constata una inadecuada o deficiente regulación de la evaluación de la buena fe contractual del deudor persona física como requisito de acceso al elemento estructural del procedimiento que conlleva la exoneración de la deuda residual.

En la moderna regulación concursal de la persona física la evaluación de la buena fe contractual se gesta como una herramienta adecuada y eficiente para el logro del objetivo de otorgar alivio con prevención del abuso del deudor persona física. Con justificación en la prevención del abuso, la herramienta contempla el concepto de abuso del deudor, que se configura como elemento nuclear a través del cual es configurada en su contenido y encuentra aplicación. Como componentes centrales del elemento, a través de una adecuada delimitación del aspecto volitivo o subjetivo de la conducta del deudor, así como del concepto de perjuicio por insatisfacción de los acreedores, el concepto y alcance del abuso posibilita configurar y modelar una institución eficiente de límites al alivio vinculada a la conducta del deudor en respeto al derecho al alivio y el principio del fresh start.

La herramienta posibilita implementar un requisito de acceso al procedimiento concursal que contempla la descarga de la deuda como elemento estructural en base a una cláusula genérica que obliga al juez a efectuar una evaluación de la buena fe contractual del deudor teniendo en cuenta los elementos esenciales que la moldean, y

que puede o no ser complementado por una adecuada implementación de circunstancias de rechazo bajo la forma de causales de periodos de bloqueo.

19. En reconocimiento de las limitaciones al principio del fresh start en función de los intereses de los acreedores, la configuración de un procedimiento concursal de persona física ha de adoptar ciertas y determinadas restricciones al acceso de la etapa del procedimiento concursal que tiene como consecuencia definitiva la descarga de la deuda en la forma de especiales, expresas y limitadas circunstancias de rechazo temporal de la entrada al procedimiento o etapa respectiva.

Se ha constatado una incongruencia de la regulación de la LC con ordenamientos comparados, recomendaciones internacionales y con el principio del fresh start, al establecer la configuración de causales de rechazo absoluto de la exoneración de deudas o causales de periodos de bloqueo extremadamente desproporcionados en relación al interés por limitar el abuso y otorgar protección a los intereses de los acreedores; lo que tiene su origen en una inadecuada delimitación y regulación de la buena fe contractual del deudor.

Las causales de periodos de bloqueo deben establecerse en función del respeto de los fundamentos y justificaciones de toda circunstancia de rechazo del alivio como límite al principio del fresh start en torno a la prevención del abuso. En función de su naturaleza sancionatoria con base en el objetivo de prevenir el abuso del deudor contenido en la justificación del límite al principio, las causales de periodos de bloqueo deben ser expresamente determinadas por el legislador, sus términos de duración no deberán ser desproporcionadamente elevados, admitirán una evaluación de oficio solo en especiales casos a través de una facultad restringida del juez y deberán ser delimitadas como consecuencia solo respecto de aquellas circunstancias que justifiquen la imposición de la sanción; justificación que habrá de encontrarse y dirá relación con la especial comprensión del elemento esencial configurador de la mala fe contractual del deudor persona física, el abuso.

La vinculación entre los fundamentos de la institución de las causales de periodos de bloqueo y el concepto de abuso del deudor, posibilita concluir que no encuentran justificación causales de periodos de bloqueo con motivo en un rechazo de oferta de empleo, por calificación del concurso como culpable de un procedimiento concursal anterior, casos específicos de condenas por delitos previos, o incluso causales

de rechazo del acceso a instituciones pre concursales como el AEP cuando haya sido rechazado un acuerdo extrajudicial anterior.

20. En torno al tratamiento de la buena conducta procedimental por nuestra LC, se ha constatado que una unidad de tratamiento de la revocación de la exoneración como causal de rechazo desemboca en problemas serios de inseguridad jurídica, tanto para deudores como acreedores, en torno a los efectos que las instituciones de la denegación y revocación de la exoneración presentan en la LC; deficiencias regulativas que repercuten de manera negativa en las pretensiones de alivio del deudor persona física.

Constatándose que no existe una delimitación adecuada por el legislador, ni un acuerdo entre la doctrina, en torno a las causales de rechazo del alivio que efectivamente se constituyen en motivos de denegación o causales de revocación de la exoneración; se concluye que en la moderna regulación concursal de la persona física, ha de comprenderse una diferenciación clara entre las instituciones que componen el conjunto de limitaciones al alivio configuradas como causales de rechazo durante el curso del procedimiento concursal, a saber, los motivos de denegación y las causales de revocación. Tal diferenciación debe partir de un reconocimiento y comprensión adecuados de las propiedades, forma en que operan y efectos de cada una.

21. Se ha constatado una falta absoluta de tratamiento adecuado de la institución de la descarga o exoneración de la deuda residual a través de un análisis y reconocimiento de su efectiva naturaleza jurídica en coherencia con los postulados del principio del fresh start. Ello repercute en consecuencias negativas para la pretensión de alivio del deudor y en la configuración de la institución como tal, toda vez que su naturaleza jurídica se refleja en los alcances y efectos, e inclusive en la naturaleza jurídica misma, que habrá de comprenderse respecto de otros elementos estructurales vinculados a las limitaciones al alivio en función de la conducta del deudor, como es el caso de la revocación de la exoneración.

Concluimos que la descarga o exoneración del pasivo insatisfecho tiene la naturaleza jurídica de modo de extinguir las obligaciones sui generis. Como tal, responde a los objetivos contenidos en el principio del fresh start, el tratamiento y prevención de la insolvencia, y además explica de manera adecuada los especiales efectos extintivos que posee respecto de determinadas obligaciones del deudor en

función del respeto del principio, y los alcances de sus efectos solo a la persona del deudor y ciertos miembros de su núcleo familiar.

22. Fruto de la unidad de tratamiento de la revocación como causal de rechazo del alivio durante el procedimiento concursal y de una inadecuada comprensión de la naturaleza de la institución de la limitación al alivio vinculada a la conducta del deudor en atención a sus fundamentos y justificaciones, se ha constatado que la LC consagra una serie de causales de revocación de la exoneración que, ni el legislador, ni la doctrina, ha reconocido como tal. Por otro lado, se corrobora que es incierto el contenido, efectos y alcances que ostenta el conjunto de causales de revocación existentes en la LC; existiendo contradicciones entre los eventuales efectos y alcances que pudiere adquirir una causal respecto de otra, entre la institución misma de la revocación de la exoneración en relación a otras como la denegación de la exoneración e, incluso, en relación a la exoneración como tal.

En la moderna regulación concursal de la persona física, se concluye que la revocación de la descarga de la deuda tiene naturaleza rescisoria, diferenciándose de las acciones rescisorias concursales, y presentando particulares efectos en consideración a sus justificaciones, requisitos y alcances. En virtud de tal naturaleza, y jugando un papel importante para su delimitación la conceptualización del abuso del deudor como elemento determinante de su mala fe y una delimitación del concepto de perjuicio a los acreedores en función de los fundamentos de la institución vinculada a la prevención del abuso, los efectos de la revocación habrán de ser entendidos justificados solo respecto de determinadas circunstancias que hubieren surgido en la persona o estado del deudor persona física. En el procedimiento concursal de la persona física solo ha de ser procedente el establecimiento de causales expresas de revocación, no admitiéndose la posibilidad de evaluación de oficio por el juez y contemplado plazos prudentes y proporcionales en relación al objetivo de otorgar alivio al deudor; no siendo justificable el establecimiento de causales de revocación por mejora sustancial de la situación económica del deudor o por una consideración generalizada de la condena por delito penal.

23. Se ha constatado la negativa premisa o presupuesto de partida de la pretendida regulación concursal de la persona física en la LC, la imagen de un deudor deshonesto, que asume deudas con intención de no cumplirlas. De igual modo, se ha verificado el

carácter sancionador del deudor, y restrictivo de su derecho al alivio, que la regulación concursal de la persona física presenta en la LC.

El legislador ha optado por establecer una regulación que atiende el problema de la insolvencia de la persona física restringiendo el derecho al alivio a partir de una normativa que consagra contrarias, incoherentes y desproporcionadas limitaciones al principio de fresh start y al objetivo de alivio del deudor. Por otro lado, se aprecia una clara tendencia a la pretensión de sancionar al deudor insolvente, sin distinción de que se encuentre o no en situación de buena o mala fe. Fruto de este tratamiento restrictivo y sancionador del deudor por el hecho de la insolvencia, se constata los riesgos que implica para su persona y familia las restricciones injustificadas al alivio, la estigmatización o etiquetación negativa que sobre él impone la regulación y, de este modo, las nulas aspiraciones de la normativa concursal española por el logro del objetivo de la regulación concursal de la persona física: un real o efectivo alivio del deudor. Ello significa dejar al deudor persona física a la deriva sin posibilidad de un real o efectivo retorno a circunstancias de vida que le permitan un desarrollo personal y familiar, impulsándolo a conductas desviadas que no solo se circunscriben al riesgo de nueva insolvencia, sino además al riesgo de economía sumergida y, en caso de mayor tensión, a conductas delictivas.

24. La moderna regulación concursal de la persona física, en cumplimiento del principio del fresh start, no es sancionatoria y tampoco restrictiva del derecho al alivio del deudor persona física. Un procedimiento concursal que se jacte de ser tal, y que presuma de dar cumplimiento a los parámetros de una moderna regulación concursal de la persona física, ha de dejar de admitir la consideración de la regulación concursal como una forma coercitiva de pago a toda costa de los acreedores; ha de dejar de admitir la idea de un trato restrictivo al derecho al alivio del deudor; ha de dejar de apreciar a la normativa como una forma de castigo al deudor con ocasión de la insolvencia; ha de dejar a un lado la sanción como un método a través del cual podrá, hipotéticamente, ser lograda una prevención de la insolvencia del deudor persona física. Ninguno de estos caracteres es, por esencia, propio de la moderna regulación concursal de la persona física.

No es dable ni justificado temer que una regulación concursal coincidente y respetuosa con los parámetros y objetivos contenidos en el principio del fresh start pueda ser fuente de conductas contrarias a la rectitud de parte del deudor para con sus

acreedores. Precisamente los elementos contemplados por la moderna regulación concursal de la persona física, especialmente las instituciones que se configuran como elementos estructurales de un efectivo procedimiento concursal destinado al tratamiento y prevención de la insolvencia, responden de manera eficiente al objetivo de prevención del abuso del deudor; con lo cual una adecuada regulación del procedimiento concursal de la persona física en cumplimiento de los parámetros originados a partir del principio del fresh start es la fórmula más eficiente para el logro de los objetivos contenidos en el mismo: el alivio del deudor en reconocimiento de los intereses de los acreedores en la medida que el principio lo permita. La regulación concursal de la persona física ha de apuntar al logro de los objetivos de tratamiento y prevención de la insolvencia para un efectivo alivio del deudor.

Verificada la ineficiente, restrictiva y en muchos casos injustificada regulación que presenta la LC en torno al concurso de la persona física, la cual constatamos viene a ser solo maquillada a través de una mera sistematización por la Propuesta de Real Decreto Legislativo de Texto Refundido de la Ley Concursal, todas las consideraciones que a lo largo de este trabajo hemos realizado, y que entendemos se constituyen en un adecuado modelo estándar de concurso de la persona física en respeto de la finalidad de la moderna regulación concursal de la persona física y del principio del fresh start, se vuelven de necesaria atención e implementación.



## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS.

- AARNIO, Aulis (2000) "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña*, Nº 4, pp. 593 - 602.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia (2014) "El mediador concursal como administrador extraconcursal" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 24, Editorial Wolter Klowers (Smarteca).
- AGUILAR RUBIO, María (2009) *Crédito tributario y concurso de acreedores*, Madrid: Editorial La Ley Wolter Kluwer.
- AHRENS, Martin (2007) "Entschuldungsverfahren und Restschuldbefreiung", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 4, pp. 193 - 197.
- AHRENS, Martin (2011) "Ausgleichsmechanismen im Versagungsverfahren", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 9, pp. 65 - 67.
- AHRENS, Martin (2011) "Eckpunkte des Bundesjustizministeriums zur Reform der Verbraucherinsolvenz", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 11, pp. 425 - 432.
- AHRENS, Martin (2011) "Restschuldbefreiung und Versagungsgründe", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, pp. 273 - 287.
- AHRENS, Martin (2012) "Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, pp. 85 - 92.
- ALBALADEJO, Gemma (2014). *Teoría y práctica de las políticas públicas*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALBALADEJO, Manuel (2011) *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, 14ª edición, Madrid: Edisofer.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes (2010) *La rescisión por lesión en el derecho civil español*, Madrid: Editorial La Ley.
- ALCHURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (2000) "Norma jurídica", en Laporta, Francisco y Garzón Valdés, Ernesto (coordinadores), *El derecho y la justicia*, 2ª edición, Madrid: Editorial Trotta.
- ALCOVER GRAU, Guillermo (2004) "La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. (1996) *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León.



- ALEMANY, Macario (2005) *El concepto y justificación del paternalismo*, Tesis Doctoral Universidad de Alicante, 529 pp. Disponible en <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9927/1/Aleman-Garcia-Macario.pdf> , [Fecha de consulta: 16 de enero de 2019].
- ALEXY, Robert (1988) "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Traducción de Manuel Atienza, en *Doxa*, Nº 5, pp. 139 - 151.
- ALEXY, Robert (1997) *El concepto y validez del derecho*, Barcelona: Editorial Gedisa.
- ALEXY, Robert (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, Robert (2016) *La doble naturaleza del derecho*, Madrid: Editorial Trotta.
- ALONSO LEDESMA, Carmen (2004) "Artículo 89", en Pulgar, Juana, Alonso Ureba, Alberto, Alonso Ledesma, Carmen y Alcover Grau, Guillermo (directores), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid: Editorial Dykinson.
- ALONSO LEDESMA, Carmen (2009) "Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: propuestas de regulación en el procedimiento concursal", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- ÁLVAREZ VEGA, María Isabel (2010) *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- ÁLVAREZ VEGA., María Isabel (2008) "El concurso del consumidor en España", en Tomillo U., Jorge (director) y Álvarez R., Julio (coordinador), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- ANDER-EGG, Ezequiel (2011) *Aprender a investigar*, Argentina: Editorial Brujas.
- APARICIO WILHELMI, Marco y PISARELLO, Gerardo (2008) "Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas", en Bonet Pérez, Jordi y Sánchez, Víctor (directores), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España: Editorial Huygens
- ARBEITSGEMEINSCHAFT SCHULDNERBERATUNG DER VERBÄNDE - AG SBV (2018) *Konzept einer Sozialen Schuldnerberatung*. Disponible en: <https://www.agsbv.de/> [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2018].
- ARIAS VARONA, Francisco (2016) "Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa", en Pulgar Ezquerra, Juana (directora), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Editorial Wolter Kluwer.
- ARIAS VARONA, Francisco (2016) "Artículo 89. Clases de créditos", en Pulgar Ezquerra, Juana (directora), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Editorial Wolter Kluwer.

- ARIAS VARONA, Francisco (2016) "Artículo 90. Créditos con privilegio especial", en Pulgar Ezquerro, Juana (directora), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Editorial Wolter Kluwer.
- ARIAS, Fidias G., *El proyecto de investigación*, Venezuela, Editorial Episteme.
- ARJONA G., José Luis (2017) *La ley de segunda oportunidad y los acreedores del deudor exonerado. Un presupuesto de posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Madrid: Editorial Marcial Pons.
- ASENSI, Altea (2014) "La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 33, septiembre - diciembre, pp. 345 - 368.
- ATIENZA, Manuel (2009) "Sobre el concepto de dignidad humana", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991) "Sobre principios y reglas", en *Doxa*, N° 10,
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996) *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho.
- ATKINSON, Abbye (2010) "Race, educational loans, & bankruptcy", en *Mich. J. Race & L.*, Volumen 16, pp. 1 - 43.
- AUSTIN, Daniel A. (2005) "For debtor or worse: discharge of marital debt obligations under the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005", en *Wayne L. Rev.*, Volumen 51, pp. 1369 - 1416.
- AUSTIN, John (1972) *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 5a edición, revisada y editada por Robert Campbell, Tomo I y II, Alemania.
- AVERCH, Craig H. (1997) "Denial of discharge litigation", en *Rev. Litig.*, Volumen 16, pp. 65 - 136.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo (2012) "La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones", en García-Cruces, José Antonio (director), *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra: Thomson Reuters Civitas.
- AYALA, César (2017) *La protección del patrimonio del concursado*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- AZNAR GINER, Eduardo (2014) *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- BACZAKO, Norwin (2013) "Was lange währt, wird endlich gut?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 30, pp. 209 - 214.
- BAKER, James L. (1996) "The texas homestead exemption's near ban on home equity lending: Its time for the people to decide", en *Hous. L. Rev.*, Volumen 33, pp. 239 - 275.

- BALSER, David (1986) "Section 707(b) of the bankruptcy code: a roadmap with a proposed standard for defining substantial abuse", en *U. Mich. J.L. Reform.*, Volumen 19, pp. 1011 - 1036.
- BALZ, Manfred (1988) "Logik und Grenzen des Insolvenzrechts", en *ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 22, pp. 1438 - 1445.
- BASTANTE, Víctor (2016) "La doctrina del "solidarismo contractual" y la quiebra del consumidor", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 39, septiembre-diciembre, Editorial Thomson Reuters.
- BASTANTE, Víctor (2016) "La necesaria configuración de un "plan de pagos forzoso ex ante" a favor del consumidor insolvente, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 24, Editorial Wolter Klowers (Smarteca).
- BASTANTE, Víctor (2016) *El "deudor de buena fe" en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, Granada: Editorial Comares.
- BECK, Frank (2012) "Der Referentenentwurf zur Reform des Insolvenzrechts vom 18.1.2012 aus Schuldnerperspektive", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 223 - 233.
- BEICHT, Gottfried (2012) "Geeignete Stelle – Gewerbe oder Freier Beruf?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 209 - 223.
- BELTRÁ, Emilio (2009) "El concurso de acreedores del consumidor", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- BELTRÁN HEREDIA, Carmen (1995) *La nulidad contractual. Consecuencias*. Editorial Tirant Monografías.
- BELTRÁN, Emilio (2008) "La insolvencia de las familias en la Ley Concursal española", en Tomillo U., Jorge (director) y Álvarez R., Julio (coordinador), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- BELTRÁN, Emilio (2009) "El concurso de acreedores del consumidor", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- BENAVIDES VELASCO, Patricia (2018) "Nuevas "oportunidades" para la regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 28, Editorial Wolter Kluwer, p 9 (Smarteca).
- BEN-ISHAÏ, Stephanie (2006) "Government student loans, government debts and bankruptcy: a comparative study", en *Can. Bus. L.J.*, Volumen 44, pp. 211 - 244.
- BENTHAM, Jeremy (1970) *An introduction to the principles of morals and legislation*, editado por J.H. Burns and y H. L. Hart, University of London, The Athlone Press.

- BENTHAM, Jeremy (1970) *Of laws in general. Principles of legislation*, editado por H. L. Hart, University of London, The Athlone Press.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2004) "Artículo 2º", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2004) "Artículo 40º", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2004) "Comentario al artículo 1º", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERNBURG, Jon Gunnar y KROHN, Marvin D. (2003) "Labeling, life chances, and adult crime: the direct and indirect effects of official intervention In adolescence on crime In early adulthood", en *Criminology*, Nº 41, pp. 1278 - 1318.
- BERTLETT, Keri (2008) "Decoding the code: making the 'means test' meaningful", en *Trinity L. Rev.*, Volumen 15, pp. 91 - 106.
- BLANQUER UBEROS, Roberto (2009) "Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: propuestas de regulación en el procedimiento concursal", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- BLOCH, Amanda K. (2009) "Approaching the limits of the bankruptcy code: does Surcharging a debtor's exempt assets go too far?", en *U. Chi. L. Rev.*, Nº 76, pp. 1747 - 1780.
- BOBBIO, Norberto (1980) "El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas", en *Contribución a la teoría del derecho*, edición y traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Editorial Debate.
- BOETTCHER, Charles C. (1999) "Taking texas home equity for a walk, But keeping it on a short leash!", en *Tex. Tech L. Rev.*, Volumen 30, pp. 197 - 268.
- BONET N., Ángel (2004) "Artículo 14º", en Bercovitz R., Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos.
- BONET N., Ángel (2004) "Artículo 15º", en Bercovitz R., Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos.
- BOSHKOFF, Douglass G. (1995) "Fresh start, false start, or head start", en *Ind. L.J.*, Volumen 70.

- BOUYON, Sylvin y MUSMECI, Roberto (2016) "Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y estabilidad financiera en la Unión Europea", en Cuenca Casas, Matilde (directora), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, España: Editorial Thomson Reuters.
- BRAUCHER, Jean (2001) "Means testing consumer bankruptcy: the problem of means", en *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, Volumen 7, pp. 407 - 455.
- BRAUCHER, Jean (2006) "A fresh start for personal bankruptcy reform: the need for simplification and a single portal", en *Am. U. L. Rev.*, Volumen, 55, pp. 1295 - 1331.
- BRAUCHER, Jean (2009) "Getting realistic: in defense of formulaic means testing", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 83, pp. 395 - 422.
- BREINSTEIN, MacKenzie (2010) "The ideal homestead exemption: avoiding asset conversion and fraud but still protecting dependents", en *Drake L. Rev.*, Volumen 58, pp. 1121 - 1148.
- BROWN, Willian H. (1997) "Political and ethical considerations of exemption limitations: the "opt-out".as child of the first and parent of the second", en *Am. Bankr. L.J.*, N° 71, pp. 149 - 219.
- CALI, Anthony P. (2010) "The "special circumstance" of student loan debt under the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005", en *Ariz. L. Rev.*, Volumen 52, pp. 473 - 503.
- CAMPS, Victoria (2009) "La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters.
- CAÑIZARES, Ana (2001) *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid: Editorial Civitas.
- CARLSON, David G. (1991) "Secured creditors and the eely character of bankruptcy valuations" en *Am. U. L. Rev.*, Volumen 41, pp. 63 - 106.
- CARLSON, David G. (2007) "Means testing: the failed bankruptcy revolution of 2005", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 15, pp. 223 - 319.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2009) *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2015) "El mecanismo de "segunda oportunidad" para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 13. Disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2019].
- CASTILLEJO, J. L., et. al. (2009) *Premios, castigos y educación*, Ponencia Encuentro de Teoría de la educación. Valencia. Disponible en:

[http://webspersoais.usc.es/export9/sites/persoais/persoais/josemanuel.tourinan/descargas/PREMIOS\\_Y\\_CASTIGOS.pdf](http://webspersoais.usc.es/export9/sites/persoais/persoais/josemanuel.tourinan/descargas/PREMIOS_Y_CASTIGOS.pdf) [Fecha de consulta: 12 de junio de 2018].

- CERDÁ ALBERO, Fernando (2004) "La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- CERVERA MARTÍNEZ, Marta (2018) "Los créditos contra la masa", en Campuzano, Ana y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- COCO, Linda E. (2015) "Foaming the runway" for homeowners: U.S. Bankruptcy Courts "preserving homeownership" in the wake of the home affordable modification program, en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, nº 23, pp. 421 - 455.
- COHEN, Jay (1982) "The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy, en *The Journal of Legal History*, Volumen 3, pp. 153 - 171.
- COHEN-KURZROCK, Benjamin A. (2015) "It's not abusive or personal: student loans and 11 U.S.C. § 707", en *Hous. L. Rev.*, Nº 52, pp. 1197 - 1225.
- COLINO MEDIAVILLA, José (2009) "Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: ¿procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo, o procedimiento concursal especial?", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- CONCLUSIONES SEMINARIO SEGUNDA OPORTUNIDAD (2016), Senent Martínez, Santiago (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Disponible en: <https://seccionconcuralicali.wordpress.com/2016/04/27/conclusiones-seminario-segunda-oportunidad/> [Fecha de consulta: 11 de abril de 2019].
- CONDE DIEZ, Ricardo (2004) "Artículo 1. Presupuesto subjetivo", en Palomar Olmeda, Alberto (coordinador), *Comentario a la legislación concursal*, Madrid: Dikinson.
- CROSBY, Harold B. y MILLER, George J. (1949) "Our legal chameleon, the florida homestead exemption: I-III", en *U. Fla. L. Rev.*, Nº 2, pp. 12 - 84.
- CUENA, Matilde (2009) "Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 7. pp. 1-16. Texto disponible en: <https://eprints.ucm.es/9714/>
- CUENA, Matilde (2011) "Fresh start y mercado crediticio", en *InDret*, Nº 3, pp. 2 - 56.
- CUENA, Matilde (2012) "Insolvencia de las personas físicas y sobreendeudamiento hipotecario", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 17, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- CUENA, Matilde (2014) "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 31, enero-abril, Editorial Thomson Reuters.

- CUENA, Matilde (2014) "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 20, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- CUENA, Matilde (2015) "Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado ", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 23, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- CUENA, Matilde (2015) "Régimen jurídico e impacto económico del aparente régimen de "segunda oportunidad" introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio", en Sánchez R. Inmaculada y Olmedo C., Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- CUENA, Matilde (2016) "El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 37, enero-abril, Editorial Thomson Reuters.
- CUENA, Matilde (2016) "La exoneración del pasivo insatisfecho", en Prats Albentosa, Lorenzo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi
- CUENA, Matilde (2016) "La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras resoluciones judiciales", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 25, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca)
- CUENA, Matilde (2016) "La propuesta de Directiva europea sobre "segunda oportunidad" para empresarios personas físicas", en *Hay Derecho*, Expansión. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2016/12/19/la-propuesta-de-directiva-europea-sobre-segunda-oportunidad-para-empresarios-persona-fisicas/> [Fecha de consulta: 14 de febrero de 2019].
- CUENA, Matilde (2017) "Crédito público y exoneración de deudas. A propósito de la sentencia de TJUE de 16 de marzo de 2017", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 27, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- CULHANE, Marianne B. y WHITE, Michaela M. (1999) "Debt after discharge: an empirical study of reaffirmation", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 73, pp. 709 - 774.
- CULHANE, Marianne B. y WHITE, Michaela M. (2005) "Catching can-pay debtors: is the means test the only way?", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 13, pp. 665 - 700.
- CURRIE, Sean C. (2009) "The multiple purposes of bankruptcy: restoring bankruptcy's social insurance function after BAPCPA", en *DePaul Bus. & Comm. L.J.*, Volumen 7, pp. 241 - 274.
- CZARNETZKY, John M. (2000) "The Individual and Failure: A Theory of the Bankruptcy Discharge", en *Aroz. St. L.J.*, Nº 32, pp. 393 - 464.

- DAHL, Michael y THOMAS, Johanna (2013) "Abführungspflicht des selbstständig tätigen Schuldners", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 5, pp. 33 - 35.
- DALLON, Craig W. (1990) "Chapter 11 bankruptcy: is a consumer debtor eligible?", en *BYU L. Rev.*, pp. 1027 - 1044.
- DAVIS, Jonathan S. y JONES, Mary-Margaret (1986) "Discharge: sections 727, 524, and 525", en *Bankr. Dev. J.*, Volumen 3, pp. 313 - 340.
- DE CASTRO CID, Benito (1989) "La búsqueda de la fundamentación racional de los derechos humanos", en *Persona y derecho*, Nº 22, pp. 211 - 233.
- DE CASTRO, Federico (1985) *El negocio jurídico*, Madrid: Editorial Civitas.
- DE LA CUESTA RUTE, José María (2004) *El convenio concursal. Comentarios a los arts. 98 a 141 de la ley Concursal*, Madrid: Editorial Thomson Aranzadi.
- DE LA CUESTA RUTE, José María (2009) "Persona física y consumidor", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- DE MIQUEL B., Juli (2012) *La pieza de calificación del concurso de acreedores*, Barcelona: Editorial Bosch.
- DE TORRES PERERA, José Manuel (2016) "Reflexiones sobre la acción rescisoria concursal: propuesta de lege ferenda", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 39, septiembre-diciembre, Editorial Thomson Reuters.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2007) "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción", en Delgado Echeverría, Jesús (coordinador), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Navarra : Editorial Thomson Aranzadi.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles (2005) *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Madrid: Editorial Dykinson.
- DENHAM, Michael (1999) "A call for bankruptcy reform: the fifth circuit limits the texas homestead exemption and further complicates the exemption controversy", en *Tex. Tech L. Rev.*, Volumen 30, pp. 269 - 296.
- DÍAZ ALABART, Silvia (2009) "Los alimentos del deudor en el concurso", en Cuenca Casas, Matilde y Colino Mediavilla, José, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- DÍAZ E., José L. (2015) *Calificación del concurso*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Civitas.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel (2009) "Presupuestos específicos del proceso de calificación", en Díaz Martínez, Manuel (coordinador), *La calificación del concurso de acreedores*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.



- DICK, Judith (2007) "Versagungsgründe - aktuelle Rechtslage und Neuregelung durch den Referentenentwurf 2007", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, pp. 123 - 129.
- DICKENS, Jeremy W. (1987) "Equitable subordination and analogous theories of lender liability: toward a new model of "control"", en *Tex. L. Rev.*, Volumen 65, pp. 801 - 858.
- DICKERSON, A. Mechele (2001) "Bankruptcy reform: does the end justify the means?", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 75, pp. 243 - 277.
- DÍEZ-PICAZO, Ignacio (2015) "La extraña estructura procesal de la sección de calificación del concurso", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1982) "Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores", en AA.VV., *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del derecho concursal*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª edición, Tomo II, Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2011) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo V, Madrid: Editorial Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio (1998) *Sistema de derecho civil*, Volumen I, Madrid: Editorial Tecnos.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino (2012) "La posición jurídica del consumidor insolvente", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 25, Editorial Thomson Reuters.
- DUFFY, Ian P. H. (1980) "English Bankrupts, 1571-1861", en *Am. J. Legal Hist.*, Volumen 24, pp. 283 - 305.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. (2004) "Sobre el concepto básico de insolvencia", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- DURO VENTURA, C. (2004) "Artículo 47", en Palomar Olmeda, A. (coordinador), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid: Editorial Dikinson.
- DWORKIN, Ronald (1984) *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- ECCLES, Jacquelynne y WIGFIELD, Allan (2002) "Motivational beliefs, values, and goals", en *Annu. Rev. Psychol.*, Nº 53, pp. 109-132.
- EFRAT, Rafael (1998) "The moral appeal of personal bankruptcy", en *Whittier L. Rev.*, Volumen 20, pp. 141 - 167.
- EFRAT, Rafael (2002) "Global trends in personal bankruptcy", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 76, pp. 81 - 109.

- EISENBERG, Theodore (1981) "Bankruptcy law in perspective", en *UCLA L. Rev.*, Volumen 28, pp. 953 - 999.
- ELLIOTT, Ramona (1987) "Section 523(a)(5): the exception from discharge of alimony, maintenance and support obligations", en *Bankr. Dev. J.*, Volumen 4, pp. 109 - 121.
- EMERSON, Andrew F. (2015) "Identifying the honest debtor: section 727(a)(4)(a) of the bankruptcy code and the need for consistency in denial of discharge proceedings", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 89, pp. 607 - 624.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María (2007) *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, Monografía Nº 6, Madrid: Editorial La Ley.
- ESPY, J. Kaz (2005) "Chapter 7 bankruptcy and section 707(b): should the subjective "substantial abuse" standard be replaced by an objective "means-testing" formula?", en *Mercer L. Rev.*, Volumen 56, pp. 1385 - 1418.
- FALCÓN Y TELLA, María José y FALCÓN Y TELLA, Fernando (2005) *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Madrid: Editorial Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan (1998) "El fraude de acreedores: la acción pauliana", en *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan (1998) *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan (2007) "Reintegración del patrimonio del concurso", en *Anales de derecho*, Universidad de Murcia, Nº 25.
- FERNÁNDEZ CARRIÓN, Clara (2008) *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2008) *Principio de proporcionalidad y derechos fundamntales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Rey Juan Carlos.
- FERNÁNDEZ REYES, Ángel V. (2015) "Las últimas reformas legislativas en materia de préstamos hipotecarios y su repercusión en el futuro de la hipoteca en España", en Sánchez R., Inmaculada y Olmedo C., Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- FERNÁNDEZ SEGEDO, Francisco (1922) *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María (2015) *La reestructuración de la deudas en la ley de segunda oportunidad*, 2ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.

- FERNÁNDEZ SEIJO, José María (2016) "El concurso consecutivo", en Prats Albentosa, Lorenzo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- FERRIERE, Drédérik y AVENA-ROBARDETT, Valerie (2012) *Surendettement des particuliers*, 4a edición, Paris: Editorial Dalloz.
- FIELDSTON, Kenneth (1993) "Implications of bankruptcy on alimony, maintenance, and support in the second circuit", en *Cardozo Women's L.J.*, Volumen 1, pp. 149 - 181.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2009) "La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters.
- FLINT, Richard E. (1991) "Bankruptcy Policy: toward a moral justification for financial rehabilitation of the consumer debtor", en *Wash. & Lee L. Rev.*, Volumen 48, pp. 515 - 577.
- FLINT, Richard E. (2012) "Consumer bankruptcy policy: ability to pay and catholic social teaching", en *St. Mary's L. J.*, Volumen 42, pp. 333 - 412.
- FRAU I GAIÀ, Sebastián (2014) *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- FRIND, Frank (2013) "Der „auf Halde“ gelegte Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung – Anmerkungen zum praxisgerechten Umgang mit einem gesetzgeberischen "Schildbürgerstreich"", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 17, pp. 729 - 732.
- GARCÍA MANRÍQUEZ, Ricardo (2009) "La dignidad y sus menciones en la Declaración", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters.
- GARCÍA VICENTE, José R., (2010) "Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 20, mayo - agosto, Editorial Thomson Reuters.
- GARCÍA, Emilio (1999) "Derechos humanos y calidad de vida", en González, Graciano, *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*, Madrid: Editorial Tecnos.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2004) "Artículo 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid: Thomson Civitas.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2004) "Artículo 164. Concurso culpable", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid: Thomson Civitas.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2004) *La calificación del concurso*, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.

- GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2014) "Causales de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados", en en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 32, mayo - agosto.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2016) "La calificación del concurso y responsabilidades derivadas", en García-Cruces, José Antonio (director), *Jurisprudencia y concurso*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2016) "La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal, en García-Cruces, José Antonio (director), *Jurisprudencia y concurso*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2014) *Tratado de criminología*, 5ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GARRIDO, José María (2014) "Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales de 2012", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 31, enero-abril.
- GARRIDO, Vicente, STANGELAND, Per y REDONDO, Santiago (2006) *Principios de criminología*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanc.
- GARZÓN, Ernesto (1988) "¿Es éticamente justificable el paternalismo?", en *Doxa*, Nº 5, pp. 155 - 173.
- GENDLER, Richard S. (2014) "Home mortgage cramdown in bankruptcy", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 22, pp. 329 - 405.
- GIDDENS, Anthony (1998) *Sociología*, Madrid: Editorial Alianza.
- GLEICK, Harry S. (1961) "Subordination of claims in bankruptcy under the equitable power of the bankruptcy court" en *Bus. Law.*, Volumen 61, pp. 611 - 625.
- GOLDEMBERG S., Juan Luis (2014) "Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 1er semestre, pp. 187 - 223.
- GOLDEMBERG S., Juan Luis (2012) "El problema temporal del inicio de los procedimientos concursales", en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Nº 1, pp. 315 - 346.
- GOLDEMBERG S., Juan Luis (2017) "El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIX, 2º semestre, pp. 55 - 98.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús (2004) *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ BILBAO, Emilio (2004) "Identificación de los "intereses concurrentes" y del "interés del concurso" en la nueva ley concursal", en AA.VV., *Estudios sobre ley*

*concurzal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons.

- GONZÁLEZ C., María Del Carmen (2004) "Artículo 5º", en Bercovitz, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Editorial Tecnos
- GONZÁLEZ LECUONA, María Marcos (2004) "De los presupuestos del concurso", en CORDÓN MORENO, Faustino (director), *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra: Thomson Aanzadi.
- GONZÁLEZ, Henry B. (1995) "The texas homestead: the last bulwark of liberty", en *St. Mary's L.J.*, Volumen 26, pp. 339 - 349.
- GRAF-SCHLICKER, Marie Luise (2014) "Insolvenzrechtsreform 2014 – aus dem Blickwinkel des Gesetzgebungsverfahrens", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 202 - 205.
- GRAVE, Hans Petter (1997) "Consumer Bankruptcy: a right or a Privilege? The role of the Courts in establishing moral standards of economic conduct", en *Journal of Consumer Policy*, Nº 20, pp. 161–177.
- GRAY, David (2006) "Cars and homes in chapter 13 after the 2005 amendments to the bankruptcy code", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 14, pp. 301 - 388.
- GRAY, David (2007) "Means testing: the failed bankruptcy revolution of 2005", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 15, pp. 223 - 319.
- GRAY, David (2009) "The chapter 13 estate and its discontents", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 17, pp. 233 - 290.
- GROSS, Karen (1986) "Preserving a fresh start for the individual debtor: the case for narrow construction of the consumer credit amendments", en *U. Pa. L. Rev.*, Volumen 135, pp. 59 - 152.
- GROSS, Karen (1999) *Failure And Forgiveness: Rebalancing The Bankruptcy System*, Estados Unidos: Yale University Press.
- GRYNBAUM, Luc (2002) "La mutation du droits des contrats sous l'effet du traitement du surendettement", en *Contrats, concurrence, consommation*, Nº 8-9, pp. 4 - 7.
- GUERRA MARTÍNEZ, Aurelio (2015) "Las tendencias actuales en la configuración del interés del concurso", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GUERRA MARTÍNEZ, Aurelio (2016) *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos contables*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- GUERRA MARTÍNEZ, Aurelio (2018) "Hacia la superación de la calificación del concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 28, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).

- GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf).
- GUNDLACH, Ulf, FRENZEL, Volkhard y SCHMIDT, Nikolaus (2002) "Fünf Jahre Wohlverhaltensperiode auch noch nach der InsO-Änderung 2001?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 5, pp. 141 - 143.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo (2009) *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GUTIÉRREZ GUILSANZ, Andrés (2012) "El convenio como solución del concurso", en Pulgar Ezquerro, Juana, *El concurso de acreedores*, Madrid: Editorial La Ley.
- HALLINAN, Charles G. (1986) "The "fresh start" policy in consumer Bankruptcy: a historical inventory and an Interpretive theory", en *U. Rich. L. Rev.*, Volumen 21, pp. 49 - 160.
- HARDER, Sebastian (2012) "Die neue rechtsprechung des BGH zur obliegenheit des selbstständig tätigen schuldners nach § 295 II InsO", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 10, pp. 73 - 75.
- HARRIS, Steven L. (1982) "A reply to theodore eisenberg's bankruptcy law in perspective", en *UCLA L. Rev.*, Volumen 30, pp. 327 - 365.
- HARTENBACH, Alfred (2003) "Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, pp. 62 - 63.
- HEICKE, Christian (2013) "Die Erwerbsobliegenheit des unselbstständigen Schuldners gem. § 295 I Nr. 1 InsO", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 7, pp. 49 - 50.
- HEICKE, Christian (2014) "Die Modifikationen des § 290 InsO durch die Insolvenzrechtsreform", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 7, pp. 49 - 51.
- HENNIGAN, John P. (1991) "May an individual who is not engaged in business reorganize his financial affairs under chapter 11?", en *Preview U.S. Sup. Ct. Cas.*, pp. 308 - 311.
- HENNING, Kai (2012) "Die Stärkung der außergerichtlichen Verhandlungen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 126 - 129.
- HENNING, Kai (2014) "Die Änderungen in den Verfahren der natürlichen Personen durch die Reform 2014", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, pp. 7 - 17.
- HENNING, Kai (2014) "Die Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens gem. § 300 InsO n.F. – aus Schuldnersicht", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 219 - 222.

- HERGENRÖEDER, Curt W. (2011) "Der zahlungsunfähige Arbeitnehmer", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, pp. 1 - 17.
- HERGENRÖEDER, Curt W. y HOMANN, Carsten (2013) "Die Reform der Verbraucherentschuldung: Plädoyer für eine Neuorientierung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, pp. 129 - 134.
- HERGENRÖEDER, Curt W. y HOMANN, Carsten (2013) "Die Reform der Verbraucherentschuldung: Der nächste untaugliche Versuch", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, pp. 91 - 96.
- HERGENRÖEDER, Curt Wolfgang (2009) "Die ewige Reform – Der Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen", en *DZWIR - Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, Band 19, Ausgabe 6, pp. 221 - 230.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen (2010) "Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos", en Cuenca Casas, Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Navarra: Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar (2015) *La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia*, 2ª edición, Madrid: Lefebvre El Derecho.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar (2018) "Los créditos con privilegio", en Campuzano, Ana y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Pilar (2016) "Acuerdo extrajudicial de pagos, segunda oportunidad, Administración y crédito público", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 24, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (2016) "Los créditos contra la masa", en García-Cruces, José Antonio (director), *Jurisprudencia y concurso*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- HERNANDO M., Javier (2013) *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, Barcelona: Bosch.
- HERZOG, Asa S. y ZWEIBEL, Joel B. (1961) "The equitable subordination of claims in bankruptcy", en *Vand. L. Rev.*, Volumen 15, pp. 83 - 113.
- HEYER, Hans-Ulrich (2012) "Der Insolvenzplan im Verbraucherinsolvenzverfahren – gut gemeint, aber schlecht gemacht", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, pp. 321 - 324.
- HOFMEISTER, Klaus (2014) "Insolvenzrechtsreform 2014: Kein Hinkelstein, aber jede Menge Schotter im Detail", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 247 - 252.

- HÖRMANN, Martin (2012) "Vergleichsverhandlungen mit natürlichen Personen zur Schuldenbereinigung", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 11, pp. 81 - 83.
- HOWARD, Margaret (1987) "A theory of discharge in consumer bankruptcy", en *Ohio St. L.J.*, Volumen 48, pp. 1047 - 1088.
- HOWARD, Margaret (1991) "Stripping down liens: section 506(d) and the theory of bankruptcy", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 65, pp. 373 - 426.
- HOWARD, Margaret (1994) "Secured claims in bankruptcy: an essay on missing the point", en *Cap. U. L. Rev.*, N° 23, pp. 313 - 337.
- HOWARD, Margaret (2007) "The law of unintended consequences", en *S. Ill. U. L.J.*, Volumen 31, pp. 451 - 462.
- HUGON, Christine (2005) "L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel", en *Contrats, concurrence, consommation*, N° 10, pp. 13 - 16.
- HULLEMAN, Chris S., DURIK, Amanda M., SCHWEIGERT, Shaun A. y HARACKIEWICZ, Judith M. (2008). Task values, achievement goals, and Interest: an integrative analysis, en *Journal of Educational Psychology*, Volumen 100, No. 2, pp. 398-416
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. (2004) "Objetivación y subjetividad en la delimitación del denominado presupuesto objetivo del concurso", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES de 2012, en GARRIDO, José María (2014) "Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 31, enero-abril.
- JACKSON, Thomas H. (1985) "The fresh-start policy in bankruptcy law", en *Harv. L. Rev.*, Volumen 98, pp. 1393 - 1448.
- JACKSON, Thomas H. (1986) *The logic and limits of bankruptcy law*, Estados Unidos: Harvard University Press.
- JACKSON, Thomas H. y KRONMAN, Anthony T. (1979) "Secured financing and priorities among creditors", en *Yale L.J.*, Volumen 88, pp. 1143 - 1182.
- JACOBY, Melissa B. (2001) "Collecting debts from the ill and injured: the rhetorical significance, but practical irrelevance, of culpability and ability to pay", en *Am. U. L. Rev.*, Volumen 59, pp. 229 - 271.
- JACOBY, Melissa B. (2009) "Bankruptcy reform and the financial crisis", en *N.C. Banking Inst.*, Volumen 13, pp. 115 - 121.
- JACQUET YESTE, Teodora (2012) *La propuesta anticipada de convenio*, Monografía N° 16, Madrid: Editorial La Ley.



- JÄGER, Ulrich (2003) "Gläubigerbeteiligung und Gläubigerinteressen im Insolvenzverfahren natürlicher Personen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 2, p. 55- 61.
- JÄGER, Ulrich (2005) "Masselose Verbraucherinsolvenzverfahren ohne Verfahrenseröffnung – eine Neubelebung einer „alten“ Idee", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, pp. 15 -19.
- JÄGER, Ulrich (2007) "Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittelloser Personen – mehr als nur ein Silberstreif am Horizont", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 10, pp. 507 - 515.
- JÄGER, Ulrich (2014) "Die Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens gem. § 300 InsO n.F. – aus Gläubigersicht", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 223 - 227.
- JAKOBS, Günther (2008) *El derecho penal como disciplina científica*. Traducción castellana de Alex van Weezel, Pamplona: Thomson Civitas.
- JIMÉNEZ P., Teresa A. (2010) "Vivienda familiar y concurso de acreedores", en Cuenca Casas, Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Navarra: Thomson Reuters.
- JIMÉNEZ P., Teresa A. (2015) "El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 752, pp. 3719-3740.
- JUDE, Jean-Michel (2003) *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*. Institut de droit des affaires. Centre de recherches juridiques Barthold Goldman. Aix Université Marseille.
- KAMLAH, Klaus (1996) "The new german Insolvency Act: Insolvenzordnung, en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 70, pp. 417 - 435.
- KANT, Immanuel (1989) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona: Ariel.
- KAUFMAN, Jane (1994) "Lien stripping after nobelman", en *Loy. L. A. L. Rev.*, Volumen 27, pp. 541 - 617.
- KELSEN, Hans (1999) *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Editorial Eudeba.
- KELSEN, Hans (2008) *¿Qué es justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Barcelona: Editorial Ariel.
- KEMNER, Matthew J. (1991) "Personal bankruptcy discharge and the myth of the unchecked homestead exemption", en *Mo. L. Rev.*, Nº 56, pp. 683 - 704.
- KENNEDY, David (1981) "Bankruptcy reform act of 1978: chapter 13 cramdown of the secured creditor", en *Wis. L. Rev.*, pp. 333 - 364.
- KENNEDY, Frank R. (1982) "Secured creditors under the bankruptcy reform act", en *Ind. L. Rev.*, Volumen 15, Nº 2, pp. 477 - 546.

- KILBORN, Jason J. (2003) "Mercy, rehabilitation, and quid pro quo: a radical reassessment of individual bankruptcy", en *Ohio St. L.J.*, N° 64, pp. 855 - 896.
- KILBORN, Jason J. (2004) "The innovative german approach to consumer debt relief: revolutionary changes in german law, and surprising lessons for the United States", en *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, N° 24, pp. 157 - 298.
- KILBORN, Jason J. (2005) "La responsabilisation de l'economie: what the united states can learn from the new french law on consumer overindebtedness", en *Mich. J. Int'l L.*, Volumen 26, pp. 619 - 671.
- KILBORN, Jason J. (2006) "Continuity, change and innovation in emerging consumer bankruptcy systems: belgium and luxembourg", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, N° 14, pp. 69 - 107.
- KILBORN, Jason J. (2017) "Educación financiera obligatoria como requisito previo a la condonación de deudas en la insolvencia de las personas físicas: la experiencia en América del Norte", en Cuenca Casas, Matilde (directora), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, España: Editorial Thomson Reuters.
- KIM, James W. (2010) "Saving our future: why voluntary contributions to retirement accounts are reasonable expenses", en *Emory Bankr. Dev. J.*, N° 26, pp. 341 - 380.
- KLEIN, Gary (1998) "Means tested bankruptcy: what would it mean?", en *U. Mem. L. Rev.*, Volumen 28, pp. 711 - 740.
- KOSOVICKJ, Jeff, FLAKE, Jessica y HULLEMAN, Chris (2017) "Short-term motivation trajectories: a parallel process model of expectancy-value", en *Contemporary Educational Psychology*, N° 49, pp. 130–139.
- KRONMAN, Anthony T. (1983) "Paternalism and the law of contracts", en *Yale L.J.*, Volumen 92, N° 5, pp. 763 - 798.
- LACKMANN, Frank (2018) "Die persönliche Beratung des Schuldners nach § 305 Absatz 1 Nummer 1 InsO: Face to Face, per Telefon oder gar per Skype?", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 1, pp. 1 - 3.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2007) *Derecho de obligaciones*, Volumen I, 4ª edición, Madrid: Editorial Dikinson.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2012) *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 7ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, et. al. (2013) *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, 5ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.
- LANDRY, Rober J. (2012) "Ethical considerations in filing personal bankruptcy: a hypothetical case study", en *Journal of Legal Studies Education*, Volume 29, N° 1, pp. 59 - 93.

- LANDRY, Rober J. y MARDYS, Nancy H. (2006) "Consumer bankruptcy reform: debtors' prison without bars or "just desserts" for deadbeats?", en *Golden Gate U. L. Rev.*, N° 36, pp. 91 - 120.
- LANDRY, Robert J. (2009) "The means test: finding a safe harbor, passing the means test, or rebutting the presumption of abuse may not be enough", en *N. Ill. U. L. Rev.*, N° 29, pp. 245 - 280.
- LANEY, John T. y GARCÍA, Nicholas J. (2016), "Bankruptcy", en *Mercer Law Review*, Volumen 67. pp. 819 - 839.
- LAPORTA, Francisco (1987) "El concepto de derechos humanos", en *Doxa*, N° 4, pp. 23 - 46.
- LARA-CHAGOYAN, Roberto (2000) *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3661/1/Lara-Chagoyan-Roberto.pdf> [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2018].
- LAROCHE, Peter (2011) "Die "Sperrfristrechtsprechung" des BGH – Gefährliche Stolperfalle auf dem Weg zur Restschuldbefreiung", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 10, p. 73 - 75.
- LAROCHE, Peter y SIEBERT, Volker (2014) "Neuerungen bei Versagung und Erteilung der Restschuldbefreiung", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 13, p. 541 - 547.
- LATORRE L., Virgilio (2012) *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LATORRE, Nuria (2016) "El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 37, enero-abril, Editorial Thomson Reuters.
- LATORRE, Nuria (2018) "El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 28, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- LAURIAT, Adélaïde y VIGNEAU, Vincent (2014) *L'insolvenza da sorvaidebitamento civile in Francia*, en SARCINA, Antonio (director), *El sobreendeudamiento de los particulares y el consumidor*, Italia; Editorial Dialogi.
- LAWLESS, Robert, LITWIN, Angela, PORTER, Katherine, POTTOW, John, THORNE, Deborah y WARREN, Elizabeth (2008) "Did bankruptcy reform fail? An empirical study of consumer debtors", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 82, pp. 349 - 405.
- LECHNER, Götz (2010) *Eine zweite Chance für alle gescheiterten Schuldner?*. Disponible en: [http://www.schuldnerberatung-sh.de/fileadmin/download/studien/lechner\\_eine\\_zweite\\_chance\\_fuer\\_alle\\_gescheiterten\\_schuldner\\_2010.pdf](http://www.schuldnerberatung-sh.de/fileadmin/download/studien/lechner_eine_zweite_chance_fuer_alle_gescheiterten_schuldner_2010.pdf) [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2017].

- LEE, Joe (1971) "The Counseling of Debtors in Bankruptcy Proceedings", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 45, pp. 387 - 404.
- LEVITIN, Adam J. (2009) "Resolving the foreclosure crisis: modification of mortgages in bankruptcy", en *Wis. L. Rev.*, pp. 565 - 655.
- LI, Wenli (2007) "What do we know about Chapter 13 personal bankruptcy filings?", en *Business Review*, N° 4, pp. 19 - 26.
- LICHTASH, Assaf (2011) "Realigning the american consumer bankruptcy system with the goals of the fresh start doctrine: a global comparative analysis", en *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, N° 34, pp. 169 - 196.
- LISSNER, Stefan (2012) "Die Reform des Verbraucherinsolvenzrechts – Zuständigkeit des Rechtspflegers unabdingbar", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, pp. 93 - 97.
- LLEDÓ Y., Francisco y ZORRILLA R., Manuel (1997) *Teoría del derecho. Para una comprensión razonable de los fenómenos jurídicos*, Bilbao: Editorial Universidad de Deusto.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco (2015) "La ley de segunda oportunidad en Europa y algunas consideraciones notables en la legislación norteamericana", en Sánchez R. Inmaculada y Olmedo C., Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- LOLAS STEPKE, Fernando (2006) *Escritos sobre vejez, envejecimiento y muerte*, Iquique: Ediciones Universidad Arturo Prat.
- LOMBINO, Richard M. (1998) "Uniformity of exemptions: assessing the commission's proposals", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, N° 6, pp. 177 - 211.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2011) "La conclusión del concurso", en Beltrán, Emilio, García-Cruces, José Antonio y Prendes, Pedro (directores), *La reforma concursal. III Congreso español de derecho de la insolvencia*, Navarra: Thomson Reuters Civitas.
- LUDTKE, Markus (2016) "Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Schuldenregulierung im Regelinsolvenz- und Insolvenzplanverfahren", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, p. 297 - 303.
- LUNENBURG, Fred (2011) "Expectancy Theory of Motivation: Motivating by Altering Expectations", en *International Journal of Management, Business, and Administration*, Volumen 15, N° 1, pp. 1 - 6.
- LUNKENHEIMER, Cilly y ZIMMERMANN, Dieter (2004) "Reformbedarf zur Stärkung der außergerichtlichen Einigung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 317 - 322.
- MACHADO PLAZAS, José (2006) *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Navarra: Editorial Thomson Civita.

- MACÍAS CASTAÑO, José (2015) "El concepto de administración pública y de crédito público", en Hernández Rodríguez, María del Mar, *Las administraciones públicas en el concurso*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- MAHONEY, Margaret M. (2004) "Debts, divorce, and disarray in bankruptcy", en *UMKC L. Rev.*, Volumen 73, pp. 83 - 135.
- MAMBRILLA, V (2005) "Calificación del concurso", en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid: Marcial Pons.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora (2004) "Artículo 42. Colaboración e información", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Thomson Civitas.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Autora (2004) "Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (editores), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- MARTÍNEZ PUJALDE, Antonio (1992) "Los derechos humanos como derechos inalienables", en Ballesteros, Jesús (editor), *Derechos humanos*, Madrid: Editorial Tecnos.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2008) "La fundamentación teórica de los derechos humanos. Aproximación a las teorías de J. Rawls y C. S. Nino", en Bonet Pérez, Jordi y Sánchez, Víctor (directores), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España: Editorial Huygens.
- MASSINI, C.I. y SERNA, P. (1998) *El Derecho a la vida*, Pamplona: Eunsa.
- MATEJKOVIC, John E., y RUCINSKI, Keith (2004) "Bankruptcy "reform": the 21st century's debtors' prison", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Nº 12, pp. 473 - 499.
- MCCOID, John (1988) "The origins of voluntary bankruptcy", en *Bankr. Dev. J.*, Volumen 5, pp. 361 - 389.
- MCCOID, John (1996) "Discharge: the most important development in bankruptcy history", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 70, pp. 163 - 193.
- MCQUEEN, F. Stewart (2001) "In Re Renshaw: Extensions of Credit by an Educational Institution-Are They Exempt from Discharge under Section 523(A)(8) of the Bankruptcy Code", en *S. C. L. Rev.* Volumen 52, pp. 795 - 813.
- MELERO BOSCH, Lourdes (2016) "Concesión irresponsable de crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 24, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- MIRANDA SERRANO, Luis (2014) "¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?", en *Diario La Ley*, Nº 8276, Sección Doctrina, Editorial La Ley.

- MÖHRING, Praxedis (2016) "Das nachträgliche Herausstellen von Versagungs- und Widerrufsgründen in §§ 297a, 303 Abs. 1 InsO – ein vernachlässigtes Tatbestandsmerkmal?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 10, pp. 383 - 387.
- MÖHRING, Praxedis (2017) "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Sperrfristen und § 287a Abs. 2 InsO", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, pp. 289 - 296.
- MOLINA, Cecilio (2019) "La propuesta de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho", en *Anuario de Derecho Concursal*, N° 46, enero-abril.
- MOLLER, Arthur L. (1980) "Chapter 11 of the 1978 bankruptcy code", en *N.C. L. Rev.*, N° 58, pp. 881 - 924.
- MONTORO, Alberto (1992) "El derecho como sistema normativo: notas sobre la naturaleza perceptiva y su función educadora", en AA.VV., *Funciones y fines del derecho. Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista*, Murcia: Universidad de Murcia.
- MORANTZ, Alison D. (2006) "There's no place like home: homestead exemption and judicial constructions of family in nineteenth-century america", en *Law & Hist. Rev.*, Volumen 24, N° 2, pp. 245 - 295.
- MORELLO, Augusto Mario (2006) *Ineficacia y frustración del contrato*, 2ª edición, Argentina: Editorial Lexis Nexis.
- MORENO, Lourdes (2017) "El concurso del trabajador autónomo económicamente dependiente y la Ley de Segunda Oportunidad", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 27, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- MORESO, José J. y VILADAJOSA, Josep M. (2004) *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona: Editorial Marcial Pons.
- MORINGIELLO, Juliet M. (2011) "Mortgage modification, equitable subordination, and the honest but unfortunate creditor", en *Fordham L. Rev.*, Volumen 79, pp. 1599 - 1642.
- MUGUERZA, Javier (1991) "Kant y el sueño de la razón", en Thiebaut, Carlos (coordinador) *La herencia ética de la ilustración*, Barcelona: Editorial Crítica.
- MUÑOZ PAREDES, Alfonso (2018) "La liquidación", en Campuzano, Ana B., y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MURPHY, Kathleen y DION, Justin H. (2008) ""Means test" or "just a mean test": an examination of the requirement that converted chapter 7 bankruptcy debtors comply with amended section 707(b)", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 16, pp. 413 - 461.
- MYERS, Michael (2011) "Dewsnup strikes again: lien-stripping of junior mortgages in chapter 7 and chapter 13", en *Ariz. L. Rev.*, N° 53, pp. 1333 - 1362.

- NACY, William P. (2000) "Survival underwater: wholly- unsecured security interests in bankruptcy", en *Washburn L.J.*, Volumen 40, pp. 87 - 109.
- NANCLARES VALLE, J. (2004) "Artículo 47", en Cerdón Moreno, Faustino (director), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona: Editorial Thomson Aranzadi.
- NEILD, James (1802) *An account of the rise, progress, and present state, of the society for the discharge and relief of persons imprisoned for small debts throughout england and wales*, Printed by Nichols and son, Disponible en: <https://archive.org/details/accountofrisepro00sociuoft/page/n13> [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2018].
- NEUVILLE, Sébastien (2001) "Le traitement lanifié du surendettement", en *RTD Com*, N° 1, pp. 31 - 48.
- NEWBORN, Mary Josephine (1993) "Undersecured creditors in bankruptcy: dewsnup, nobelman, and the decline of priority", en *Ariz. St. L.J.*, N° 25, pp. 547 - 597.
- NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna (1997) "Changing directions in consumer bankruptcy law and practice in Europe and USA", en *Journal of Consumer Policy*, N° 20, pp. 133 - 142.
- NIETO D, Carlos (2018) "Los presupuestos del concurso de acreedores", en en Campuzano, Belén y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- NINO, Carlos S. (1985) *La validez del derecho*, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- NINO, Carlos S. (1999) *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Editorial Ariel.
- OHLE, Carsten, SCHATZ, Jochen y JÄGER, Ulrich (2006) "Zur Reform des Verbraucherinsolvenzverfahrens – ein schlechtes Entschuldungsmodell und eine gute Alternative", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 11, pp. 480 - 494.
- OLAZABAL, Ann y FOTI, Andrew (2003) "Consumer bankruptcy reform and 11 u.s.c. § 707(b): a case-based analysis", en *B.U. Pub. Int. L.J.*, Volumen 12, pp. 317 - 361.
- ORDIN, Robert L. (1983) "The good faith principle in the bankruptcy code: a case study", en *Bus. Law.*, Volumen 38, pp. 1795 - 1850.
- ORDUÑA MORENO, Francisco (1992) *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Análisis de sus concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción)*, 2ª edición ampliada y puesta al día, Barcelona: José María Bosch, editor, S. A.
- ORDUÑA MORENO, Francisco (2015) "La moderna configuración de la acción rescisoria por fraude de acreedores: aplicación sistemática y concursal", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- ORDUÑA, Francisco y PLAZA, Javier (2004) "Artículo 47. Derecho de alimentos", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid: Thomson Civitas.
- ORTIZ G., María A. (2018) "La calificación del concurso", en Campuzano, Belén y Sanjuán y Muñoz, Enrique (directores), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, 3ª edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- PAISANT Gilles (1998) "A propos de la déchéance encourue par le débiteur ayant aggravé son endettement", en *RTD Com.*, N° 3, pp. 693 - 694.
- PAISANT, Gilles (1996) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, pp. 522 - 526.
- PAISANT, Gilles (1996) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 4, pp. 710 - 713.
- PAISANT, Gilles (1997) "Bonne foi, autorité de la chose jugée et fait nouveau", en *RTD Com.*, N° 1, pp. 141 - 142.
- PAISANT, Gilles (1998) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 2, pp. 412 - 414.
- PAISANT, Gilles (2000) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, pp. 732 - 736.
- PAISANT, Gilles (2001) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, pp. 780 - 785.
- PAISANT, Gilles (2001) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 1, pp. 649 - 658.
- PAISANT, Gilles (2002) "L'appréciation de l'état d' "insolvabilité" au sens de l'article L. 331-7-1 du code de consommation", en *RTD Com.*, N° 1, pp. 172 - 173.
- PAISANT, Gilles (2003) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 1, pp. 173 - 175.
- PAISANT, Gilles (2003) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, pp. 574 - 577.
- PAISANT, Gilles (2003) "La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine", en *RTD Com.*, N° 4.
- PAISANT, Gilles (2004) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 3, pp. 620 - 622.
- PAISANT, Gilles (2005) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 2, pp. 424 - 426.
- PAISANT, Gilles (2006) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 2, pp. 488 - 493.



- PAISANT, Gilles (2008) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 4, pp. 875 - 877.
- PAISANT, Gilles (2008) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 1, pp. 193 - 196.
- PAISANT, Gilles (2008) "La insolvencia de los consumidores en el derecho francés", en Tomillo Urbina, Jorge (director), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra: Editorial Thomson Civitas, pp. 237 - 249
- PAISANT, Gilles (2009) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 2, pp. 466 - 469.
- PAISANT, Gilles (2010) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 4, pp. 800 - 813.
- PAISANT, Gilles (2010) "Chroniques. Surendettement de particuliers", en *RTD Com.*, N° 1, pp. 213 - 216.
- PAPE, Gerhard (2004) "Vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung bei fehlenden Forderungsanmeldungen", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 1, pp. 1 - 7.
- PAPE, Gerhard (2007) "Neue Wege zur Entschuldung völlig mittelloser Personen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 5, pp 239 - 253.
- PAPE, Gerhard (2010) "Linien der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats zu den Verfahren der natürlichen Personen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, pp. 1 - 16.
- PAPE, Gerhard (2012) "Verbraucherinsolvenz 2012 – gefühlter und tatsächlicher Reformbedarf", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, pp. 150 - 155.
- PAPE, Gerhard (2014) "Fortfall der Zweistufigkeit bei den RSB-Versagungsgründen, § 297a InsO n.F.", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 234 - 239.
- PARDO, Rafael (2009) "Failing to answer whether bankruptcy reform failed: a critique of the First Report from the 2007 Consumer Bankruptcy Project", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 83, pp. 27 - 45.
- PARDO, Rafael y LACEY, Michelle (2005) "Undue hardship in the bankruptcy courts: an empirical assessment of the discharge of educational debt", en *U. Cin. L. Rev.*, Volumen 74, pp. 405 - 529.
- PARDO, Rafael y LACEY, Michelle (2009) "The real student-loan scandal: undue hardship discharge litigation", en *Am. Bankr. L.J.* Volumen 83, pp. 179 - 235.

- PASCUAL LAGUNA, Eulalia (2009) *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona: Editorial Bosch.
- PASTOR ALBALADEJO, Gemma (2014) *Teoría y práctica de las políticas públicas*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- PECES-BARBA, Gregorio (1984) *Los valores superiores*, Madrid: Editorial Tecnos.
- PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael (2000) *Curso de teoría del derecho*, Barcelona: Marcial Pons.
- PEINADO GRACÍA, Juan I. (2004) "La distribución del riesgo de insolvencia", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- PÉREZ, Elena (2015) "La clasificación de los créditos de la seguridad social", en Hernández Rodríguez, María del Mar, *Las administraciones públicas en el concurso*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ, Roma (2013) "Not "special" enough for chapter 7: an analysis of the special circumstances provision of the bankruptcy code, en *Cleveland State Law Review*, Volumen 61, pp. 983 - 1016.
- PIEPER, Nicole (2009) "Aufhebung der Verfahrenskostenstundung in der Wohlverhaltensperiode des Schuldners wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten auch vor Versagung/Widerruf der Restschuldbefreiung?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 241 - 251.
- PINAGLIA-VILLALÓN, Juan I. (2001) *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- PLANE, Isabelle, O'KEEFE, Paula y TÈORËT, Manon (2013) "The relation between achievement goal and expectancy-value theories in predicting achievement-related outcomes: a test of four theoretical conceptions", en *Motiv Emot*, N° 37, pp. 65–78.
- PORTER, Katherine y THORNE, Deborah (2006) "The failure of bankruptcy's fresh start", en *Cornell L. Rev.*, Volumen 92, pp. 67 - 128.
- POSNER, Richard A. (1976) "The rights of creditors of affiliated corporations", en *U. Chi. L. Rev.*, N° 43, pp. 499 - 526.
- POTTOW, John A. (2006) "The totality of the circumstances of the debtor's financial situation in a post-means test world: trying to bridge the wedoff/culhane & white divide", en *Mo. L. Rev.*, Volumen 71, pp. 1053 - 1067.
- POWERS, Brian (2012) "Can you trust your trustee? expanding homestead exemptions to include rent-controlled leasehold interests", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, N° 20, pp. 741 - 758.

- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (2016) "El acuerdo extrajudicial de pagos", en Prats Albentosa, Lorenzo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- PRICE, Stephen H. (1992) "Florida's homestead exemption: racketeers should not leave home without it", en *Stetson L. Rev.*, Volumen 21, pp. 681 - 703.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1992) *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2005) *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid: Editorial Trotta.
- PULGAR EZQUERRA, Juana (2014) "Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 20, Editorial La Ley (Smarteca)
- PULGAR EZQUERRA, Juana (2015) "Acuerdos extrajudiciales de pago, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", en *Diario La Ley*, Nº 8538, Sección Doctrina, Ref. D-188.
- PULGAR EZQUERRA, Juana (2016) *Preconcurso y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, 2ª edición, Madrid: Editorial Wolter Kluwer.
- PULGAR, Juana (2008) "Concurso y consumidores en el marco del estado social de bienestar", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 9, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- PULGAR, Juana (2009) *El concurso de acreedores. La declaración*, Madrid: Editorial La Ley.
- RAMSAY, Iain (2007) "Comparative consumer bankruptcy", en *U. Ill. L. Rev.*, Nº 1, pp. 241 - 273.
- RAVIN N., David y ROSEN, Kenneth A. (1986) "The dischargeability in bankruptcy of alimony, maintenance and support obligations", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 60, pp. 1 - 31.
- RAYMOND, Guy (2008) *Droit de la consommation*, Paris: Editorial Lexis Nexis Litec.
- RAYMOND, Guy (2014) "Règles d'appréciation de la bonne foi", en *Contrats, concurrence, consommation*, Nº 2, pp.
- RECK, Thomas (2017) "Treuhänderlose Wohlverhaltensperiode?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, pp. 296 - 299.
- RECK, Thomas, KÖSTER, Malte y WATHLING, Ulrike (2016) "1 ½ Jahre neues Verbraucherinsolvenzrecht – ein Zwischenstand", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, pp. 1 - 9.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando (2008) *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, Navarra: Editorial Thomson Aranzasi.

- RESNICK, Alan (1978) "Prudent planning or fraudulent transfer? the use of nonexempt assets to purchase or improve exempt property on the eve of bankruptcy", en *Rutgers L. Rev.*, Nº 31, pp. 615 - 654.
- RITTER, Matthias (2013) "Die neue 25 % Quote zur Verkürzung der Restschuldbefreiungsphase - geht die Reform ins Leere?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, pp. 135 - 136.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1995) "El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)", en García San Miguel, Luis (coordinador), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (2002) *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Instituto Universitario de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid: Editorial Dykinson.
- ROJO (2004) "Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (editores), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- ROJO, Angel (2002) "El contenido esencial del convenio", en *Anales (Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil)*, Nº 5.
- ROJO, Angel (2004) "Artículo 1. Presupuesto subjetivo", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (editores), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- ROJO, Ángel (2004) "Artículo 104. Plazo de presentación", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio, *Comentario de la ley Concursal*, tomo II, Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- ROJO, Ángel (2004) "Artículo 107. Informe de la administración concursal", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio, *Comentario de la ley Concursal*, tomo II, Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- ROJO, Ángel (2004) "Artículo 110. Mantenimiento de la propuesta", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio, *Comentario de la ley Concursal*, tomo II, Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- ROJO, Angel (2004) "Artículo 2", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (coordinadores), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- ROJO, Ángel (2004) *El convenio anticipado*, Madrid: Editorial Civitas.
- ROJO, Angel y TIRADO, Ignacio (2004) "Artículo 21. Auto de declaración del concurso", en Rojo, Angel y Beltrán, Emilio (directores), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Thomson Civitas.
- ROMERO S., Carlos (2014) *La calificación en el concurso de acreedores*, Barcelona: Bosch.

- ROSENDE V., Cecilia (2010) "Artículo 163. calificación del concurso y formación de la sección sexta", en Cordón M., Faustino (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2ª edición, tomo II, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- RUBIO VICENTE, Pedro (2012) "La liquidación concursal", en Pulgar Ezquerro, Juana, *El concurso de acreedores*, Madrid: Editorial La Ley.
- RUBIO VICENTE, Pedro (2016) "Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida en la Ley Concursal", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 24, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- RUCH, Julia (2011) "Die Auswirkungen der Ehegattenhaftung nach § 1357 BGB auf das Insolvenzverfahren", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 5, pp. 164 - 166.
- RUIZ RUIZ, Ramón (2012) "La distinción entre reglas y principios y su implicación en la aplicación del derecho", en *Derecho y realidad*, II semestre, N° 20.
- RUSCH, Linda J. (1996) "Bankruptcy as a revolutionary concept: good faith filing and a theory of obligation", en *Mont. L. Rev.*, Volumen 57, pp. 49 - 97.
- RUSHING, Danielle N. (2016) "Use it or lose it: grappling with classification of post-petition sale proceeds under chapter seven bankruptcy for consumer debtors in the lone star state", en *St. Mary's Law Journal*, Volumen 49, pp. 901 - 918.
- SAAGER, Stefan (2016) "Stephan-Kommission: Vorschläge zur Stärkung der außergerichtlichen Einigung im Privatinsolvenzverfahren", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 213 - 220.
- SALA REIXACHS, Alberto (2000) *La terminación de la quiebra y el convenio concursal. Impugnación. Tramitación. Efectos. Rescisión*, Barcelona Editorial Bosch.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amedia (2005) "Artículo 167", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena (2016) *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*, Pamplona: Editorial Thomson Reuters.
- SÁNCHEZ-CALERO, Juan (2004) "De los presupuestos del concurso", en Sánchez-Calero, Juan y Guilarte Gutiérrez, Vicente (directores), *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I, Valladolid: Editorial Lex Nova.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio (2017) *La rescisión concursal*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (2015) "El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad", en Sánchez R., Inmaculada y Olmedo C., Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

- SAVINO, Joseph C. y STREICHER, Brian M. (2016) "Breathing underwater: the survival of second mortgages in bankruptcy proceedings", en *The Florida Bar Journal*, marzo de 2016, pp. 9 - 18.
- SCHLABS, Susanne (2012) "Schuldner- und Verbraucherinsolvenzberatung: Effizienz und Effektivität durch sozialbezogene Komponenten", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 2, pp. 51 - 56.
- SCHMERBACH, Ulrich (2005) "Die Versagung der Restschuldbefreiung nach §§ 290 und § 295 InsO - Eine Bestandsaufnahme der veröffentlichten Rechtsprechung 1999 bis August 2005 -", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 10, pp. 521 - 529.
- SCHMERBACH, Ulrich (2007) "Die geplante Entschuldung völlig mittelloser Personen", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 4, pp. 198 - 203.
- SCHMERBACH, Ulrich (2009) "Versagungsgründe außer Rand und Band", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 13, p. 677 - 679.
- SCHMERBACH, Ulrich (2012) "Änderungen in Insolvenzverfahren natürlicher Personen – Der Regierungsentwurf vom 18. 7. 2012", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 8, pp. 57 - 60.
- SCHMERBACH, Ulrich (2013) "Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte verabschiedet – Ende gut, alles gut?", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 13, p. 567 - 573.
- SCHMERBACH, Ulrich (2013) "Überblick über die Änderungen in Insolvenzverfahren natürlicher Personen", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 6, pp. 41 - 44.
- SCHMERBACH, Ulrich (2016) "Aktuelle Probleme in Insolvenzverfahren natürlicher Personen", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 5, pp. 33 - 36.
- SCHMERBACH, Ulrich (2016) "Keine vorzeitige Restschuldbefreiung bei Verfahrenskostenstundung", en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 24, pp. 1006 - 1009.
- SCHOLZ, Franz Josef (1988) "Schwerpunkte einer Verbraucherinsolvenz-Regelung", en *ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 18, pp. 1157 - 1165.
- SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael (2013) *Concurso y rescisión*, Valenca: Editorial Tirant Lo Blanch.
- SENDRA A., Álvaro (2018) *El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanc.
- SEMENT MARTÍNEZ, Santiago (2015) "El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 23, Editorial Wolter Wkuwer (Smarteca).

- SENÉS, Carmen (2015) "El concurso consecutivo", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel y SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús (2015) "La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, por el trámite del número 4º del apartado tercero del artículo 178 bis del RDL 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad", en *Revista de derecho v/lex*, Nº 132.
- SERRANO G., Eduardo (2010) "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física", en Cuenca C., Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- SESEMANN, Richard (2011) "Erwerbsobliegenheit angestellter und selbstständiger Schuldner in der Wohlverhaltensphase", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 8, pp. 289 - 290.
- SHANON, Charles A. (1979) "A new deal for secured creditors in bankruptcy", en *Emory L. J.*, Volumen 28, pp. 587 - 647.
- SIMKOVIC, Michael (2013) "Risk-based student loans", en *Wash. & Lee L. Rev.*, Volumen 70, pp. 527 - 650.
- SINGER, George H. (1997) "Section 523 of the bankruptcy code: the fundamentals of nondischargeability in consumer bankruptcy", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 71, pp. 325 - 412.
- SKEEL, David A. (2014) "When should bankruptcy be an option (for people, places, or things)?", en *Wm. & Mary L. Rev.*, Volumen 5, pp. 2217 - 2253.
- SKEEN, David W. (1985) "Liens and liquidation: preferences, strong arm clause, fraudulent transfers, equitable subordination, priorities and other limitations on liens claims", en *Tul. L. Rev.*, Volumen 51, pp. 1401 - 1444.
- SORIANO, Ramón (1993) *Compendio de teoría general del derecho*, 2ª edición corregida y aumentada, Barcelona: Editorial Ariel.
- SOSA, Michael D. (2010) "The principle of consumer utility: a contemporary theory of the bankruptcy discharge", en *U. Kan. L. Rev.*, Nº 58, pp. 553 - 614.
- SPRINGENEER, Helga (2006) "Reform des Verbraucherinsolvenzrechts: Das schwierige Unterfangen, Null-Masse-Fälle ohne Systembrüche neu zu regeln", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, pp. 1 - 14.
- STEINFELD, Shayna M. y STEINFLED, Bruce R. (2004) "A brief overview of bankruptcy and alimony/support issues", en *Fam. L.Q.*, Nº 38, pp. 127 - 139.
- STEPHAN, Guido (2004) "InsO-Änderungsgesetz 2005", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, pp. 505- 512.

- STEPHAN, Guido (2011) "Die Reform des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 4, pp. 25 - 27.
- STEPHAN, Guido (2011) "Schuldnerberatung im Insolvenzverfahren", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, pp. 117 - 119.
- STEPHAN, Guido (2012) "Die Streichung der §§ 307 bis §310 InsO im Regierungsentwurf vom 18. 7. 2012", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 9, pp. 65 - 67.
- STEPHAN, Guido (2012) "Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, pp. 85 a 92.
- STEPHAN, Guido (2013) "Die Neufassung des RVG im RegE zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens: Abschied von der anwaltlichen Schuldnerberatung", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 2, pp. 9 - 11.
- SUBIRATS, Joan, KNOPFEL, Peter, LARRUE, Corine y VARONE, Frédéric (2010) *Análisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona: Editorial Ariel. Ciencia Política.
- TABB, Charles J. (1990) "The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate", en *Geo. Wash. L. Rev.*, N° 59, pp. 56 - 113.
- TABB, Charles J. (1991) "The historical evolution of the bankruptcy discharge", en *Am. Bankr. L.J.*, N° 65, pp. 325 - 371.
- TABB, Charles J. (2001) "The death of consumer bankruptcy in the united states?", en *Bankr. Dev. J.*, N° 18, pp. 1 - 49.
- TABB, Charles J. y MCCLELLAND, Jillian K. (2007) "Living with the means test", en *S. Ill. U. L.J.*, N° 31, pp. 463 - 515.
- TAMAYO H., Silvia (2008) "El sobreendeudamiento de los consumidores", en TOMILLO U., Jorge (director) y ÁLVAREZ R., Julio (coordinador), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- TAPPER, Colin (1965) "Austin on sanction", en *The Cambridge Law Journal*, Volumen 23, N° 2, pp. 271-287.
- TARVIN, Timothy R. (2011) "Bankruptcy, relocation, and the debtor's dilemma: preserving your homestead exemption versus accepting the new job out of state", en *Loy. U. Chi. L.J.*, Volumen 43, pp. 141 - 203.
- THIMMING, Paul J. (1980) "Adequate disclosure under chapter 11 of the bankruptcy code", en *S. Cal. L. Rev.*, N° 53, pp 1527 - 1562.



- THOMPSON, Robert M. (1990) "Consumer bankruptcy: substantial abuse and section 707 of the bankruptcy code", en *Mo. L. Rev.*, N° 55, pp. 247 - 265.
- THÜNING, David (2017) "Die Zulässigkeit eines zweiten Restschuldbefreiungs- nebst Stundungsantrags nach neuem Recht", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 10, pp. 377 - 382.
- TOPOR, Karl (2008) "The impact of the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act on the family law practitioner", en *American Journal of Family Law*, pp. 153 - 156.
- UNIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (2016) Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, Barcelona. Disponible en: <http://www.advocatsreus.cat/wp-content/uploads/2016/07/ACUERDOS-15-6-16-Juzgados-mercantil-Barcelona-Exoneraci%C3%B3-del-passiu-insatisfet-art.-178-bis-LC-1.pdf> [Fecha de consulta: 11 de abril de 2019].
- VALLENDER, Heinz (2003) "Ein redlicher Schuldner?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 253 - 256.
- VALLENDER, Heinz (2011) "Der Weg zur Entschuldung in England wird steiniger – Die Entscheidung des High Court of Justice in *Bankruptcy v. 10. 6. 2009 in Re Vitus Anton Mittenfellner*, Case-Nr. 10421 of 2008", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 3, pp. 17 - 18.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (2009) "Autonomía y personalidad individual", en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra: Thomson Reuters.
- VEIGA, Abel B. (2015) "Par condicio: privilegio, proporcionalidad e igualdad", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- VELA TORRES, P. J. (2005) "La tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 3, Editorial La Ley, pp.89 - 106.
- VIGNEAU, Vincent y BOURIN, Guillaume-Xavier (2012) *Droit du surendettement des particuliers*, 2ª edición, Paris: Editorial Lexis Nexis.
- VIGNEAU, Vincent y LAURIAT, Adélaïde (2010) "La reforma du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1er juillet 2010", en *Recueil Dalloz*, N° 39 (Word).
- VILA FLORENSA, Pablo (2004) "Art. 1. Presupuesto subjetivo", en Sala, A., Mercadal, F. y Alonso-Cuevillas, J. (coordinadores), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.
- VILLASEÑOR R., Isabel y GÓMEZ G., Juan (2013) *Investigación y documentación jurídicas*, 2ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.
- VUKOWICH, William T. (1974) "Debtors' exemption rights", en *Geo. L. J.*, Volumen 62, N° 3, pp. 779 - 878.

- WARREN, Elizabeth (1997) "A principled approach to consumer bankruptcy", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 71, pp. 483 - 516.
- WAXMAN, Ned W. y RUCKI, Justin H. (2008) "Chapter 7 bankruptcy abuse: means testing is presumptive, but 'totality' is determinative", en *Hous. L. Rev.*, N° 45, pp. 901 - 937.
- WEDOFF, Eugene R. (2006) "Judicial discretion to find abuse under section 707(b)(3)", en *Mo. L. Rev.*, Volumen 71, pp. 1035 - 1051.
- WEDOFF, Eugene R. (2005) "Means testing in the new § 707(b)", en *Am. Bankr. L.J.*, Volumen 79, pp. 231 - 281.
- WEGENER, Burghard (2017) "Der selbstständige Schuldner in der Insolvenz - Die andauernde Untätigkeit des Gesetzgebers", en *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 4, pp. 25 - 27.
- WEINER, Bernard (1985) "An attributional theory of achievement motivation and emotion", en *Psychological Review*, Volumen 92, N° 4, pp. 548-573.
- WEISTART, John C. (1977) "The costs of bankruptcy", en *Law & Contemp. Probs.*, Volumen 41, pp. 107 - 122.
- WELMERINK, Luke (2010) "Cleaning the mess of the means test: the need for a case-by-case analysis of 401(k) loans in chapter 7 bankruptcy petitions", en *Golden Gate U. L. Rev.*, Volumen 41, pp. 121 - 151.
- WHELAN, Roger M. y COHEN, Mandy S. (1994) "Consumer bankruptcy reform: balancing the equities in chapter 13" en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, N° 2, pp. 165 - 191.
- WHITE, Michelle (2007) "Abuse or protection? economics of bankruptcy reform under bapcpa", en *U. Ill. L. Rev.*, N° 1, pp. 275 - 304.
- WHITFORD, William C. (1999) "Secured creditors and consumer bankruptcy in the united states", en *Osgoode Hall L. J.*, Volumen 37, pp. 339 - 368.
- WIEDEMANN, Rainer (2004) "Brauchen wir eine Reform der Verbraucherentschuldung?", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 11, pp. 645 - 655.
- WIGFIELD, Allan y ECCLES, Jacquelynne (1992) "The development of achievement task values: a theoretical analysis", en *Developmental Review*, N° 12, pp. 265-310.
- WIGFIELD, Allan y ECCLES, Jacquelynne (2000) "Expectancy-Value Theory of achievement motivation", en *Contemporary Educational Psychology*, N° 25, pp. 68 - 81.
- WILLIAMS, Jack F. (1999) "Distrust: the rhetoric and reality of means-testing", en *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, Volumen 7, pp. 105 - 131.

- WINTER, Ulrich (2003) "Vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung vor Ablauf der Wohlverhaltenszeit", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, pp. 451 - 452.
- WINTER, Ulrich (2004) "Sicherung des Existenzminimums im Insolvenzverfahren nach der Neuregelung der Sozialhilfe", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, pp. 322 - 332.
- WINTER, Ulrich (2010) "Die Verkürzung der Laufzeit eines Insolvenzverfahrens durch eine vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, pp.137 - 144.
- WOLF, Sheryl S. (1997) "Divorce, bankruptcy, and metaphysics: avoidance of marital liens under § 522(f) of the bankruptcy code", en *Fam. L.Q.*, Volumen 31, N° 3, pp. 513 - 550.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2007) "¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?", en *Actualidad Civil*, N° 19.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2015) "El derecho de alimentos y el concurso. De la solidaridad familiar a la colectiva", en Rojo, Ángel y Campuzano, Ana Belén (coordinadores), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2017) *Patrimonio inembargable, alimentos y fresh start*, Madrid: Editorial Marcial Pons.
- YZQUIERDO TOLOSA, Mariano (2010) "¿Créditos intrínsecamente perversos? Apuntes acerca de los créditos subordinados que ostentan las personas cercanas al concursado", en Cuenca Casas, Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Navarra: Thomson Reuters.
- ZABALETA DÍAZ, M. (2005) "La condonación de las deudas pendientes en el derecho concursal alemán", en AA.VV., *Estudios sobre ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- ZABALETA, Marta (2010) "El concurso del consumidor", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, III, pp. 301 - 331.
- ZERHUSEN, Christoph (2017) "Die persönliche Beratung des Schuldners gem. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, pp. 331 - 333.
- ZIMMERMANN, Dieter y FREEMAN, Stefan (2004) "Die Anhebung der Pfändungsgrenze nach § 850f Abs. 1 ZPO ab 1. 1. 2005 (HARTZ IV)", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 11, pp. 655 - 661.
- ZIMMERMANN, Dieter y FREEMAN, Stefan (2008) "Die Gewährleistung des Existenzminimums bei der Forderungspfändung", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, pp. 374 - 408.

- ZIMMERMANN, Dieter y ZIPF, Thomas (2008) "Schuldnerschutz bei eheähnlicher Gemeinschaft und „Stiefkind“ – das Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 4.7.2008", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, 378 - 380.
- ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes (2012) "Los efectos patrimoniales de la calificación culpable del concurso", en García Cruces, José Antonio (director), *Insolvencia y responsabilidad*, Navarra: Thomson Reuters Civitas.
- ZURILLA C., Ángeles (2004) "Artículo 42", en Bercovitz R., Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Madrid: Editorial Tecnos.
- ZYWICKI, Todd J. (2000-2001) "Bankruptcy law as social legislation", en *Tex. Rev. L. & Pol.*, Volumen 5, Nº 2, pp. 395 - 431.

#### **JURISPRUDENCIA.**

- Sentencia de OLG Fraknfurt de 04 de julio de 2008 - 24U 147/07, *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 384.
- Sentencia del AG Göttingen de 20 de mayo de 2016 - 74 IK 124/16, *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 19, p. 392.
- Sentencia del AG Göttingen de 26 de julio de 2014 - 74 IN 84/14, *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 11, 410.
- Sentencia del AG Göttingen de 29 de abril de 2015 - 71 IK 99/14 NOM , *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 7, p. 268.
- Sentencia del BGH de 07 de mayo de 2009 - IX ZB 133/07, en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 8, p. 482.
- Sentencia del BGH de 07 de mayo de 2013 - IX R 151/12, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 364.
- Sentencia del BGH de 11 de febrero de 2010 - IX ZB 126/08, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 7, p. 281.
- Sentencia del BGH de 11 de febrero de 2010 - IX ZB 45/09, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 100
- Sentencia del BGH de 11 de mayo de 2010 - IX ZB 167/09, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 9, p. 345.
- Sentencia del BGH de 11 de octubre de 2007 - IX ZB 270/05, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 12, p. 610.
- Sentencia del BGH de 14 de enero de 2010 - IX ZB 257/09, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4, p. 145.
- Sentencia del BGH de 16 de julio de 2009 - IX ZB 219/08, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 19, p. 422.

Sentencia del BGH de 17 de marzo de 2005 - IX ZB 214/04, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6, p. 322.

Sentencia del BGH de 18 de septiembre de 2014 - IX ZB 72/13, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 12, p. 450.

Sentencia del BGH de 20 de noviembre de 2014 - IX ZB 16/14, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 2, p. 61.

Sentencia del BGH de 21 de enero de 2010 - IX ZB 174/09 en, *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3, p. 101.

Sentencia del BGH de 22 de octubre de 2009 - IX ZB 160/09, en *NZI - Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, Heft 18, p. 899

Sentencia del BGH de 22 de septiembre de 2016 - IX ZB 29/16, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1, p. 39.

Sentencia del BGH, de 19 de mayo de 2011 - IX ZB 224/09, en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, 2011, Heft 8, p. 305.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, de 14 de marzo de 2017.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León, de 14 de octubre de 2015.

#### **LEGISLACIÓN Y OTROS DOCUMENTOS JURÍDICOS CONSULTADOS.**

DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, Sesión Plenaria N° 250, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, N° 267, año 2015.

ENTWURF EINES GESETZES ZUR VERKÜRZUNG DES RESTSCHULDBEFREIUNGSVERFAHRENS, ZUR STÄRKUNG DER GLÄUBIGERRECHTE UND ZUR INSOLVENZFESTIGKEIT VON LIZENZEN (Stand: 18.1.2012) (2012), en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 2.

GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf) [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2016]

Insolvenzordnung, de 05 de octubre de 1994. BGBl 1994, num. 70, de 18 de octubre.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Boletín Oficial del Estado, núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

Ley 22/2003, de 09 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, núm. 164, de 10 de julio de 2003.

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Boletín Oficial del Estado, núm. 180, de 29 de julio de 2015.

PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES ANTE EL PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE, Sesión Plenaria N° 123, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, N° 130, de 17 de julio de 2013.

PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA INSO DE 2012, DEL GOBIERNO FEDERAL PARA EL ACORTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE ALIVIO DE LA DEUDA Y FORTALECER LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES, DEUTSCHER BUNDESTAG - DRUCKSACHE 17/11268, de 31 de octubre de 2012, BT-DRUCKS. 17/11268.

PROYECTO DE LEY DEL GOBIERNO FEDERAL DE ORDENAMIENTO DE INSOLVENCIA (InsO), DEUTSCHER BUNDESTAG - DRUCKSACHE 12/2443, de 15 de abril de 1992, BT-DRUCKS. 12/2443.

PROYECTO DE LEY DEL GOBIERNO FEDERAL DE ORDENAMIENTO DE INSOLVENCIA (InsO), BUNDESRAT - DRUCKSACHE 1/92, de 03 de enero de 1992, BR-DRUCKS. 1/92.

PROYECTO DE LEY DEL GOBIERNO FEDERAL DE ORDENAMIENTO DE INSOLVENCIA (InsO), DEUTSCHER BUNDESTAG - DRUCKSACHE 12/2443, de 15 de abril de 1992, BT-DRUCKS. 12/2443.

PROYECTO DE REAL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/document/NE0001875838/20190321/Proyecto-de-Real-Decreto-Legislativo-por-el-que-se-aprueba-el-Texto-Refundido-de-la-Ley-Concursal> [Fecha de consulta: 8 de junio de 2019].

Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Boletín Oficial del Estado, num. 51, de 28 de febrero de 2015.

Title 11, U.S. Code, Bankruptcy, Pub. L. 95-598, title I, §101, Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2549.