

CONCURSO Y CONSUMIDORES EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DEL BIENESTAR (*)

Juana PULGAR EZQUERRA

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid

Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 9, Sección Estudios, Segundo semestre de 2007, pág. 43, Editorial LA LEY

LA LEY 39511/2008

I. CONSUMIDOR Y DIFICULTADES ECONÓMICAS: PRESTACIONES DEL ESTADO SOCIAL DEL BIENESTAR Y POLÍTICA DE CONCESIÓN DE CRÉDITOS AL CONSUMO

Es sabido que vivimos en una sociedad de consumo en la que la globalización de las economías y la transnacionalidad de los mercados ha incidido relevantemente en una *evolución en los «hábitos de consumo» que ha conllevado un creciente recurso al crédito como instrumento de financiación*, en particular por las economías familiares o domésticas. En efecto, a día de hoy éstas siguen siendo el sustento básico del consumo orientado básicamente, aun cuando no de modo exclusivo, a bienes de primera necesidad y en particular a la vivienda, aun cuando ésta en puridad, desde un punto de vista de teoría económica, no se considere bien de consumo, cuya adquisición se financia de manera generalizada, no habiéndose acompañado el notable incremento de la inversión en ésta de un aumento en la tasa de ahorro. En este punto, ha favorecido el recurso a dicha financiación el aumento de la renta disponible, el incremento del empleo y correlativo descenso de tasas de desempleo del que hemos disfrutado en España en los últimos años, así como el mantenimiento de facilidades crediticias y estrategias comerciales a través de impactantes campañas publicitarias seguidas por las entidades financieras, que han facilitado la concesión no solo de préstamos para la adquisición de viviendas, sino también de préstamos personales y tarjetas de crédito que han experimentado en los últimos años crecimientos respectivamente del 215,0% y del 225,0%, habiéndose incrementado también notablemente el creciente uso de otros instrumentos de crédito y pago (pagos a plazos, *revolving...*) (1) .

Esta «política blanda» de concesión de créditos al consumo que se practicó por parte de las entidades financieras, que desde finales de 2004 hasta mediados de 2006 relajaron las condiciones para la concesión de esta clase de créditos, encontró conforme se deriva de la encuesta de préstamos bancarios realizada por el Banco de España su justificación en las expectativas favorables respecto del empleo y la actividad general. Todo ello, si bien ha incidido favorablemente en un incremento de la calidad de vida y bienestar material, sin embargo también si entran en juego variables como el incremento de los tipos de interés, la precariedad en el empleo, enfermedad o separaciones matrimoniales que ponen de manifiesto lo que acertadamente se ha denominado *«la trampa de los dos ingresos» (the two income tramp)* (2) , pueden determinar situaciones en las que las obligaciones crediticias sean superiores a las rentas de que se dispone, constituyendo ello el origen de un importante problema de sobreendeudamiento y en su caso de insolvencia, determinado por distintos tipos de deudas (créditos hipotecarios, créditos al consumo, tarjetas de crédito...).

Es ésta precisamente la situación en la que parece nos encontramos inmersos en el momento actual en el que desde diversos ámbitos se destaca el creciente crecimiento del sobreendeudamiento del consumidor, aspecto éste sobre el que el gobernador del Banco de España ya alertó en su comparecencia ante la Comisión de Presupuestos del Congreso de los Diputados celebrada el 8 de octubre de 2002, en la que destacó que el elevado crecimiento del

recurso al crédito de las familias españolas las colocaba en situación de vulnerabilidad ante perturbaciones externas inesperadas.

Ello ha sido determinante particularmente a partir de mediados de 2007, en conexión con la crisis de las hipotecas «subprime» en EE.UU. de un *cambio en la política crediticia de las entidades de crédito españolas, endureciéndose entre otros aspectos las condiciones de acceso al crédito al consumo*, dada la incertidumbre sobre la actividad económica en general y los cambios de expectativas sobre la solvencia de los consumidores.

En este marco, se están incrementando además progresivamente las solicitudes de concurso de consumidores tradicionalmente escasas en nuestro Derecho, frente a lo que ha venido aconteciendo en otros ordenamientos de Derecho comparado como EE.UU., donde la tasa de solicitud de concursos de consumidores durante 2007 ha alcanzado el millón, sin que, sin embargo, en nuestro entorno se hayan alcanzado cifras ni remotamente paralelas a éstas (3) , aun cuando por primera vez el número de concursos de consumidores declarados en 2007 superó el millar, habiéndose incrementado en un 74% la solicitud de concursos en el primer trimestre de este año 2008, respecto del mismo período del año anterior (4) .

Es en este contexto en el que se reclama por las asociaciones de consumidores una específica regulación normativa del referido sobreendeudamiento de los consumidores, y una adecuada reglamentación de actividades en el mercado del crédito, así como de intermediarios financieros dedicados a la reunificación de deudas y aplazamientos de créditos, a cuyo recurso se acude frecuentemente en la práctica por el consumidor en situaciones de crisis económica como ésta que estamos padeciendo (5) .

Se invoca para ello el referido incremento de solicitudes de concurso de particulares (consumidores) en el último año y la compleja problemática, no solo económica, pues el sobreendeudamiento y la insolvencia de los consumidores pueden incidir negativamente en el nivel de la demanda interna, sino también social que conllevan estas situaciones, que potencialmente pueden colocar al consumidor al borde de la *exclusión social, dando lugar a una nueva clase de marginación social* (6) .

Se propugna así la introducción en España de mecanismos, paralelos a los existentes en otros ordenamientos de Derecho comparado, de exoneración del pasivo insatisfecho (*discharge*) que promuevan el principio del «fresh start» o la «second chance» de aquellos deudores de buena fe que por circunstancias sobrevenidas ajenas a su voluntad (enfermedad, separación, paro, elevación de tipos de interés...) no puedan hacer frente a sus obligaciones contraídas, evitándose así que dichos deudores vean truncada su vida por no poder encontrar una solución racional a sus problemas económicos.

Y es que es cierto que el art. 51 CE consagra constitucionalmente la protección de los consumidores imponiendo a los poderes públicos el mandato de garantizar su defensa protegiendo mediante procedimientos adecuados, entre otros, los legítimos intereses económicos de los consumidores, entre los que se sitúa la racionalización de sus problemas económicos con arreglo a criterios de justicia y equidad, y todo ello en el marco de las prestaciones del Estado social del bienestar.

No obstante, en este punto es necesario distinguir entre el denominado «*sobreendeudamiento activo*» que encuentra su causa en la asunción por el consumidor de deudas, de manera incontrolada, sin atención a su nivel de renta y posibilidades de pago, lo que conecta con el consumo irresponsable, y en el que de manera esencial inciden las agresivas campañas publicitarias, la inmediata disposición de dinero a través de tarjetas de créditos o políticas «blandas» de concesión de créditos al consumo. De otro lado, el «*sobreendeudamiento pasivo*» cuya causa se sitúa al margen de la voluntad y el comportamiento responsable del consumidor, en conexión con contingencias inesperadas que determinan una incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos (p. e.

enfermedad, accidente, muerte, separación...) o con contingencias que aun pudiendo ser previsibles sobrepasan las previsiones razonables (p. e. elevación de los tipos de interés en particular respecto de créditos hipotecarios...), incidiendo particularmente en el ámbito de ese sobreendeudamiento pasivo las distintas políticas desarrolladas en el ámbito Comunitario Europeo y norteamericano en el marco de un Estado social de bienestar (p. e. en materia de sanidad, desempleo...), lo que en gran medida será determinante del tratamiento normativo del tema.

Lo que sorprende es que en España, y dadas las referidas conexiones entre tratamiento de sobreendeudamiento del consumidor y prestaciones del Estado social del bienestar, el tema no haya sido objeto de debate en sede parlamentaria de forma paralela a lo que ha acontecido en ordenamientos como el norteamericano, en el que tradicionalmente ha sido objeto de debate público en el Congreso, y en particular en conexión con la elaboración y aprobación de la reciente *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act de 2005* (L N.º 109-8, 119, Stat 23) (7) , en cuyo marco se produjo una interesante contraposición pública entre los intereses del «lobby» de la industria del crédito al consumo y una comisión de prestigiosos concursualistas norteamericanos convocados por el gobierno federal, que desembocó en un análisis sobre el *reparto de responsabilidad en materia de sobreendeudamiento entre el consumidor y la industria del crédito, en el marco de un Estado social del bienestar*.

En efecto, el tema no fue objeto de particular debate en conexión con la tramitación parlamentaria de la Reforma Concursal española aprobada en 2003 ni más recientemente en el marco de crisis económica en el que nos encontramos (8) .

Ello aun cuando la opción de política legislativa desde la que se abordaron los problemas económicos del consumidor en la Ley Concursal 22/2003 (LA LEY 1181/2003), en el marco de la unidad subjetiva introducida, ha sido particularmente dura, en sus consecuencias prácticas para estos deudores, dado que el legislador ha tomado como modelo, no obstante la referida unificación, al deudor empresario y en particular con forma societaria, sin que se hayan contemplado las particularidades que conlleva el concurso del consumidor. En efecto, como se analizará a continuación, en la Ley Concursal española no se contienen normas particulares que prevean una tramitación simplificada del procedimiento, con abaratamiento de los costes temporales y económicos del concurso cuando el deudor sea un consumidor, ni mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, en sentido propio —al margen de la que impropia pueda conllevar el convenio en conexión con su eficacia novatoria o en relación a los efectos sobre la subsistencia del deudor en supuestos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes— que permitan al consumidor empezar de nuevo, subsistiendo la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)) en conexión con los plazos de prescripción de las obligaciones, que en ocasiones pueden ser de 30 años (art. 1963 CC (LA LEY 1/1889)). Pero eso no es todo, sino que de algún modo se «penaliza» el tratamiento en el concurso del deudor consumidor, en particular si es persona física. En efecto, como se analizará más adelante el consumidor queda excluido en principio de algunos de los más operativos incentivos positivos de acudir al concurso como sería la paralización de la ejecución de las garantías reales (art. 56 LC (LA LEY 1181/2003)), en tanto en cuanto se alcance un convenio con el plazo máximo de un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la liquidación, que solo opera respecto de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial, dentro de los que no resultaría incluida la vivienda habitual.

Probablemente y no obstante todo ello, a esta ausencia de debate parlamentario sobre el tema subyazga, de un lado, el tradicionalmente escaso número de solicitudes de concurso en España, y de otro una cierta coincidencia en la apreciación de que las prestaciones del Estado social del bienestar han sido tradicionalmente notablemente superiores en España (en materia de sanidad, educación...) a las existentes en otros países de nuestro entorno europeo y particularmente en el ámbito anglosajón y norteamericano, lo que en principio debería proporcionar

mayor capacidad de reacción al consumidor español frente a situaciones económicas adversas, frente a lo que acontece en otros modelos, y puede explicar de algún modo que no se hayan introducido, hasta el momento en nuestro Derecho, mecanismos de exoneración de responsabilidad por el pasivo insatisfecho (9) .

Lo que sucede es que estas premisas están cambiando actualmente y como se ha adelantado se eleva 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.

Ahora bien, cuando desde este ámbito y bajo estas premisas se reclama la necesidad de un texto normativo que regule el sobreendeudamiento del consumidor, en realidad lo que se está promoviendo es la regulación legal de la prevención de la insolvencia del deudor consumidor, pues ni el sobreendeudamiento activo ni el pasivo comportan en todo caso una situación de insolvencia. En efecto, si el deudor sigue cumpliendo sus obligaciones recurriendo por ejemplo al crédito hipotecario o sobre todo al consumo que proporciona fondos disponibles para pago de deudas anteriores, al menos a corto plazo, no se encontrará en situación de insolvencia, en los términos en que ésta se define en el art. 2 de la Ley Concursal (LA LEY 1181/2003); o bien se está reclamando implícitamente que se adelante el momento de apertura del concurso del consumidor, introduciendo un específico presupuesto objetivo de apertura en relación a éstos deudores, pretensiones ambas conscientemente eludidas por el legislador al acometer la reforma del Derecho Concursal español.

En efecto, la opción preventiva adoptada en conexión con la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio (LA LEY 1181/2003), se alejó del modelo francés que como se sabe desde 1967 se ha caracterizado por la regulación de la prevención de las crisis económicas a través de un Derecho de empresas en dificultad materializado en la Ley de 1984 y más recientemente en la Ley 2005/845 de 26 de julio sobre «Sauvegarde des entreprises dans difficulté» y de Mecanismos específicamente preventivos de las dificultades económicas de los consumidores, no regulándose en el modelo español el marco de composición amistosa de solución a la crisis (acuerdos extrajudiciales) que se mueven en el ámbito de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC (LA LEY 1/1889)) sin que se introduzca reglamentación legal alguna con el fin de propiciar su conclusión (10) .

Asimismo, tampoco se optó por modular el momento de la apertura del concurso de acreedores a través de la delimitación del presupuesto objetivo en función de la condición empresarial societaria o por el carácter del deudor como consumidor, frente a lo que acontece en modelos como el alemán configurado en la InSo, en el que junto a la insolvencia se contemplan presupuestos propios de apertura del procedimiento concursal del deudor societario a través del *uberschuldung* o desbalance contable, conteniéndose normas particulares para los consumidores en orden a la delimitación de dicho presupuesto objetivo (*verbraucherinsolvenzverfahren*). En este sentido, en la reforma española se optó por la unidad en este ámbito, situándose en todo caso el presupuesto de apertura del concurso en la insolvencia actual o inminente (art. 2 LC (LA LEY 1181/2003)) con independencia de la condición del deudor como persona jurídica o física, consumidor, empresario o profesional (11) .

Es en este marco de las opciones del Legislador en la Ley Concursal 22/2003 en el que realizaré una primera aproximación a la que constituiría a mi entender una problemática «importación» a nuestro Derecho del modelo preventivo francés de sobreendeudamiento de los consumidores, por otra parte de escasa operatividad preventiva frente al marco de instrumentos preventivos contenido en diversas normas sectoriales relacionadas con la publicidad, crédito al consumo, ventas a plazos y actividad bancaria y aseguradora, analizando los problemas que conlleva el concurso del consumidor en su actual regulación, y proponiendo, siguiendo el modelo alemán, la introducción de especialidades dentro del mantenimiento de la unidad con una especial referencia al análisis de los mecanismos implícitos e impropios de exoneración del pasivo insatisfecho contenidos en la Ley Concursal,

propugnando, en este marco, la regulación de mecanismos de «discharge» en sentido propio.

II. LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO: EL MODELO FRANCÉS Y LA FRACASADA PROPOSICIÓN DE LEY 122/000295

El ordenamiento jurídico comunitario carece hasta el momento de una normativa preventiva del sobreendeudamiento del consumidor o de tratamiento de aquellas situaciones en que el consumidor incurra en situación de insolvencia a causa de un previo sobreendeudamiento o por otra causa, estructurándose originariamente el tratamiento del tema en torno a la aplicación de la Directiva 87/102 CEE, de 22 de diciembre de 1986, del Consejo (LA LEY 2798/1986), relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de contratos de crédito al consumo (*DOL* 42, de 12 de febrero de 1987, págs. 48-53. Modificaciones a la Directiva, *DOL* L 61 de 10 de marzo de 1990 y *DOL* 101 de 1 de abril de 1998) (12) derogada en virtud de la Directiva 2008/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 (LA LEY 6793/2008), así como en los documentos relativos a la prestación de servicios financieros a los consumidores (13) .

No obstante la ausencia de armonización comunitaria sobre la materia, hay que destacar la resolución de 26 de noviembre de 2001, relativa al crédito y el sobreendeudamiento de los consumidores (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 364/2001 de 20 de diciembre de 2001), en la que se invita y proporcionan recomendaciones para que los Estados miembros regulen la evolución del sobreendeudamiento, introduciendo ciertas medidas preventivas, que en esencia se basan en: información de los deudores, responsabilidad de los proveedores de crédito, indemnizaciones y gastos en caso de incumplimiento de contratos y función de los intermediarios del crédito, aspectos todos ellos que se han incorporado a la nueva directiva sobre consumo que tendrá que ser objeto de transposición al ordenamiento jurídico español.

En este marco de ausencia de armonización comunitaria sobre la materia, los Estados miembros abordan el tratamiento de las dificultades económicas de los consumidores, regulándose tradicionalmente solo en Derecho francés, con carácter preventivo las situaciones de mero sobreendeudamiento a través de procedimientos específicos en el marco del Derecho del Consumo, con el fin de evitar su agravamiento en insolvencia, que analizaremos someramente a continuación con el fin de intentar precisar sus ventajas e inconvenientes con vistas a su posible «importación» al modelo español.

1. El modelo preventivo francés: la «comisión de surendettement des particuliers» y el «procédure de rétablissement personnel»

La prevención del sobreendeudamiento del consumidor en Derecho francés se aborda en el marco de la idea de la prevención que con carácter general y no solo respecto de los consumidores ha inspirado el Derecho francés desde las Leyes de 13 de junio de 1967 y 23 de septiembre de 1967, reguladora de la «suspension provisoire des poursuites» y que inicialmente se materializó en la Ley 84/148, de 1 de marzo, sobre «Prévention et Règlement Amiable des Entreprises dans Difficulté» y más recientemente en la Ley sobre «Sauvegarde des Entreprises dans difficulté», configurándose un completo y sistemático Derecho de empresas en dificultad muy influido en los últimos años por la idea norteamericana de la segunda oportunidad («second chance» o «fresh start») (14) .

Precisamente ese objetivo de facilitar a los deudores consumidores de buena fe una segunda oportunidad es la que ha inspirado el Derecho francés de las dificultades económicas de los consumidores, cuya finalidad básica no es tanto la satisfacción de los acreedores como se reconoce expresamente en el art. 1 de la Ley 85/1988 de 25 de enero, sobre «Redressement et Liquidation Judiciaires des Entreprises», cuanto *propiciar el restablecimiento económico y financiero del consumidor de buena fe, aun cuando para ello en ocasiones hayan de serle impuestas*

a los acreedores soluciones no acordadas convencionalmente.

El tratamiento del sobreendeudamiento del consumidor se articula en Derecho francés a través de dos piezas fundamentales reguladas en el marco del Derecho del Consumo y que operan escalonadamente, como de otro lado es habitual en el esquema preventivo francés: de un lado se regula, con finalidad esencialmente conservativa, un procedimiento ante la «Commission de surendettement des particuliers» (art. L 331-2 del Code de la Consommation, de 31 de diciembre de 1989, modificado el 8 de febrero de 1995 y 29 de julio de 1998 y, más recientemente por la Ley 2003/710, de 1 de agosto de 2003) que puede dar lugar en supuestos en que no consiga cumplir su finalidad a un «procédure de rétablissement personnel» de naturaleza liquidativa (arts.

L 332-5 a L 332-11 del Code de la Consommation francés) (15) .

Del procedimiento preventivo ante la «comisión de surendettement des particuliers» pueden beneficiarse las personas físicas respecto de deudas exigibles o pendientes de vencimiento no profesionales, incluidas las derivadas de la vida corriente (alquiler...) con inclusión de deudores cuyo pasivo esté constituido por un compromiso de garantía de deuda profesional ajena, pero con exclusión de las personas jurídicas, así como quienes no sean comerciantes, artesanos o agricultores (art. L 333-3) que resultarían sometidos a los procedimientos preventivos de «sauvegarde» regulados en la Ley 2005/845 de 26 de julio, que entró en vigor el 1 de enero de 2006, pudiendo los profesionales liberales o trabajadores autónomos acogerse al procedimiento siempre que el sobreendeudamiento no proceda de deudas profesionales (16) .

No obstante, hay una *condictio sine qua non* para poder beneficiarse del procedimiento que es la *buena fe del deudor*, no solo en el momento en el que se actuaron los hechos que dieron lugar al sobreendeudamiento, sino también en el momento de la solicitud y a lo largo de la tramitación del procedimiento, lo que se presume correspondiendo a los acreedores o a la comisión rectora del procedimiento la prueba de la mala fe. En este ámbito 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 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 éste en el que podría incidir el nivel intelectual y preparación universitaria del deudor (17) .

El procedimiento está fuertemente administrativizado, desarrollándose ante la «Comisión Departamental de Sobreendeudamiento de los particulares» (art. L 331-1) integrada por representantes del Estado, del Banco de Francia, del Fisco, de la Asociación de Establecimientos de Crédito y de asociaciones de consumidores sobre los que recae un deber de secreto y que actúa bajo supervisión y control del juez encargado de la ejecución de las medidas propuestas por la Comisión. La función fundamental de la referida Comisión es de mediación, persiguiendo acercar a las partes con el fin de elaborar un plan en principio acordado convencionalmente entre el deudor y sus principales acreedores (art. L 331-6) cuyo contenido puede incluir quitas y/o esperas, creación o sustitución de garantías, supresión de tasas de interés o incluso condonación de parte de la deuda («plan conventionnel de redressement»), pudiendo solicitar la Comisión al juez la suspensión provisional de las ejecuciones durante el plazo máximo de un año con el fin de que se pueda alcanzar dicho acuerdo. Ahora bien, si este plan convencionalmente acordado no se alcanza entre las partes, la Comisión podría, a solicitud del deudor, «recomendar» la adopción de algunas de las medidas contempladas en el art. L 331-7 (reducción de tipos de interés, aplazamiento de parte de las deudas que no podrá superar 10 años, reducción del importe de préstamos inmobiliarios si en ejecución forzosa o venta en orden a evitar dicha ejecución de la vivienda habitual no se extingue la totalidad del préstamo hipotecario, e incluso medidas excepcionales que pueden llegar a la cancelación de deudas incluidas las fiscales, si

la situación económica del deudor no permite hacer frente a las referidas medidas contempladas en el art. L 331-7). La adopción de estas medidas no necesitaría consentimiento de los acreedores afectados («plan recommandé de redressement») y podrían aplicarse teniendo en cuenta el grado de imprudencia o negligencia del acreedor al entablar una relación crediticia con el deudor, sobre la base del conocimiento que podría tener de la situación de insolvencia de éste, lo que se orienta en gran medida hacia la penalización en orden a los sacrificios a adoptar por los acreedores con el fin de superar la crisis económica, de aquellas entidades de crédito que concedieran crédito de manera irresponsable al deudor de buena fe y todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad de la banca por el denominado «soutien abusif» tipificado en el Derecho francés.

Es al juez a quien corresponde dar fuerza ejecutiva a la propuesta de la Comisión, lo que efectuará sobre la base de un mero control de legalidad y no de oportunidad si las partes no se oponen a ésta (art. L 332-1), debiendo en otro caso el juez resolver sobre esta oposición, siendo la misma susceptible de apelación (art. L 332-2).

Si los procedimientos de recuperación—ya sean convencionales o recomendados— resultan inviables por encontrarse el deudor en una «situación comprometida irremediablemente caracterizada por la imposibilidad manifiesta de poner en marcha las medidas de tratamiento propuestas en el marco de dicho plan», se podrá solicitar el procedimiento de «rétablissement personnel» introducido en el Code de Consommation francés en virtud de la Ley núm. 2003/710, de 1 de agosto de 2003. Se trata de un procedimiento que solo puede ser solicitado, de un lado, por el deudor si intentó sin éxito previamente un plan de recuperación convencional o recomendado o si, residualmente, hubieran transcurrido 9 meses desde la solicitud presentada ante la Comisión de Sobreendeudamiento y ésta no hubiera decidido sobre la resolución a esta situación, pudiendo la Comisión solicitar la resolución de un procedimiento de recuperación si considera que se dan los supuestos de apertura de un «procedure de rétablissement personnel». Se trata de un procedimiento también reservado a deudores de buena fe, pero que ya no persigue la superación de la situación de crisis económica por vías conservativas sino liquidativas, conllevando la suspensión de las ejecuciones en trámite («suspension des poursuites») y la necesidad de que los acreedores insinúen sus créditos en el plazo de dos meses, transcurridos los cuales los créditos que no se hayan insinuado resultarán extinguidos.

2. La proposición de Ley 122/000295, relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores

La «importación» del modelo de prevención francés de las dificultades económicas de los consumidores se persiguió en Derecho español a través de la proposición de Ley 122/000295, relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 30 de abril de 2003 (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie B, iniciativa B-336-1, de 9 de mayo de 2003) (18) .

En virtud de esta propuesta normativa, se perseguía introducir en Derecho español un sistema específico y prevalente de prevención y protección extrajudicial y judicial de los consumidores, regulando los convenios amistosos extrajudiciales, a través de un procedimiento que facilitara, conciliando los intereses de consumidores y acreedores, el pago ordenado de las deudas pendientes en determinados casos, permitiendo reconducir la situación personal y profesional del deudor, evitando situaciones de exclusión social.

La propuesta se estructuraba a través de tres Títulos: un primer Título en el que se recogían disposiciones generales relativas al concepto de consumidor y sobreendeudamiento sobrevenido a los efectos de aplicación de la Ley y se regulaban, con finalidad preventiva del sobreendeudamiento, determinados aspectos relativos a los créditos otorgados a los consumidores como es la publicidad de los contratos de crédito, la prohibición de efectuarlos fuera de los establecimientos comerciales, el contenido de la información requerida del consumidor del

crédito, tratamiento de datos personales y bases de datos y el derecho de retracción del consumidor en la aceptación del contrato de crédito. Asimismo, en el Título II se creaban las unidades de información de sobreendeudamiento, entre cuyas funciones se situaba informar y dar apoyo jurídico y técnico a los consumidores en materia de endeudamiento, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia, desarrollando de algún modo una labor de información y educación de los consumidores. De otro lado, se creaban los «Centros de Arbitraje de Sobreendeudamiento», cuyas funciones serían desempeñadas por las juntas arbitrales autonómicas, cuya función era la mediación entre el deudor y sus acreedores mediante la elaboración de un plan de saneamiento económico y la emisión, en su caso, del laudo correspondiente.

Las unidades de información, así como los centros de arbitraje, venían sometidos a deberes de información pública de las actividades realizadas.

Finalmente, el Título III regulaba el procedimiento de pago de deudas por el consumidor a través de dos procedimientos: de un lado, un procedimiento extrajudicial de mediación de pago de deudas en los centros de arbitraje de sobreendeudamiento, con la finalidad de alcanzar una solución convenida a la crisis entre deudor y acreedores, para lo cual la Junta Arbitral elaboraría un plan de saneamiento económico. Si fracasare este acuerdo extrajudicial se produciría una remisión al procedimiento establecido para el concurso de acreedores, habilitándose no obstante en este caso al juez del concurso para imponer una solución al pago de deudas, sobre la base del plan de saneamiento económico elaborado por la Junta Arbitral en el procedimiento de mediación extrajudicial, así como para imponer una propuesta judicial de pagos. En este marco, la DA 2.^a de la proposición de Ley instaba al Gobierno a presentar al Congreso de los Diputados un plan económico de actuación para la puesta en marcha del sistema de protección judicial y extrajudicial del consumidor y un programa específico de acuerdo con las Comunidades Autónomas, en colaboración con organizaciones de consumidores y usuarios para la puesta en marcha del sistema de prevención de sobreendeudamiento de los consumidores.

En definitiva, lo que se proponía sobre la base del modelo francés era una solución arbitral al sobreendeudamiento de los consumidores, a través de unidades de información y centros de arbitraje, resultando de aplicación supletoria a todo lo no previsto en la Ley, la legislación arbitral de consumo. Lo que sucedía era, de un lado, que la propuesta conllevaba un importante desembolso económico para la puesta en marcha del sistema y la necesidad de coordinación con comunidades autónomas a las que como se sabe les está transferida la competencia legislativa en materia de consumo, cuya utilidad podía no compensar dicho coste. En efecto, algunas de las medidas preventivas del sobreendeudamiento contempladas en la propuesta eran coincidentes con las entonces reguladas en otras normativas relativas al consumo, publicidad..., que resultan potenciadas, como analizaremos a continuación, en el nuevo Texto Refundido de la Ley 1/2007, de defensa de los consumidores y usuarios de 16 de noviembre, que como se sabe refunde, aun cuando no en su totalidad sí en gran medida, la protección al consumidor contenida en diversas normas legales (viajes combinados, contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, ordenación del comercio minorista, responsabilidad civil derivada de productos defectuosos). Todo ello resulta completado en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, y sobre todo en la Ley de crédito al consumo, dado que el recurso a la financiación constituye, como se ha adelantado, una de las causas más frecuentes del sobreendeudamiento y la insolvencia de los consumidores. En efecto, como se sabe, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LA LEY 1239/1995) quedó fuera, junto a la normativa sobre servicios financieros a distancia (Ley 22/2007, de 11 de julio (LA LEY 7569/2007), sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, transposición de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002), de la «refundición» normativa operada en la Ley general de defensa de consumidores y usuarios, habiendo de incrementarse los mecanismos

preventivos del sobreendeudamiento de consumidores contenidos en dicha ley, en virtud de la incorporación a nuestro Ordenamiento de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de crédito al consumo.

De otro lado, la anticipación en el tiempo de los procedimientos preventivos proyectados en relación al momento de apertura de un procedimiento concursal resultaba cuestionable desde el momento en que en la referida propuesta se definía el sobreendeudamiento sobrevenido como *«aquella situación en la que un consumidor de buena fe se ve en la imposibilidad actual y continuada de hacer frente al cumplimiento del conjunto de sus deudas no profesionales, vencidas o exigibles»*. Se producía así una práctica identidad conceptual entre el referido sobreendeudamiento y la insolvencia actual regulada en el art. 2.2 LC (LA LEY 1181/2003), resultando paradójicamente que un consumidor encontraría una mayor anticipación temporal en el momento de afrontar sus dificultades económicas en el concepto concursal de «insolvencia inminente», en el que basta la previsión de que el deudor no podrá cumplir sus obligaciones en un plazo que no se delimita legalmente, que en el sobreendeudamiento sobrevenido que se identificaba con una situación actual de incapacidad de atender al cumplimiento de deudas vencidas o exigibles, frente a lo que acontecía en el modelo francés, en el que el procedimiento desarrollado ante la «Comisión de Surendettement des Particuliers» se estructuraba en torno a deudas exigibles o pendientes de vencimiento.

A todo ello debe añadirse la consideración de los resultados prácticos a los que ha conducido en Francia el «Derecho de las dificultades económicas de los consumidores», que en ocasiones no ha constituido sino una antesala larga y costosa, que no ha hecho sino dilatar en el tiempo la declaración de un procedimiento concursal, habiéndose dificultado las condiciones de acceso al crédito de los consumidores, perdiendo flexibilidad el sistema financiero, con una elevación de los tipos de interés, efectos todos ellos que probablemente se potenciarían en una práctica concursal poco habituada en España a las políticas preventivas.

Puede sostenerse, por tanto, la escasa utilidad preventiva de la introducción de procedimientos como el analizado, resultando a mi entender más operativo situar dicha prevención, como acontece ahora, en el marco de áreas relacionadas con la publicidad, crédito al consumo, ventas a plazos, actividad judicial, bancaria y aseguradora. En efecto, la prevención incide en el ámbito de la información, de un lado, sobre la situación económica del deudor, en cuyo ámbito hay que destacar la función encomendada a los Registros de Solvencia, ya sean positivos, que ayudan a prevenir el sobreendeudamiento excesivo al ofrecer información no solo sobre incidentes de pago, sino también sobre el completo historial crediticio de deudores morosos y que en España gestiona el Banco de España, o Registros negativos gestionados por entidades privadas (Equifax, a cargo de la ASNEF, RAI...). En este ámbito, debe destacarse la creación del registro de información del crédito, por el que las entidades financieras intercambian información sobre la solvencia y morosidad de sus clientes (RD 602/2006, de 19 de mayo de 2006 (LA LEY 5324/2006), BOE núm. 129, de 31 de mayo de 2006). En todo caso, esta información con fines preventivos conectaría con la protección de la privacidad de las personas (art. 29 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LA LEY 4633/1999), BOE núm. 298, de 14 de diciembre) y podía determinar una eventual responsabilidad de aquellas entidades de crédito que concedan créditos o financiación a personas con alto riesgo de sobreendeudamiento, con arreglo a los datos de que se dispone en los registros positivos o negativos, aun cuando en Derecho español hasta el momento no es objeto de regulación la denominada «concesión abusiva de crédito por la banca», frente a lo que acontece en el modelo francés («Soutien abusif», art. L 650-1, condicionado a fraude, injerencia en la gestión del deudor o garantías desproporcionadas...) (19) .

De otro lado, la prevención conecta con la información pre-contractual que debe orientarse hacia la construcción de un mercado transparente del crédito que permita a los consumidores calcular su nivel de sobreendeudamiento

(Ley 34/1988 de 11 de noviembre, Ley general de publicidad (LA LEY 2065/1988); art. 17 Ley 7/1995 de 23 de marzo, de crédito al consumo (LA LEY 1239/1995), modificada por la Ley 39/2002 de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, así como por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (LA LEY 2013/2003); art. 13 Ley 28/1998 de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (LA LEY 2688/1998); art. 60 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre, de protección de consumidores y usuarios (LA LEY 11922/2007), y art. 97 (LA LEY 11922/2007) del mismo texto legal en relación a contratos celebrados a distancia...).

Asimismo, revisten una finalidad preventiva del sobreendeudamiento del consumidor, y por ende de su insolvencia, el reconocimiento legal de un plazo de reflexión al consumidor tras la conclusión del contrato durante el que libremente pueda optar por su resolución (art. 9 Ley de venta a plazos de bienes muebles) y sobre todo el reconocimiento de un derecho de desistimiento que el Texto Refundido de la LGDCU regula en los arts 68 a 79 art. 101 en relación a contratos celebrados a distancia, art. 110 respecto de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y art. 160 respecto de viajes combinados, que también recoge el art. 14 de la Directiva Comunitaria 2008/48 CE de crédito al consumo. Finalmente, constituirían también medidas orientadas a la prevención del sobreendeudamiento los mecanismos de demostración inicial de cierta solvencia (arts. 2.9 y 16 LVPBM de 17 de julio de 1965 recogían la obligación de un desembolso inicial en ventas a plazo de bienes muebles, posteriormente suprimida por la LVPBM de 13 de julio de 1998 que permite el aplazamiento y financiación del importe total del precio), y la concertación de garantías y aseguramientos que protejan a consumidores y prestamistas de posibles infortunios que afecten a la solvencia del deudor (seguros de insolvencia, de amortización de préstamo hipotecario...) (20) , o finalmente la limitación voluntaria o impuesta de la capacidad de crédito de los consumidores.

III. EL TRATAMIENTO CONCURSAL DE LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR EN EL MARCO DE LA UNIFICACIÓN SUBJETIVA INTRODUCIDA POR LA LEY 22/2003

En aquellos supuestos en que las descritas medidas no desplieguen su pretendida eficacia preventiva, y al margen de posibles «medidas curativas» del sobreendeudamiento del consumidor (p. e. renegociación de deuda, o reorganización judicial de deuda en relación con la que resultaría de relevante utilidad la posible utilización del art. 1154 CC (LA LEY 1/1889); art. 9.3 L 28/1998 de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles), el sobreendeudamiento desemboque en insolvencia, se producirá la eventual declaración en concurso de acreedores del consumidor, posible en virtud de la unificación subjetiva introducida por la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, en el ámbito del tratamiento de las crisis económicas, que ha constituido, como se sabe, una de las grandes novedades de la reforma concursal española.

Se supera así con la reforma introducida, sobre la base de los modelos anglosajones, el tradicional tratamiento diferenciado de las crisis económicas en función de la condición empresarial del deudor, tradicional de otro lado en el bloque jurídico latino, frente a la opción presente en otras reformas como la Italiana, en la que siguen reservándose los procedimientos concursales a deudores en los que concurra la condición empresarial (Decreto legislativo n.º 5/2006).

En efecto, en el Derecho español, la reforma introducida por la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio introduce un principio de unidad subjetiva, en el marco más amplio de la **unidad legal** (un solo texto regula los aspectos sustantivos y procesales del concurso) y procedimental (introducción del concurso de acreedores como único procedimiento concursal que unifica las anteriores quiebra y suspensión de pagos mercantiles y el concurso de acreedores y la quita y la espera civiles), así como **objetiva** (un solo presupuesto objetivo de apertura con

independencia de la condición del deudor persona física o jurídica y la solución definitiva o conservativa del concurso). Sobre la base de dicha unidad subjetiva, todo deudor ya sea persona física o jurídica puede quedar sometido al concurso, siendo solo presupuesto de dicho sometimiento la concurrencia de personalidad jurídica en el deudor (art. 1.1 LC (LA LEY 1181/2003)) (21) . Resultará por tanto sometido al concurso de acreedores el consumidor persona física o jurídica, dado que en nuestro ordenamiento el art. 1 de la Ley 26/1984 y más recientemente el art. 3 del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios aprobada por RDL 1/2007 de 16 de noviembre (LA LEY 11922/2007), frente a lo que acontece en el ámbito comunitario, admite esa doble posibilidad, siempre que «se actúe en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial», extensión ésta del concepto de consumidor a personas jurídicas que no obstante ha sido cuestionado por la doctrina especializada en la materia (22) .

No obstante, en la reforma española frente a lo que acontece en reformas como la alemana o portuguesa, la unidad se identifica con la uniformidad y no se prevén normas particulares en función de la distinta tipología del deudor y en particular no se prevén normas especiales en relación a supuestos en que el deudor sea consumidor. Es más, en el marco de la unidad subjetiva de la que se parte, el legislador toma como modelo de deudor al empresario con especial atención a la persona jurídica y no tanto a la persona física, ámbito en el que es predicable «naturalmente» la condición de consumidor. En este sentido, se regulan con detalle aspectos como los efectos de la declaración del concurso respecto del deudor persona jurídica (art. 48 LC (LA LEY 1181/2003)) y no así respecto de los deudores personas físicas y en particular consumidores, los cuales, en ocasiones resultan implícitamente excluidos de algunos de los efectos «beneficiosos» del concurso (p. e. paralización de ejecuciones de garantías reales respecto de la vivienda habitual) siendo escasos los «incentivos» introducidos para propiciar su declaración, al no contemplarse, frente a lo que acontece en otros ordenamientos de Derecho comparado, mecanismo alguno de exoneración del pasivo insatisfecho tras la liquidación, más allá del impropio efecto exoneratorio del pasivo insatisfecho derivado de la pretendida eficacia novatoria del convenio o de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes en relación al deudor persona jurídica.

1. Las especialidades implícitas del concurso de los consumidores: incentivos y desincentivos para la solicitud del concurso

No obstante la inexistencia en el modelo español de procedimientos especiales autónomos o en el marco del concurso de acreedores, por razón de la condición del deudor como consumidor de la que partimos, se pueden diferenciar especialidades en la tramitación del concurso de acreedores, así como en relación a sus efectos sobre la posición deudora u acreedora de los consumidores.

En los arts. 190-191 LC (LA LEY 1181/2003) se regula el denominado «procedimiento abreviado» o con más propiedad una «tramitación abreviada del concurso de acreedores», que si bien en principio podría adaptarse a alguna de las particularidades del concurso de los consumidores dado el ahorro de costes temporales y simplificación orgánica que conlleva, puede suscitar dudas sobre la aplicabilidad al deudor no empresario y en particular al consumidor. En efecto, en el art. 190.1 LC (LA LEY 1181/2003) se delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la tramitación abreviada del procedimiento, sobre la base de la concurrencia cumulativa de un requisito relativo a la cuantía del pasivo del concurso (no supere 1.000.000 de euros) y a la condición del deudor como «*persona natural o jurídica que conforme a la legislación mercantil esté autorizada a presentar balance abreviado*», suscitándose si esta segunda exigencia de estar autorizado a presentar balance abreviado se refiere solo a la persona jurídica, de modo que en todo caso la persona física podría quedar sometida a la tramitación abreviada del concurso o si dicha exigencia debe extenderse también a la persona natural en el sentido de física, de modo que solo cuando la legislación mercantil le autorice a presentar balance abreviado, podría quedar sometido

al ámbito de los arts. 190-191 LC (LA LEY 1181/2003). No obstante y aun inclinando la interpretación del art. 190.1 LC (LA LEY 1181/2003) hacia la exclusiva exigencia del balance abreviado respecto del deudor persona jurídica, lo cierto es que con la tramitación abreviada del procedimiento no se están introduciendo unas normas especiales exclusivamente referidas al consumidor al modo del modelo alemán (*Verbraucherinsolvenzverfahren*, arts. 304 y ss. InSo) (23) . En efecto, a dicha tramitación puede tener acceso no exclusivamente el consumidor, sino además las personas físicas en general sean o no consumidores y aquellos empresarios que por estar autorizados a llevar balance abreviado revistan reducidas dimensiones, no contemplándose además un «procédure simplifiée» al modo francés pues no se reduce en sus fases el procedimiento, sino tan solo en la duración de sus plazos y en la composición de la administración concursal, que puede revestir estructura unipersonal frente a la estructura colegiada que constituye regla general (abogado, economista o auditor o titulado mercantil y acreedor) (24) .

Al margen de todo ello y aun cuando no se contemple formalmente una tramitación procedimental especial en relación al concurso del consumidor, a lo largo del articulado de la Ley Concursal se contemplan algunas normas especiales, que en materia de declaración, publicidad y efectos de la declaración y conclusión del concurso, solo son aplicables a los deudores personas naturales y por ende al consumidor persona natural. En este sentido, cabe citar las normas relativas al emplazamiento del deudor (art. 184.7 inciso 2.º LC (LA LEY 1181/2003)) a la publicidad registral de la declaración del concurso (art. 24.1 LC (LA LEY 1181/2003)), fallecimiento del concursado (art. 182 LC (LA LEY 1181/2003)), derecho a alimentos (art. 47 (LA LEY 1181/2003) y 84.2.4.º LC (LA LEY 1181/2003)), personas relacionadas con el deudor (art. 93.1 (LA LEY 1181/2003) y 92.5.º LC (LA LEY 1181/2003)), efectos de la apertura de liquidación (art. 145.2 LC (LA LEY 1181/2003)), de la conclusión (art. 178.2 LC (LA LEY 1181/2003)) o la reapertura del concurso (art. 179.1 LC (LA LEY 1181/2003)). Todo ello debe completarse además con aquellos preceptos que contemplan el supuesto en que el deudor persona natural esté casada, en los que normas especiales disciplinan el contenido de la memoria que debe acompañar el propio deudor con su solicitud de concurso o adjuntar en supuestos de concurso necesario, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto de declaración del concurso de acreedores (art. 6.2.2.º II en conexión con el art. 21.1.3.º LC (LA LEY 1181/2003)). Asimismo en otras normas se regulan los bienes conyugales (arts. 77 y 78 (LA LEY 1181/2003)), los créditos contra el cónyuge del concursado (art. 84.1 inciso 2.º (LA LEY 1181/2003)), la formación del inventario (art. 782.1 inciso 2.º), o el derecho del cónyuge del concursado a solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (art. 77.2, inciso 2.º (LA LEY 1181/2003)) (25) .

No obstante estas normas especiales, no constituyen auténticos incentivos de la solicitud del concurso de los consumidores, dado el desincentivo que representa que algunos de los más beneficiosos efectos derivados de la solicitud del concurso se limiten exclusivamente al deudor empresario o profesional, con exclusión del consumidor, como las relativas entre otras a la continuación de la actividad empresarial o profesional durante el concurso (art. 44 LC (LA LEY 1181/2003)) así como al contenido del convenio concursal con tramitación ordinaria en lo relativo a las excepciones a las limitaciones temporales y cuantitativas a su contenido de quita y/o espera (art. 100.1 párrafo 2.º LC (LA LEY 1181/2003)), contempladas solo y exclusivamente en relación al concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, excluyéndose por tanto de este ámbito el concurso de los consumidores, en cuyo ámbito alcanzar un convenio resulta esencial a la finalidad perseguida con el concurso o en conexión con su posible contenido reorganizativo conectando con un plan de viabilidad, cuando se prevea para atender al cumplimiento del convenio contar con los recursos que genere la continuación total o parcial en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial (art. 100.5 LC (LA LEY 1181/2003)). En este marco hay que resaltar además la previsión contenida en la Ley Concursal de limitar algunos efectos derivados de la

declaración del concurso al deudor empresario y en particular, el relativo a la paralización de las acciones ejecutivas individuales dotadas de garantía real (art. 56 LC (LA LEY 1181/2003)), hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación, solo si recaen sobre «bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad», con lo que quedaría excluido el deudor consumidor de uno de los más importantes beneficios derivados de la declaración del concurso de acreedores que incentiva su solicitud. En este sentido, el deudor con su solicitud de concurso no conseguiría paralizar el crédito hipotecario sobre su vivienda habitual al no encontrarse «afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad». Por tanto, el acreedor con garantía real sobre bienes del consumidor, que por derivación del propio concepto de consumidor no estarán afectos a una actividad profesional o empresarial, o a una unidad productiva de su titularidad, podrán iniciar la ejecución ante el juez del concurso por cualquiera de los cauces legalmente previstos.

En este ámbito, además, hay que resaltar que en los concursos de consumidores lo esencial será poder alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores sobre los modos de arreglo del pasivo mediante un convenio, a lo que obstaría la circunstancia de que en este tipo de concursos los principales acreedores serán precisamente los hipotecarios que pueden sobre la base del art. 134.2 de la LC (LA LEY 1181/2003), dada su clasificación como créditos privilegiados, no resultar vinculados al contenido del convenio en supuestos en que no hubieran votado a favor de la propuesta, sin que esta posibilidad se module en supuestos de concursos de consumidores.

Asimismo, tampoco ha sido objeto de regulación en la Ley Concursal la posición crediticia de los consumidores en el concurso, planteándose como cuestión esencial particularmente en conexión con los recientes macroconcursos declarados en relación a FORUM y AFINSA, la *legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para instar un concurso en defensa de los derechos e intereses de su afiliados o asociados en su condición de acreedores del concurso*, e incluso eventualmente con posterioridad para iniciar un incidente de recusación contra uno de los miembros de la administración concursal de la entidad concursada.

Dicha legitimación se fundamentaría en el art. 11 de la LEC en relación con el art. 24.2 (LA LEY 11922/2007) del Texto Refundido de la Ley 1/2007 de 16 de noviembre para la defensa de los consumidores y usuarios, LGDCU, que atribuyen a dichas asociaciones legitimación para la defensa de intereses difusos, resultando por tanto legitimadas dichas asociaciones para defender en juicio los intereses de sus afiliados, no solo en sede de declaración del concurso sino también a lo largo del procedimiento, por ejemplo, para iniciar un incidente de recusación de un miembro de la administración concursal, sobre la base del art. 33 Ley 22/2003 (LA LEY 1181/2003), que conecta dicha legitimación a la correspondiente para solicitar el concurso (26). No obstante en este ámbito el referido art. 24.2 de la LGDCU (LA LEY 11922/2007) introduce como novedad, como condición de representatividad civil que permita a las asociaciones litigar civilmente por sustitución, hallarse representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios.

En otras ocasiones sí resulta en la Ley Concursal contemplada la posición de los consumidores como acreedores pero «penalizando» de nuevo a la persona física en general y en particular al consumidor, como acontece en relación a la enumeración en el art. 93 de la LC (LA LEY 1181/2003) de personas relacionadas con el deudor persona física, a efectos de su subordinación como acreedores, que se produce automáticamente por razón de proximidad con el deudor, frente a lo que acontece respecto del deudor persona jurídica, en relación al cual se establecen límites cuantitativos de participación en el deudor concursado para ser considerado relacionado con el deudor y por tanto subordinado (porcentajes del 15% y del 10%, art. 93.2.1.º LC (LA LEY 1181/2003)).

Pero eso no es todo, porque además en la Ley Concursal española no se regulan mecanismos exoneratorios del

pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso que liberen al deudor de buena fe, frente a lo que acontece en otros modelos de Derecho comparado, como se analizará a continuación.

2. La inexistencia en el modelo español de mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso

2.1. La «discharge» en el marco concursal europeo y norteamericano

En la generalidad de Ordenamientos europeos se introducen en las últimas Reformas Concursales acometidas específicos mecanismos de exención del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso. Nos referimos a la «discharge» tradicionalmente anglosajona, que posteriormente se ha incorporado a la generalidad de Ordenamientos europeos a través de recientes Reformas (Alemania, Italia y Portugal), que la guía legislativa sobre régimen de insolvencia de Uncitral de 25 de junio de 2004 recomienda incorporar a las distintas legislaciones (Capítulo VI.A. Exoneración) *como un medio de incentivar las solicitudes de procedimientos concursales, al menos, voluntarios y favorecer la recuperación patrimonial del deudor una vez concluido el procedimiento*. Y 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 al incorporar a través de la derogación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)) la filosofía genuinamente norteamericana de la segunda oportunidad («second chance») en orden al inicio de nuevas actividades, conectando todo ello con lo que se denomina «fresh start policy» («discharge from remaining debts»). Ello particularmente se suscita, no tanto respecto de deudores personas jurídicas, pues en general las legislaciones y, como se analizará, también la española, prevén la extinción de estas personas tras la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, lo que, aun cuando constituya una conclusión temporal sometida en algunas legislaciones a reapertura en supuestos de activo sobrevenido, conlleva una implícita extinción del pasivo insatisfecho por desaparición del deudor. Ello sin embargo, no acontece respecto al deudor persona física que previsiblemente tras la conclusión del procedimiento reanudará su actividad lo que le deparará nuevos ingresos y la necesidad de no arrastrar «rémoras del pasado» con el fin de propiciar el referido «fresh start», particularmente dado que sobre la base del principio general de responsabilidad universal (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)) el deudor seguiría respondiendo de las deudas insatisfechas tras la conclusión del concurso con sometimiento a los plazos de prescripción de las obligaciones.

Se persigue así conciliar los intereses de deudor y acreedores, que en principio aparecen contrapuestos en todo procedimiento concursal, en el que se pone de manifiesto de un lado el interés de los acreedores de recuperar y satisfacer en la medida de lo posible la totalidad o el mayor porcentaje del importe de su crédito y de otro el del deudor de solucionar su crisis económica, no permaneciendo «sine die» vinculado a la satisfacción de un pasivo que, por razones no imputables a él, no pudo en un momento dado satisfacer plenamente. No obstante, hay que destacar que la «discharge» constituye un mecanismo que no solo beneficia al deudor, sino también indirectamente a los acreedores y al tráfico en general. En efecto, la «discharge», constituye un poderoso incentivo para la solicitud temprana de concursos en particular voluntarios, en supuestos en que dicha solicitud no constituye un deber, sino una facultad, beneficiando esta solicitud temprana a los acreedores que previsiblemente podrán disponer de mayor patrimonio sobre el que satisfacer sus derechos de crédito. Es cierto, no obstante, como se analizará más adelante, en relación al modelo español, que también puede constituir *un incentivo para que los deudores no moderen su conducta financiera, a la vista de la posibilidad de exoneración en el marco de un eventual procedimiento concursal, lo que no obstante y a la vez podría fomentar una responsable política de concesión de créditos al consumo*, ante la perspectiva de que parte de este crédito puede no recuperarse en conexión con un procedimiento concursal (27) . Es por ello por lo que la «discharge» en modo alguno constituye un

derecho del deudor concursado, sino antes bien 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 hayamos 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 que finalmente desembocó en insolvencia, a los efectos de lo cual resultará relevante la mencionada distinción entre sobreendeudamiento activo y pasivo.

Se sitúa así en este merecimiento del deudor que condiciona la concesión de la «discharge» el elemento modulador de la composición de interés de deudor y acreedores en virtud del cual, se premia al deudor merecedor y se protege el tráfico frente a los deudores que administran sus asuntos financieros de manera temeraria o deshonesto. Al respecto, se suscita si entre los condicionamientos de la discharge debería situarse la condición empresarial del deudor pues si bien la «fresh start policy» resulta plenamente justificada cuando se trata de reanudar una actividad profesional o empresarial, sin embargo puede resultar algo más cuestionable cuando se trate de deudores consumidores. Es por ello por lo que en modelos como el italiano, partiendo todavía y no obstante la última reforma acometida en este Derecho de la dicotomía en el tratamiento de las crisis económicas en función de la condición empresarial del deudor, se limita el beneficio de la exención del pasivo insatisfecho tras la conclusión del procedimiento a los deudores personas físicas, empresarios no pequeños, con exclusión por tanto de los consumidores (Nuevo Capítulo IX introducido en la Legge Fallimentare, introducido por el DLeg. n.º 5 de 2006, con el título «Esdebitazione», arts. 142-144). Ello no acontece sin embargo en otros modelos, como el norteamericano, en los que la exoneración del pasivo se extiende a todo deudor sea o no empresario, lo que en gran medida encuentra su justificación en las *prestaciones del estado social y, en este sentido, cuanto menores son estas prestaciones mayores son los mecanismos exoneratorios.*

Y es que en modo alguno debe entenderse que la «discharge» o exoneración del pasivo subsistente tras la conclusión del concurso sea 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 ni en relación a deudores empresarios, ni consumidores (28) .

En este contexto de conciliación entre los intereses del deudor y sus acreedores en el marco de un procedimiento concursal, se advierten no obstante distintos modelos en el marco comparado que determinan distintos grados de protección de deudor y acreedores. En este sentido, se pueden distinguir modelos en los que estos *condicionamientos exclusivamente son previos a la concesión de la exoneración (modelo norteamericano y francés) y otros en los que al cumplimiento de requisitos previos se añaden otros posteriores que tras la conclusión del procedimiento gradúan progresivamente la exoneración, garantizando a los acreedores un porcentaje mínimo de satisfacción, con el fin de evitar los denominados planes cero (modelo alemán).*

El modelo originario es el configurado en el Derecho norteamericano, en el que desde hace ya algún tiempo los arts. 7 y 13 del Bankruptcy Code de 1978, recientemente modificados por la «Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act» de abril de 2005, regulan un procedimiento liquidatorio (*liquidation proceeding*), al final del cual el deudor persona física queda liberado de las deudas insatisfechas, siempre que no concurren en él alguna de las causas legales para su denegación (ocultación de bienes, datos y documentación contable o beneficio de otra liberación de deudas en los seis años anteriores (chapter 7, subchapter II, section 727), regulando además el art. 13 del Bankruptcy Code como alternativa al «liquidation proceeding» un procedimiento de ajuste de deudas reservado a personas naturales con ingresos regulares y cuyo pasivo no supere los límites legalmente establecidos

(adjustment of debts of an individual with regular income) (29) .

No obstante, hay que resaltar que la «*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*» de 2005 ha endurecido las condiciones de acceso a la «*discharge*» en previsión de posibles abusos del consumidor, ante el notable incremento de solicitudes de concurso de consumidores, poniendo el acento en el sobreendeudamiento activo. Ello ha sido considerado por un relevante sector de la doctrina Norteamericana, injustificado pues conlleva un duro juicio moral al consumidor, lo que no constituiría sino un intento de distraer la atención del problema fundamental situado no tanto en el sobreendeudamiento activo, cuanto en el pasivo y la insuficiente política social existente actualmente en norteamérica (30) . El cambio más significativo de la nueva Ley radica en el establecimiento de nuevos requisitos (test de recursos) para poder instar el procedimiento previsto en el chapter 7 del Bankruptcy Code. En este sentido, se introduce una presunción en contra del deudor (presunción de abuso en la solicitud del concurso) si la renta neta del deudor supera una cierta cantidad (766 dólares al mes de renta disponible o 100 dólares al mes), que perjudica claramente a los deudores consumidores con una renta superior a la media, introduciéndose además medidas restrictivas en el modo en que se calcula la renta disponible a efectos de hacer operar la presunción (31) .

Asimismo, se introducen medidas restrictivas en relación a las disposiciones sobre «bienes exentos» (section 522 q) endureciéndose la información que el deudor debe presentar ante el Tribunal al solicitar el concurso (section 521.e.2A.i) (presentación de declaración de renta). No obstante, en este marco de endurecimiento en el Derecho norteamericano de las condiciones de acceso a la «*discharge*» que constituye uno de los principales incentivos para el consumidor de su solicitud, al menos dos aspectos de los que se han innovado podrían beneficiarles: de un lado, el incremento de las disposiciones legales relativas a la posible reactivación de créditos insatisfechos, introduciéndose una presunción de «*undue hardship*» cuando la renta disponible del deudor no le permita hacer frente a los pagos de la deuda reactivada sin que ello conlleve un déficit [11USC par 524 (m) (2005)]. De otro lado, la exigencia de un «asesoramiento crediticio» al que debe someterse el deudor dentro de los 180 días precedentes a la fecha de solicitud de un procedimiento concursal [11USC par 109 (h): 521 (b): 727 (a) (*11)], cuya introducción responde a la idea de que la educación financiera y los posibles pagos voluntarios alternativos, serían beneficiosos para el consumidor, incentivándose además a los acreedores a negociar. En este sentido, se autoriza al Tribunal a reducir el crédito del acreedor hasta un 20% si rechazó determinadas ofertas de pago hechas por el deudor dentro de los 60 días anteriores a la solicitud del concurso en la que se ofreciera el pago de al menos un 60% de la deuda (32) . Todo ello puede redundar en beneficio del consumidor pero también podría «burocratizar» los procedimientos concursales y elevar los gastos conectados a su solicitud (33) .

La «*discharge*» norteamericana, en su originaria concepción más proclive a favorecer los intereses del deudor que la resultante de los últimos cambios normativos introducidos en esta materia, ha sido posteriormente seguida en otros modelos europeos, entre otros el francés, que además de introducir en 1989 un procedimiento específico de regulación del sobreendeudamiento del consumidor al que ya se ha hecho referencia, contempla la condonación de las deudas insatisfechas, condicionada al cumplimiento de requisitos que han de concurrir en el deudor con carácter simultáneo a su solicitud, en el art. 169 de la Ley 85/1998 de 25 de enero sobre «*Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*» (incorporado al art. L 622/32 Code du Commerce de 2000, art. L 643-11 a partir de la reforma 2005/845 de 26 de julio de 2005 sobre «*Sauvergarde*» de empresas) (34) .

Asimismo en el modelo alemán se contempla con algunas diferencias respecto del modelo norteamericano la denominada «*Restschuldbefreiung*» (arts. 286 y ss. InSo), que constituye un mecanismo de condonación de toda persona física o natural no comerciantes sometido no solo al cumplimiento de condicionantes previos o simultáneos a su solicitud (sino también posteriores), a través de los cuales concluido el procedimiento concursal sin que se

haya obtenido la satisfacción íntegra de los acreedores, el deudor cede la parte embargable de sus ingresos a un fiduciario («freuhänder») para que éste vaya asumiendo la satisfacción de los acreedores y si tras un período entre 5 y 6 años el deudor hubiera observado un buen comportamiento en el sentido de intentar satisfacer sus deudas sin haberlo conseguido, el juez dictará auto de liberación o condonación de la deuda restante (35) .

Se trata por tanto en el modelo alemán de conciliar la liberación del deudor con un porcentaje mínimo de satisfacción de los acreedores con el fin de evitar los denominados «planes cero»? (36) («null-pläne»).

Se propicia así durante el llamado período de cesión de renta o de buena conducta («Wohilverhaltenperiode»), a través de la cesión de la renta disponible a un fiduciario y con la perspectiva de que el cumplimiento de las obligaciones establecidas conllevará transcurridos los 6 años legalmente previstos, la extinción del pasivo restante insatisfecho, el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones y la realización de actos que persigan la no obtención de recursos, con el fin de no percibir activo sobrevenido. En este sentido, a partir del 4.º año desde la conclusión del concurso, incluso se le permite aumentar progresivamente el porcentaje de renta no susceptible de embargo, lo que de nuevo incentivaría la recepción y declaración de rentas pues la cesión ya no se haría solo en interés de los acreedores sino también en interés propio (37) .

Contrasta así la *flexibilidad de los modelos anglosajones endurecida en el Derecho norteamericano en la última reforma, en los que para la concesión de la exoneración es suficiente el cumplimiento de requisitos anteriores a la declaración, con el modelo alemán seguido, como se analizará a continuación en el portugués, en el que con el fin de repartir los costes de la «exoneración» entre deudor y acreedor, distingue dos estadios; uno en el que el deudor se muestra merecedor de la exoneración, porque cumple los requisitos subjetivos a los que se condiciona y otro en el que tras la comprobación de que concluida la liquidación, resulta pasivo insatisfecho, se le ofrece al deudor, frente a la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911CC (LA LEY 1/1889)) sometida a los plazos de prescripción, la posibilidad de «hacer méritos» cediendo parte de su renta, durante unos años, en los que progresivamente se va reduciendo el objeto de la cesión en beneficio del deudor, siendo la exoneración total al transcurrir dicho período. Con ello el deudor queda liberado y puede volver a empezar en una segunda oportunidad («fresh start») y los acreedores no se ven sometidos a los planes cero, garantizándose así a los acreedores no solo un grado mínimo de satisfacción, sino que además se incentiva al deudor a trabajar pues parte de esa renta redundará en su beneficio a medida que transcurre el plazo de cesión.*

Este modelo ha sido seguido en la última reforma portuguesa introducida en el «Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas» aprobado por Decreto-Ley n.º 531/2004 de 18 de marzo en el que se introduce en los arts. 235 y ss. del Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (DL 53/2004 de 18 de marzo modificado por DL n.º 200/2004 de 18 de agosto) el denominado «procedimiento de exoneración» a través del cual se contempla respecto de deudores personas naturales de buena fe, en el sentido de no encontrarse inmersas en algunas de las circunstancias contempladas en el 238 y con independencia de su condición empresarial, la exoneración o condonación de aquellos créditos que no hayan sido íntegramente satisfechos en el marco de un procedimiento de insolvencia o en los cinco años siguientes al momento de su conclusión (38) .

Del análisis de los requisitos exigidos con carácter previo a la concesión de la exoneración en el marco europeo y norteamericano se deriva que la operatividad de la exención se condiciona a que el deudor:

- No haya sido condenado por sentencia firme o delito de insolvencia punible o contra la economía (art. 290.1.1.º InSo; 238.1.f Código da Insolvência; 142.6 Legge Fallimentare italiana; L 643.11.III Code du commerce francés).
- No se haya beneficiado o le haya sido denegada una exoneración en los 10 años anteriores al

inicio del actual procedimiento (art. 290.1.3.º InSo; 238.1.C Código da Insolvência; 142.4 L. Fall. italiana; art. L 643.11.III.3.º Code du commerce francés) rebaja a 5 años el límite temporal.

— No haya incumplido el deudor su deber de solicitar el concurso (art. 238.1.C Código da Insolvência; 290.1.3.º InSo).

— No realización por el deudor de conductas que hayan ocasionado o agravado el estado de insolvencia (art. 290.1.2.º InSo; 238.1.b Código da Insolvência, 145.5 Legge Fallimentare italiana habla del recurso abusivo al crédito; L 643-II.IV Code du Commerce).

— Manifestaciones de pasivo inexistentes (art. 142.5 L. Fall.).

— Incumplimiento con dolo o culpa grave de los deberes de información, y colaboración que recaen sobre el deudor durante la tramitación del procedimiento (art. 290.1.5.º InSo; 142.1 L. Fall.; L 238.1 Código da Insolvência).

Asimismo, hay una serie de créditos que quedan en las distintas legislaciones excluidos de la exoneración como son:

— Créditos por alimentos (art. 245.2.a Código portugués; 142 L. Fall.; L 643-II.I Code du Commerce); indemnizaciones u obligaciones derivadas de actos dolosos ilícitos extracontractuales (302.1 InSo y 142 L. Fall); créditos tributarios (245. 2 Código da Insolvência); créditos por multas, intereses u otras sanciones pecuniarias penales y administrativas (302.2 InSo; 245.2.c Código da Insolvência; 142 L. Fall.; 643.II.I.1.º Code du Commerce).

Frente a los descritos modelos de Derecho comparado en los que se opta por introducir y regular específicos mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, en la reforma concursal española a través de la Ley 22/2003, no se introdujeron, como se ha adelantado, mecanismos de estas características. Ello resulta coherente con el régimen de responsabilidad patrimonial universal, art. 1911 CC (LA LEY 1/1889), conforme al cual, «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», así como con el régimen derivado de los arts. 1156 (LA LEY 1/1889) y 1157 del mismo texto legal (LA LEY 1/1889), conforme a los cuales la extinción de las obligaciones solo se produce por el pago total o cumplimiento de la prestación.

Esta opción probablemente encuentre su justificación en la desconfianza implícita del legislador español sobre el «uso y abuso» que en la práctica se pudiera hacer de este mecanismo de condonación de deudas particularmente por «malos pagadores» a la vista de las perversiones generadas en el sistema durante la vigencia del ya histórico Derecho Concursal español (39) . En efecto, la «discharge» concede una «segunda oportunidad» al deudor al permitirle volver a comenzar desde cero su actividad, pero a la vez puede de algún modo, favorecer la utilización por el deudor de la solicitud de su propio concurso particularmente cuando dicha solicitud constituya una facultad (insolvencia inminente, art. 2.3 LC (LA LEY 1181/2003)) y no un deber (insolvencia actual, art. 2.2 LC (LA LEY 1181/2003)), lesionando de algún modo los derechos de crédito de los acreedores, fomentando, de otro lado, ante la expectativa de la exoneración del pasivo subsistente, conductas financieras irresponsables por parte del deudor. Es precisamente la actualización de este riesgo lo que ha determinado, como se ha adelantado, el endurecimiento en la «Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act» norteamericana de las condiciones de acceso a la «discharge», orientándose en este mismo sentido la proyectada reforma alemana del «verbraucherinsolvenzverfahren» o procedimiento de insolvencia de los consumidores (parágrafos 304 a 314 InSo) que se acompaña de la condonación del pasivo insatisfecho «Retschulddbefreiung» (parágrafos 286 A 303 InSo)

(40) .

Es éste un riesgo que hay que minimizar al máximo, pues en virtud de la «discharge» los acreedores se verían obligados a financiar vía condonación parte del déficit económico o patrimonial del deudor, en ocasiones irresponsablemente causado por el propio deudor, precisamente en aquellos supuestos en que como acontece respecto del deudor persona natural y en particular consumidor, éste ofrece como principal garantía de cumplimiento de sus obligaciones, no solo su patrimonio presente sino además las expectativas de sus ingresos futuros, comúnmente de tipo salarial, que podría permitir a dichos acreedores satisfacer en el futuro sus créditos insatisfechos en el marco de un procedimiento concursal. De otro lado, probablemente también haya sido tomada en consideración en la opción por la que finalmente se decanta en esta materia la reforma concursal española, el interés en compensar a los acreedores profesionales la pérdida del denominado «trono de la hipoteca», que respecto de deudores empresarios o profesionales contempla la paralización de ejecuciones, incluidas las dotadas de garantía real, hasta que se alcance un convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso, sin que se haya abierto la liquidación (art. 56 LC (LA LEY 1181/2003)). En efecto, la no introducción de mecanismos exoneratorios de pasivo insatisfecho tras la liquidación, permite recuperar respecto de deudores consumidores en particular, el 100% de su crédito dentro del concurso o tras su conclusión dada la subsistencia de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)), aun cuando ello conviene insistir, pueda propiciar políticas de concesión de «créditos blandos al consumo», que en última instancia no hagan sino propiciar el sobreendeudamiento y la insolvencia del consumidor.

No obstante la inexistencia en la Ley Concursal española de específicos mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, en función de la buena fe del deudor y las circunstancias determinantes de su situación económica, *se suscita si cabría hablar de «impropios» mecanismos exoneratorios. Éstos operarían con carácter general y no solo respecto de deudores consumidores, con independencia de la buena fe del deudor y la acusación de la crisis económica, en un doble ámbito.*

De un lado, *en conexión con el convenio* que constituiría la solución más frecuente en los concursos de los consumidores y cuya posibilidad, como se sabe, al menos en lo que se refiere a su tramitación ordinaria no se condiciona a la «condición del deudor bueno pero desafortunado» y, de otro, en conexión con las causas de conclusión del concurso por inexistencia de bienes, siendo en este supuesto la condición del deudor como persona jurídica consumidor o no, la determinante de que opere de *modo implícito un mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho, vía extinción de la persona jurídica.* Analizaremos a continuación dichos mecanismos.

2.2. Los mecanismos impropios de exoneración del pasivo en el modelo concursal español

A. En sede de convenio: la eficacia novatoria y las quitas concursales

Resulta cuestionable si un mecanismo condonatorio de deudas concursales podría operar a través del convenio concursal en aquellos supuestos en que el contenido de éste sea de quita sobre la base del art. 136 LC (LA LEY 1181/2003) que dispone: *«los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los acreedores ordinarios y los subordinados, quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y en general, afectados por el contenido del convenio».*

Se suscita así, en conexión con el contenido del convenio referido a los modos de arreglo del pasivo y en particular en conexión con las quitas que constituyen un «pacto de *non petendo*» de eficacia ilimitada en el tiempo, la eficacia novatoria del convenio y si dicha novación es modificativa o extintiva, pudiendo producir en este último caso efectos paralelos a los derivados de los mecanismos de condonación concursal de deudas («discharge»).

En efecto, se produciría de entender novatoria la eficacia del convenio, la extinción parcial de las obligaciones

afectadas por la quita, esto es, en la parte en que ésta les afecte y que con arreglo al art. 100.1 LC (LA LEY 1181/2003) no podrán exceder del 50% de los créditos ordinarios, propiciándose no obstante en la práctica la reducción de este límite legal máximo, mediante medidas indirectas, que favorecen la conclusión de un convenio, reduciendo las mayorías exigidas en orden a su aceptación, si la propuesta consiste en el pago íntegro de los créditos ordinarios con esperas no superiores a tres años o en el pago inmediato de créditos con quitas inferiores al 20%

(art. 124 LC (LA LEY 1181/2003)), o permitiendo eludir la formación de la sección sexta de calificación del concurso (art. 163.1.1.º LC (LA LEY 1181/2003)) en aquellos supuestos en que la quita no sea superior a 1/3 del importe de sus créditos. No obstante, se contempla la posibilidad de superar excepcionalmente, en el marco de la tramitación ordinaria del convenio, los límites legales al contenido dilatorio (espera) o remisorio (quita) del convenio, exigiéndose para ello que concurra en el deudor la condición de «empresa cuya actividad puede tener especial trascendencia para la economía» y se acompañe informe de la administración económica competente (art. 100.1.2.º párrafo LC (LA LEY 1181/2003)), lo que excluiría su aplicación en supuestos de concurso del consumidor, atenuándose éstos requisitos en supuestos de propuesta anticipada de convenio, a la que puede acudir el consumidor, en los que para excepcionar los límites legales al contenido de las quitas es el juez el órgano competente, a solicitud del deudor para autorizar motivadamente la superación de estos límites (art. 104. 2 LC (LA LEY 1181/2003)) (41) .

No obstante, *entendemos que en rigor la quita concursal no produce la extinción de la obligación, no pudiendo considerarse la remisión que se acuerde en un convenio como una condonación*. En efecto, de un lado, la remisión que contenga un convenio concursal no es un acto de liberalidad como lo sería la condonación, pues los acreedores aceptan la remisión en su propio provecho puesto que no podrían obtener otra solución más favorable a sus intereses, a la vista de la situación en la que se encuentra el deudor (p. e. se renuncia al 40% para recuperar un 60% en lugar de nada) (42) . De otro lado, los efectos de la quita tampoco son los propios de la condonación (art. 1156 CC (LA LEY 1/1889)) pues de sostenerse que la quita sería una condonación habría que aceptar que el convenio produciría efectos respecto de obligaciones no sometidas al concurso, extinguiéndose no solo la obligación principal frente al deudor, sino también respecto de las accesorias de ésta (p. e. obligación del fiador, art. 1847 CC (LA LEY 1/1889)). Ello sin embargo no acontece en el marco del concurso, pues el art. 135 LC (LA LEY 1181/2003) establece la subsistencia plena de los derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas respecto de «los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio» como medio de extinción de una obligación y su sustitución por una nueva.

Ello asimismo excluye la asimilación de la quita a la novación extintiva pues de ser ése su alcance, de nuevo, habría que entender extinguidas las obligaciones accesorias sin que sea equiparable el contenido del art. 135 LC (LA LEY 1181/2003) a lo dispuesto en el art. 1207 CC (LA LEY 1/1889), en cuanto a que subsistirían las obligaciones accesorias en lo que «aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento». En efecto, el art. 135 LC (LA LEY 1181/2003), lo que viene a establecer es la subsistencia plena de los derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas a favor de «los acreedores que no hayan votado a favor del convenio», no pudiendo ser conceptuados dichos acreedores en el sentido de los terceros a los que hace referencia el art. 1207 CC (LA LEY 1/1889) (43) . Nos encontraríamos, por tanto, ante una situación en la que el deudor «de facto» queda liberado durante tiempo indefinido a pagar la parte remitida en el convenio, no proviniendo sin embargo dicha liberación de la extinción de la obligación, sino de la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor («pacto de *non petendo*»). Es cierto que el efecto en la práctica de esta liberación del deudor se encuentra muy próximo del que derivaría de una condonación, pues el resultado en ambos supuestos es

que los acreedores no pueden ejercitar contra él acciones reclamando el pago de dicha parte, pudiendo el deudor alegar la existencia de dicho pacto frente a las acciones que los acreedores pudieran ejercitar reclamando el pago (art. 405 LEC para juicios declarativos y 556.1 LEC sí se pretende juicio ejecutivo). Sin embargo, las consecuencias jurídicas derivadas de la quita concursal y de la condonación son diferentes, no solo en lo referido a la cuestión ya analizada de la extinción de las obligaciones accesorias, sino también en cuanto a que la eficacia liberatoria derivada de la quita se condiciona al cumplimiento del convenio, estableciendo el art. 140.4 LC (LA LEY 1181/2003) sobre la base del modelo del art. 140 Legge Fallimentare italiana que «*La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a los que se refiere el art. 136 LC*».

De otro lado el art. 162.1 LC dispone: «*1. Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores*». Por tanto, si aprobado un convenio con contenido de quita el deudor cumpliera dicho convenio, durante el concurso los acreedores solo podrán reclamar la satisfacción de su crédito en los términos acordados en aquel, quedando extinguidos dichos créditos definitivamente en la parte afectada por el convenio, una vez concluido el concurso por la firmeza de la declaración de cumplimiento del convenio, siendo ésta una de las diferencias del convenio respecto de la liquidación en la que el deudor en todo caso queda tras la conclusión del concurso responsable del pago de los créditos no satisfechos con el producto de la liquidación concursal (art. 178.2 LC (LA LEY 1181/2003)) (44) . De otro modo, si el deudor no cumpliera el convenio, la declaración de su incumplimiento trae consigo la rescisión y con ello los acreedores podrían volver a reclamar íntegramente su crédito, sin tener que adecuarse a lo previsto en el convenio, y concurriendo a la liquidación que sigue a la declaración de incumplimiento del convenio (art. 143.1.5.º LC (LA LEY 1181/2003)) por el importe de su crédito como figure en la lista definitiva de acreedores y previa deducción del importe percibido en ejecución del convenio (art. 162. 2 LC (LA LEY 1181/2003)) (45) .

En supuestos de responsabilidad residual del deudor por las deudas no satisfechas tras la realización concursal del patrimonio del deudor mediante la liquidación, en relación al deudor persona natural, el art. 178.2 LC (LA LEY 1181/2003), como analizaremos a continuación, dispone en supuestos en que la conclusión del concurso se deba a la inexistencia de bienes o derechos, la responsabilidad por el pago de los créditos restantes pudiendo los acreedores reanudar sus ejecuciones individuales contra el deudor de modo paralelo a lo que se establecía en el art. 1136 del C de C de 1829 y en el art. 907 de C de C de 1885 (46) .

Asimismo y de otro lado, al no ser equiparable la quita concursal en puridad a una condonación, no puede considerarse hecho imponible a los efectos del impuesto de sucesiones y donaciones (art. 3.1.B, LISD *in fine*) aun cuando pudiera de algún modo considerarse que un «pacto de *non petendo*» de eficacia indefinida en el tiempo generaría un efecto paralelo a la condonación. En efecto, incluso en este supuesto no concurriría la inexistencia de causa lucrativa que constituye presupuesto de dicho impuesto, dado que como ya se ha analizado la quita a la que accede el acreedor no constituye un acto gratuito que determine el enriquecimiento del deudor, constituyendo el único modo de recuperar parte de su crédito (47) .

Delimitadas las diferencias entre la quita concursal y la condonación, en relación a la naturaleza de la parte remitida, conviene precisar que aun cuando dicha parte remitida se asemeja a las obligaciones naturales, en el sentido de que los acreedores no podrían reclamarla, siendo posible e irrepetible el pago espontáneo, sin embargo, el «pacto de *non petendo*» en sí mismo, no transforma la obligación civil en una natural, debiendo entenderse subsistente la obligación civil, tras la aprobación del convenio aun cuando los acreedores en virtud del contenido de convenio no puedan reclamar (48) .

En definitiva, aun cuando el «pacto de *non petendo*» de eficacia indefinida en que consiste la quita podría de algún modo aproximarse en sus resultados prácticos a la condonación de deuda («discharge») prevista en otros modelos de Derecho comparado en relación a deudores personas naturales en concurso, existen diferencias sustanciales. En efecto, la quita como posible contenido del convenio concursal relativo a los modos de arreglo del pasivo, de un lado no se reserva en exclusiva para el deudor consumidor, sino que constituye un posible contenido común a todo tipo de deudor persona natural o jurídica, empresario o no y con independencia de su condición como «deudor bueno pero desafortunado» pues, como se ha adelantado, si bien los deudores inmersos en algunas de las prohibiciones del art. 105 LC (LA LEY 1181/2003) no tendrían acceso a un convenio de quita por la vía de la propuesta anticipada de convenio, sí podrían hacerlo a través de la tramitación ordinaria de convenio en la que no se exigen al deudor condiciones particulares.

De otro lado, en modo alguno pueden considerarse mecanismos equiparables, no constituyendo en puridad la quita una condonación sino un mero pacto de no exigibilidad, en tanto en cuanto el deudor cumpla el convenio (art. 136 LC (LA LEY 1181/2003)) reputándose subsistente la obligación civil, en sus términos originales, y recuperando los acreedores sus posibilidades de actuación frente al deudor en supuestos de incumplimiento por éste del convenio, no incidiendo además la quita en la subsistencia de las obligaciones accesorias (p. e. frente a fiadores o garantes...).

B. En sede de conclusión del concurso de acreedores por inexistencia de bienes: la extinción de la persona jurídica

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 176.1.4.º de la Ley Concursal (LA LEY 1181/2003) española constituye causa de conclusión provisional del concurso en cualquier estado del procedimiento, la comprobación de la «inexistencia de bienes y derechos del concursado, ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores», disponiendo el art. 178.2 LC (LA LEY 1181/2003) en estos casos que «el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes», esto es del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso. En este marco, se contempla la posibilidad de reapertura del concurso por activo sobrevenido y sin limitación temporal alguna, en supuestos de deudor persona jurídica (art. 179.2 LC (LA LEY 1181/2003)) y, en supuestos de deudor persona física y en particular cuando se trate de consumidores, dentro del límite temporal de 5 años, desde la conclusión del concurso y esta vez no solo por activo sobrevenido sino también por pasivo (art. 179.1 LC (LA LEY 1181/2003)).

No obstante, la subsistencia del régimen general de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)) respecto del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, e incluso las posibilidades fácticas de reapertura del procedimiento por aparición de activo o pasivo sobrevenido tras la conclusión del concurso, puede tener distinto alcance en supuestos de deudor persona física, respecto de deudores personas jurídicas, ya sean éstos empresarios, profesionales o consumidores, dado que como ya se adelantó se admite en el modelo español la aplicación del concepto de comerciante, no solo a la persona física, sino también a la persona jurídica, constituyendo ésta una particularidad del Derecho español frente a los textos normativos comunitarios en los que se restringe dicho concepto a las personas físicas.

En este sentido, el art. 1 de la Ley 26/1984 y más recientemente el art. 3 del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (LA LEY 11922/2007) aprobado por RDL 1/2007 de 16 de noviembre, aplica expresamente el concepto de consumidor no solo a la persona física sino también a la jurídica «siempre que actúen en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial». En este ámbito habría de resaltarse que en orden a precisar los posible efectos liberatorios que para el consumidor podría tener la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, es a este concepto al que habría de acudir y no así a otros conceptos recogidos en normas sectoriales, que prestan una protección específica al consumidor en ámbitos concretos como la Ley 7/1995 de 23 de marzo, de crédito al consumo, que en este ámbito expresamente excluye del concepto de consumidor a la

persona jurídica, lo que se explica en conexión con el carácter de esta norma en relación a la transposición de directivas comunitarias.

Pues bien, en este ámbito *la conclusión del concurso por inexistencia de bienes del deudor persona jurídica consumidor o no, conlleva importantes efectos sobre la subsistencia misma del deudor, que resultan relevantes en conexión con la inexistencia en nuestro derecho de específicos mecanismos de condonación de deudas.*

En este sentido y como acontece en otros ordenamientos de Derecho comparado con arreglo a lo establecido en el art. 178.3 LC (LA LEY 1181/2003), la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica conlleva «su extinción y el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos correspondientes, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme», pudiendo reabrirse el concurso si apareciera activo sobrevenido, en cuyo caso el concurso se limitaría a su liquidación, no contemplándose la posibilidad de pasivo sobrevenido dada la extinción de la persona jurídica, por efecto de la conclusión del concurso. No obstante hay que resaltar que llegados a este momento de extinción de la persona jurídica y subsistente responsabilidad por el pasivo no satisfecho tras la conclusión del concurso, éste será escaso en supuestos de deudor persona jurídica particularmente con forma societaria.

En efecto, antes de la liquidación habrán operado, en su caso, la responsabilidad de socios personalmente responsables (art. 48.5 LC (LA LEY 1181/2003)), a los que ya no se extiende la declaración de concurso de la sociedad frente al régimen contemplado en el derogado art. 923 del C de C, para cuya reclamación se legitima concursalmente a la administración concursal. Esta responsabilidad subsidiaria de socios personalmente responsables resulta concursalmente reforzada, dada la posibilidad de que el juez desde la declaración misma del concurso de acreedores, embargue en aseguramiento de dicha responsabilidad los bienes de dichos socios, cuando se prevea que la masa activa será insuficiente para satisfacer todas las deudas (art. 48.5 (LA LEY 1181/2003) *in fine* LC). Asimismo, en conexión con la calificación del concurso culpable, en supuestos en que el concurso desemboque en liquidación, se podrá depurar eventualmente la responsabilidad de administradores y liquidadores de hecho y de derecho y de quienes hubieran ostentado esa condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso, cuando hayan contribuido a generar o agravar el estado de insolvencia, a satisfacer en todo o en parte el activo insatisfecho (art. 172.3 LC (LA LEY 1181/2003)). En garantía del cumplimiento de esta responsabilidad concursal de administradores y liquidadores, el juez también pudo desde la declaración misma del concurso trabar embargo sobre los bienes de los administradores y liquidadores, cuando exista la posibilidad fundada de que el concurso se calificará como culpable y resultará insuficiente la masa activa para satisfacer a los acreedores (art. 172.3 LC (LA LEY 1181/2003)).

Pues bien, todos estos mecanismos de completamiento del patrimonio del deudor persona jurídica, en particular con forma societaria, no operan respecto del deudor persona física, al margen de las posibles responsabilidades de terceros sujetos garantes de las deudas (fiadores, avalistas...), no determinando además la conclusión del concurso por inexistencia de bienes su extinción, no concluyendo además el concurso en supuestos de fallecimiento del deudor persona física, en cuyo caso el procedimiento continuará como concurso de la herencia (art. 182.1 LC (LA LEY 1181/2003)). Ello determina que las posibilidades de pasivo insatisfecho subsistente tras la conclusión del concurso sean superiores en supuestos de deudor consumidor persona física, de lo que lo serían respecto de deudores personas jurídicas. Asimismo, el deudor persona física podrá retomar su actividad tras la conclusión del concurso, cosa inviable en supuestos de persona jurídica que se extingue con la conclusión del concurso por inexistencia de activo, quedando subsistente su responsabilidad, con sometimiento a los plazos de prescripción de las obligaciones, cuya interrupción constituye uno de los efectos de la declaración del concurso (art. 60 LC (LA LEY 1181/2003)) concluyó tras la conclusión del procedimiento, determinando ello que comience de

nuevo la prescripción y no sirva el tiempo transcurrido con anterioridad, pudiendo ser en Derecho español dichos plazos muy largos (15 años, art. 1964 CC (LA LEY 1/1889), que pueden llegar a extenderse hasta 30 años, art. 1963 CC (LA LEY 1/1889)).

En este marco, pende además sobre el deudor consumidor persona física un plazo de 5 años durante el cual la amenaza de reapertura del procedimiento por activo o pasivo sobrevenido tras la conclusión del concurso (art. 179.1 LC (LA LEY 1181/2003)), con los consiguientes problemas que dicha reapertura conlleva en el tratamiento de los acreedores del originario concurso, concluido por inexistencia de bienes y aquellos otros posteriores a dicha conclusión.

IV. CONCLUSIONES: UNA PROPUESTA DE APROXIMACIÓN AL MODELO ALEMÁN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN SITUACIONES CONCURSALES

El tratamiento y la prevención de las crisis económicas de los consumidores, constituye un tema complejo, que no puede abordarse en modo alguno desde una perspectiva unitaria, conllevando una vertiente no solo económica sino también social, lo que requiere en ocasiones la adopción de medidas sociológicas, económicas y jurídicas en el ámbito de distintas disciplinas jurídicas (civiles, mercantiles, procesales e incluso en ocasiones administrativas...). Conecta todo ello, en última instancia, con el marco constitucional económico que en el ámbito de las economías sociales del bienestar encomienda, con carácter general, a los poderes públicos la defensa de consumidores y usuarios (art. 51 CE), particularmente en supuestos de «sobreendeudamiento pasivo», cuya causa se sitúa al margen de la voluntad y el comportamiento responsable del deudor y en menor medida en aquéllos otros de «sobreendeudamiento activo», pudiendo en ocasiones la protección que se dispense a éstos colisionar de algún modo con los intereses de la industria del crédito al consumo, que a su vez, como es sabido, constituye una de las principales fuentes de financiación política.

Por ello, una política de tratamiento de las crisis económicas del consumidor debe abordarse desde un doble ámbito: de un lado desde la prevención de las situaciones de sobreendeudamiento y de su posterior agravamiento en insolvencia, que no debe insertarse en todo caso en el ámbito de procedimientos específicos de carácter preventivo como acontece en el modelo francés, y de otro desde una vertiente podríamos calificar «curativa», relativa a los mecanismos a través de los cuales deben abordarse aquéllas situaciones en que el deudor no puede afrontar el cumplimiento regular de sus obligaciones, normativizándose el procedimiento a seguir en la recuperación de las deudas de las personas físicas.

En el ámbito de la prevención de las crisis económicas de los consumidores, entiendo, como ya he adelantado, que no solo no sería necesario sino complejo y cuestionable «importar» a nuestro Derecho el modelo preventivo francés de tratamiento de las dificultades económicas de los consumidores. En efecto, de un lado, como se ha analizado, la prevención francesa conlleva un componente de administrativización de las crisis económicas del consumidor, de elevado coste económico y difícil traslado al marco descentralizado de competencias atribuidas a las CC.AA. en materia de consumo, así como a la cultura española/latina del consumo y gestión de las economías domésticas. Asimismo, puede sostenerse que ha tenido escasa eficacia práctica el recurso a las «unidades de asesoramiento crediticio», no solo en Francia sino también en modelos como el norteamericano, en el que salvando las distancias con el modelo francés, se introdujeron dichas unidades en virtud de la última reforma acometida en virtud de la «Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act» de 2005 como ha sido analizado.

De otro lado, hay que resaltar que resulta escasamente anticipador el momento de adopción de medidas frente a la crisis económica en la prevención francesa, respecto del momento de apertura del concurso de acreedores. En efecto, el art. L 300.1 del Código de Consumo francés en su redacción tras la Ley 2003/710, de 1 de agosto de

2003, define el sobreendeudamiento de las personas físicas como «la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles o pendientes de vencimiento», lo que escasamente se diferencia de la contemplación en la Ley Concursal de la insolvencia en su doble vertiente actual e inminente (art. 2 LC (LA LEY 1181/2003)), aspecto éste del que me ocuparé con mayor profundidad y más ampliamente en otro trabajo.

En efecto, dentro de la opción por la unidad en la delimitación del presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, en el marco de la Ley Concursal 22/2003, se contienen mecanismos anticipadores del momento de apertura del concurso de acreedores, pues la insolvencia se contempla no solo como una situación actual de imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles (art. 2.2 LC (LA LEY 1181/2003)), sino también en una vertiente futura como previsión de incumplimiento puntual y regular en el futuro de las obligaciones (art. 2.3 LC (LA LEY 1181/2003)). Ello permite al deudor, único sujeto legitimado para solicitar el concurso por insolvencia inminente, ante la falta de regulación legal de la temporalidad de dicha previsión, adelantar la solicitud del concurso a situaciones anteriores a la insolvencia actual. Entre éstas se sitúan las situaciones de sobreendeudamiento del consumidor, para las que se reclama específica regulación y que no constituyen sino situaciones en las que es superior el pasivo al activo (desbalance), lo que no es identificable con la insolvencia como se define en el art. 2.2 LC (LA LEY 1181/2003) y que, si se acompañan de la solicitud de crédito, particularmente si es al consumo que permite cancelar deudas anteriores, no darán lugar al menos a corto plazo a una situación de insolvencia actual en la que el deudor no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

No obstante, es cierto que la prevención por esta vía presenta un carácter concursal y que de lo que se trata en gran medida es de evitar, no solo el agravamiento de la situación de crisis económica, sino aún más la declaración misma de un procedimiento concursal y es en este ámbito en el que entiendo fue acertada la opción implícita del legislador en la Ley 22/2003 de considerar que resultaría más operativo que introducir específicos procedimientos preventivos de las crisis de los consumidores, potenciar los diversos mecanismos preventivos que del sobreendeudamiento del consumidor se contienen en el marco de áreas jurídicas relacionadas con la protección al consumidor, publicidad, crédito al consumo, ventas a plazos, actividad bancaria y aseguradora, que en gran medida persiguen evitar o minimizar la asunción irreflexiva de deudas por el consumidor, limitando la libertad en la realización de ciertas prácticas comerciales agresivas (a través de la publicidad o la contratación) e imponiendo a la entidad financiera deberes de información previos a la conclusión del contrato, que determinen en última instancia la adopción por los consumidores de decisiones responsables e informadas.

En este ámbito, debe resaltarse la potenciación de los mecanismos preventivos de la insolvencia de los consumidores derivada de la aprobación del nuevo Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (RDL 1/2007 de 16 de noviembre) y otras leyes complementarias, entre las que cabe situar la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, que persigue, aunque no lo consiga, proteger a quienes contraten con sociedades enmarcadas en el ámbito de los bienes tangibles, encontrando dicha norma su origen en el conocido concurso de sociedades como Forum Filatélico, S.A., o Afinsa Bienes Tangibles, S.A., que como se sabe ha provocado importantes quebrantos económicos en un importante número de economías familiares.

Dicha prevención del sobreendeudamiento de consumidores en sede de Derecho del consumo, en conexión con el recurso a la financiación (crédito) que constituye una de las causas más frecuentes del sobreendeudamiento y la insolvencia del consumidor, vendrá además reforzada en virtud de la incorporación a nuestro ordenamiento de la recientemente aprobada Directiva de Crédito al Consumo, Directiva 2008/48 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. En esta directiva, entre

otros aspectos, relativos a la publicidad financiera, contratos negociados fuera del establecimiento mercantil, información, asesoramiento y derecho de retracto, se establece la necesidad de que los países miembros tomen las medidas adecuadas para promover unas prácticas responsables en todas las fases de la relación crediticia introduciendo la idea del «préstamo responsable», en conexión con la existencia de bases de datos centralizadas. Ello conlleva, por parte de la entidad financiera, una evaluación previa de la solvencia del prestatario y la correspondiente sanción a los prestamistas en caso de concesión abusiva de crédito, lo que puede incidir positivamente en la prevención del sobreendeudamiento de los consumidores. La introducción de estas medidas será particularmente relevante en España, donde frente a lo que acontece en modelos de Derecho comparado como el francés o el italiano, dicha responsabilidad no ha sido hasta el momento objeto de específica regulación jurídica positiva.

En este ámbito, quizá resulte conveniente recordar la necesidad, en todo caso, pero particularmente en el contexto económico actual, de que la transposición de esta directiva comunitaria 2008/48 CE, que regula medidas de carácter preventivo del sobreendeudamiento del consumidor, algunas ya contempladas en la anterior directiva de crédito al consumo, pero otras novedosas de extraordinaria relevancia, se produzca dentro de los plazos legales para ello (12 de mayo de 2010), sin dar lugar a que, como en otras ocasiones, la Comisión Europea se vea obligada a incoar ante el Tribunal de justicia de las comunidades europeas los correspondientes procedimientos de infracción, ante el retraso de España en el cumplimiento de su obligación de transposición de las directivas al Derecho interno (Recordemos ejemplificativamente lo que sucedió en relación a la transposición de la Directiva 2000/35CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 que establecía medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales).

Distinta, sin embargo, debe ser la valoración de la opción del legislador español en la Ley Concursal 22/2003, de no introducir dentro de la unidad especialidades atendiendo a las particularidades que conlleva el concurso de los consumidores. En este sentido, el sometimiento sin matices y sin matizaciones del deudor consumidor al concurso de acreedores resulta desproporcionado para el deudor, para los acreedores y para el propio juez del concurso. En efecto, todos ellos se ven inmersos en un procedimiento excesivamente formal, largo, costoso, siendo frecuente la inexistencia o insuficiencia de masa activa en estos concursos en los que el deudor en ocasiones solo tiene un bien (la vivienda habitual y está embargado), con la problemática que ello conlleva en un modelo como el español, en el que no se regulan los concursos sin masa y con una pluralidad de acreedores, en ocasiones, titulares de créditos cuantitativamente poco relevantes. Todo ello rodeado de un sistema de comunicaciones y publicidad excesiva para un consumidor, que presenta escasos incentivos desde el punto de vista de los intereses de los consumidores, al tratarse de un procedimiento pensado básicamente para el deudor, empresario, persona jurídica, no obstante la unidad subjetiva introducida, determinando además la ausencia de mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho, que el deudor, consumidor, persona física, respecto del que, como se ha analizado, la conclusión del concurso no determina su extinción, subsistiendo su responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)) no reanude su actividad laboral, o lo haga con escasa dedicación dadas sus cargas financieras del pasado.

En este marco, quizá resulte conveniente un replanteamiento de dicho principio de unidad subjetiva y procedimental inspiradora de la reforma concursal española entendida como uniformidad y que nos planteemos una aproximación al modelo alemán en el que se contemplan especialidades y particularidades en conexión con el carácter del deudor como consumidor, introduciendo simplificaciones legales (aligeramiento de los documentos exigidos para presentar el concurso) así como económicas (gratuidad) y temporales. Planteándose, asimismo, la extensión al consumidor de algunos de los efectos beneficiosos derivados del concurso como la paralización de

ejecuciones de garantías reales previstas, como se sabe, en la actualidad solo respecto de «bienes afectos a la actividad profesional o empresarial» y sobre todo contemplando mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso que permitan al deudor de buena fe al que su crisis no le sea imputable «volver a empezar» sin cargas del pasado.

Ahora bien, esta aproximación al modelo alemán, configurado en la InSo, entiendo debería hacerse con especial atención al actual proceso de revisión del tratamiento de la insolvencia y el sobreendeudamiento del consumidor (*Verbraucherinsolvenzverfahren*) que se está produciendo a propuesta de la Ministra de justicia (Angela Kolb) del land Sachsenanhalts (Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen und zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfähigkeit von Lizenzen, Ministerium der Justiz Pressemitteilung NR 061/2007).

En efecto, en este proceso de revisión, se busca fundamentalmente, de un lado, reducir los costes del concurso que tras la reforma de la InSo de 26 de octubre de 2001 recaían sobre el estado, que asumía los gastos judiciales y los honorarios del fiduciario (*treuhänder*) que sustituye al administrador judicial (*Insolvenzverwalter*), lo que había tenido un «efecto llamada», disparándose en Alemania la solicitud de concurso de consumidores. En este marco, se propone en la propuesta de reforma que sea el propio deudor quien sufrague esos costes del procedimiento, introduciéndose un procedimiento diferenciado en supuestos de ausencia de masa activa (*Entschuldungsverfahren*) que permita proceder a una liberación de deudas, sin tramitación previa de concurso, lo que resultaría operativo en nuestro derecho en el que las solicitudes de concurso sin masa «ab initio» están siendo más frecuentes de lo que inicialmente era previsible a la vista de los mecanismos anticipadores del momento de apertura del concurso de acreedores previstos en la Ley Concursal española (insolvencia inminente) (49) .

De otro lado, se persigue como ha acontecido recientemente en la reforma norteamericana introducida en virtud de la «Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act» de 2005, endurecer los requisitos que han de concurrir en el deudor para poder disfrutar de la «discharge» que el procedimiento del consumidor tratando de minimizar la posibilidad de los denominados «Null-plane», en los que el deudor no ofrece pago alguno u ofrece pagos insignificantes a sus acreedores de sus créditos, reduciéndose el tradicional «período de buena conducta» existente en Derecho alemán tras la conclusión del procedimiento, si el deudor logra satisfacer un determinado porcentaje de los créditos concursales (de 6 a 5 años si propone pagar el 20% de los créditos y a 2 años si paga el 40%).

Estos mecanismos a los que se condiciona la operatividad de la «discharge» no solo en el Derecho alemán, sino en la generalidad de ordenamientos de Derecho comparado en los que se regulan mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, deben operar también en el modelo español si finalmente se opta por la regulación de mecanismos de estas características, condicionándose a deudores de buena fe y con límites temporales, contemplándose mecanismos que excluyan en la medida de lo posible el coste cero para el deudor de la liberación del pasivo insatisfecho en perjuicio de los acreedores, por lo que los requisitos a los que se condicione la «discharge» deberían ser como en el Derecho alemán anteriores y posteriores a su concesión.

En definitiva, la necesidad de dar un tratamiento concursal diferenciado a los problemas económicos de los consumidores en España, se suscita en un momento en el que en países como Norteamérica y más recientemente Alemania se están replanteando su regulación, endureciendo los requisitos de acceso a estos mecanismos liberatorios, con el fin de adecuar los intereses de los acreedores en la satisfacción de sus créditos y la protección del deudor de buena fe, a quien ha de procurarse un «fresh start» o una segunda oportunidad («second chance»).

Como en otras ocasiones, resulta conveniente estar atentos a estas tendencias en el marco del Derecho

comparado, con el fin de sentar las bases de un sistema concursal sólido, pero también equitativo en el tratamiento de los distintos intereses afectados en las crisis económicas, cada vez más frecuentes de los consumidores.

- (1) Vid. informe 2/2008 del Consejo Económico y Social sobre «Los nuevos modelos de consumo en España», adoptado en sesión ordinaria del pleno de 20 de febrero de 2008 (www.ces.es). Sobre la incidencia que el frecuente uso de tarjetas de crédito tiene en el sobreendeudamiento de los consumidores vid. *Sánchez Calero*, en «Tarjetas de crédito y tutela del consumidor» en AA.VV., *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar. Estudios de derecho judicial* 50/2004, Dir. Ruiz Peris.

Ver Texto

- (2) Vid. el interesante estudio sociológico sobre el sobreendeudamiento familiar en Estados Unidos contenido en *Warren, E./Warren, A., The two income trap: why middle-class mothers and fathers are going broke*, New York, Basic book 2003, donde se pone de manifiesto la paradoja que constituye que familias que disfrutaban de ingresos patrimoniales por parte de ambos cónyuges, terminan asumiendo una carga de endeudamiento superior a la que asumen las que reciben un solo ingreso, lo que conlleva importantes riesgos de declaración en concurso ante situaciones adversas como elevación de los tipos de interés, paro, enfermedad o separaciones matrimoniales.

Ver Texto

- (3) Vid. *blogLawless, R. M.*, «Bankruptcy filings over 1.000.000? (5 de abril de 2007) http://www.creditslips.org/creditslips/2007/04/us_bankruptcy_f.html.

Ver Texto

- (4) Vid. Estadísticas concursales elaboradas por el Registro de economistas forenses (Refor) en éste número de la *RcP*, páginas 445 a 450.

Ver Texto

- (5) Vid. Informe acerca del sobreendeudamiento de las familias españolas elaborado por CEACCU (<http://www.ceaccu.es/contnet/view/42/71>). Vid. <http://www.asgeco.org/estudioendeudamientofamilias/introduccion.php>. Donde se puede consultar el proyecto subvencionado por el Ministerio de sanidad y consumo y el Instituto nacional de consumo del que resultó un documento elaborado por la Asociación general de consumidores (ASGECO) entre los años 2005-2007, sobre la situación de sobreendeudamiento de las familias (web@asgeco.org). Vid. Proyecto de Ley por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito de 18 de julio de 2008 (BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, de 18 de julio de 2008, n.º 7-1), en el que se proyecta la regulación de los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y los servicios de intermediación en el crédito, en lo referente a la agrupación de deudas.

Ver Texto

- (6) Vid. hace ya algún tiempo detectando la «dimensión social» que conlleva el sobreendeudamiento de los consumidores, *Reifner/Ford, Banking for people: social Banking and new poverty. Consumer debts and unemployment in Europa*, Berlin/New York, 1992.

Ver Texto

- (7) Vid. *Warren, E.*, «Financial collapse and class status: who goes bankrupt? (letwas lecture) 41», *Osgoode Hall Law*

Review 115/2003, *Lawless/Warren*, «Los cambios en la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad», *RcP* 6/2007, págs. 405 y ss., traducción de Javier *Arias Varona*.

Ver Texto

-
- (8) Algunos autores conectan esta ausencia de debate del tema del sobreendeudamiento y la insolvencia de los consumidores durante los debates parlamentarios de la reforma concursal, a la posibilidad de que dada nuestra tradicional distinción en el tratamiento de las crisis económicas en función de la condición empresarial del deudor, pasara desapercibido, por quienes podían haber promovido dicho debate, que lo que se estaba aprobando era una Ley Concursal que sobre la base del principio de unidad que se introducía se aplicaba a todo deudor, con inclusión de los consumidores. *Vid. Quintana Carlo*, «El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal», en AA.VV., *Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, págs. 2257-2258.

Ver Texto

-
- (9) Las causas de la creciente declaración de procedimientos concursales respecto de deudores consumidores presenta distinta sintomatología en el ámbito norteamericano y español. Así el «Report From Harvard University» de febrero de 2005 concluye que el 50% de las quiebras de los consumidores, son debidas a costes médicos, «Medical Bankruptcies», lo que se explica en el peculiar marco de la sanidad norteamericana. *Vid.* <http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/hlthaff.w5.63/dci>.

Frente a ello en España, en gran medida el crecimiento del sobreendeudamiento familiar y de la cada vez más frecuente declaración en concurso de estos deudores, puede encontrar su causa en el crecimiento del crédito hipotecario a finales de 2004 en un 23,9%, ascendiendo la financiación de las familias para comprar viviendas a 381.865 millones de euros, aproximadamente 73.600 millones de euros más que hace un año. Por ello el Banco de España ha requerido a Bancos y Cajas que vigilen y controlen las condiciones de concesión de créditos hipotecarios que no deben superar como regla general el valor del 80% del valor de tasación del inmueble. 29 marzo 2005. B. E. *Vid. Pottow, J. A.*, «Un primer estudio de los cambios de la Ley Concursal Estadounidense de 2005», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (RcP)* n.º 3/2005. Traducción Elena *Rodríguez Pineau*, págs. 355-363; *Warren, E.*, «Financial Collapse and class status: who goes Bankrupt? (letwas lecture) 41», *Osgoode Hall Law Review* 115, 2003, *op. cit.*

Ver Texto

-
- (10) Me he ocupado de estos temas en «La prevención de las crisis económicas de las sociedades de capital» en AA.VV., *El concurso de sociedades en el Derecho europeo*, Monografía n.º 1/2004 asociada a la *RcP*, y posteriormente en «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», *RcP* 5/2006, págs. 25-64.

Ver Texto

-
- (11) Me ocupé durante la tramitación parlamentaria de la reforma concursal de estos temas en *El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores*, Dir. *García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Madrid 2003, págs. 55-135, y posteriormente en *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid 2005.

Ver Texto

-
- (12) *Vid.* evolución en las propuestas de modificación de la Directiva 87/102, que finalmente han culminado con éxito con la aprobación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de los contratos de crédito al consumo a los

consumidores por la que se modifica la Directiva 93/13 CE del Consejo, COM (2002) 443 2002/0222/COD de 1/5. Vid. por la Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores, la presentación de las siguientes propuestas: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo, por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, COM (2005)483/f2 de 23/11/2005; COM (2005) 483/F de 30/09/2005 y COM (2002)443/F de 11/09/2002 (<http://eur-lex.europa.eu/lexUriServ/site/es/Com2005/COM>). Vid. López Sánchez, *La prevención del sobreendeudamiento en la propuesta de directiva sobre crédito a los consumidores* en Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, págs. 622-649.

Ver Texto

- (13) En el ámbito de la UE han sido diversos desde 1992 los intentos por regular y armonizar el tratamiento preventivo y curativo del sobreendeudamiento del consumidor, entre los que cabe destacar los siguientes: Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992 sobre prioridades en el desarrollo de políticas de protección de consumidores (*DOCE* n.º C 186, 23 julio 1992); Comité Económico y Social, sobre el consumidor y el mercado interior de 26 de noviembre de 1992 (*DOCE* n.º C 19, 25 enero 1993); Informe sobre aplicación de la Directiva 87/102 CEE relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de crédito al consumo [COM (95) 117 de 11 mayo 1995], en sus apartados 35 y 364 a 338. Se dedican al sobreendeudamiento las propuestas del grupo de expertos reunidos en el European Consumer Law Group; Comunicación de la Comisión «Servicios Financieros: reforzar la confianza del consumidor» que recoge las medidas de seguimiento de su Libro Verde sobre «Servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores» (COM 1997, 309 final, de 26 junio de 1997), Comunicación en relación al proceso de consulta realizado por la Comisión con ocasión de la reforma de la directiva sobre crédito al consumo, en la que se subraya el problema del exceso del endeudamiento proponiéndose a partir de 1998 diversos proyectos piloto para sensibilizar a los consumidores sobre el exceso de endeudamiento. En Irlanda cabe destacar los programas de formación a los consumidores sobre planificación de presupuestos y acceso al crédito; Comunicación de la Comisión «Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001» [CON (1998) 696 final de 1 diciembre de 1998]; Consejo de Ministros de Consumidores celebrado en Luxemburgo el 13 de abril de 2000, en el que se debatió sobre el endeudamiento excesivo a raíz del cual la Comisión inició dos estudios: uno sobre datos estadísticos relativo al endeudamiento y otro sobre las legislaciones de los estados miembros en materia de endeudamiento. El Comité Económico y Social aprobó el 12 de julio de 2000 el «Informe sobre el sobreendeudamiento en los hogares» (CES 212/2000), en el que se recomienda a la Comisión que prepare un Libro Verde acerca del sobreendeudamiento de los hogares en Europa; Comunicación de la Comisión al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social y Comité de las Regiones, «Proyecto de informe conjunto sobre la integración social» (COM 2001, 565 final); Resolución del Consejo 26 noviembre 2001 relativa al crédito y al endeudamiento de los consumidores (*DOCE*, n.º C 364, de 20 de diciembre de 2001). El Pleno del Comité Económico y Social por su parte aprobó el 24 de abril de 2002 un dictamen sobre «el sobreendeudamiento de los hogares» (CES 511/2002).

Ver Texto

- (14) Me ocupé hace ya algún tiempo de la filosofía de la «second chance» norteamericana vinculada a «deudores buenos pero desafortunados» en *La reforma del Derecho Concursal comparado español*, Madrid 1994, págs. 21-51.

Ver Texto

- (15) Entre nosotros se ocupó tempranamente del Derecho francés preventivo de dificultades económicas de los consumidores Trujillo Díez, *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada 2003, págs. 89-128. Más recientemente, vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores», en AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, 2005, Dir. Quintana Carlo, *op. cit.*, págs. 25-35. Peñas Moyano: «Concurso de consumidores», en *RcP*, 8/2008, págs. 236-238; Zabaleta Díaz,

«La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», en *RcP*, 8/2008, págs. 223-225.

[Ver Texto](#)

-
- (16) *Perochon/Bonhomme, Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, París 2006, págs. 9 y ss.

[Ver Texto](#)

-
- (17) *Vid. Chatain, P./Ferrière, F.: Le surendettement des particuliers*, París 2000 y, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley 2003/710, *vid. Perochon/Bonhomme, op. cit.*

[Ver Texto](#)

-
- (18) La proposición de Ley fue admitida a trámite por la mesa de la Cámara con fecha 6 de mayo de 2003 pero, aun cuando fue apoyada por el Bloque Nacionalista Galego, el Grupo Parlamentario Vasco (PNV) y el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, finalmente no prosperó, al oponerse a ésta el Grupo Popular y abstenerse el Grupo Parlamentario Catalán Convergencia i Unió, así como Coalición Canaria, rechazándose la proposición en el pleno del Congreso de los Diputados el 16 de septiembre de 2003 por 161 votos en contra, frente a 109 votos a favor y 17 abstenciones (*BOCG*, serie B, 19 de septiembre de 2003). Recientemente se han ocupado de esta frustrada proposición de Ley, *Colino Mediavilla, J.*, «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004 del juzgado de lo mercantil n.º 3 de Barcelona» en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, n.º 3/2005, págs. 209-251; *Quintana Carlo, I.*, en «El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal», en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia, op. cit.*, págs. 2265-2268.

Con posterioridad a ésta proposición, el 4 de noviembre de 2004, el grupo parlamentario Catalán Convergencia y Unió, presentó en el Senado otra proposición de ley sobre prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, que no obstante fue retirada el 22 de febrero de 2005 [*vid. en BOCG Senado*, VII Legislatura, Serie III A, n.º 14 (A), en www.senado.es].

[Ver Texto](#)

-
- (19) *Vid. Bonhomme*, «La responsabilidad por concesión abusiva de crédito conforme a la Ley 2005/845 de 26 de julio de 2005», en *RcP* 5/2006, págs. 349-358. *Rubio Vicente*, «Concesión abusiva de crédito y concurso», en *RcP* 8/2008, págs. 254-260.

[Ver Texto](#)

-
- (20) En el ámbito europeo, la Comisión se ha mostrado tradicionalmente favorable a la imposición a los prestamistas de un seguro obligatorio en sus carteras de contratos de créditos aun cuando ello pudiese conducir en la práctica a posibles situaciones de sobreaseguramiento cuando el seguro exigido por la entidad sea una garantía sobre el crédito (hipoteca, aval...), lo que se ha materializado en la Directiva 2008/48 CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008.

[Ver Texto](#)

-
- (21) Me he ocupado de estos temas en *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid 2005, págs. 190 y ss., donde he matizado que bajo mi interpretación el criterio de la personalidad jurídica en orden al sometimiento al concurso de acreedores, coexistiría con la existencia de un patrimonio separado que es lo que en definitiva fundamenta que en el art. 1.2 de la LC se admita expresamente la posibilidad de que la herencia no aceptada pura y simplemente quede sometida al concurso, lo que entiendo sería sostenible analógicamente respecto de otros supuestos, como los fondos

de inversión o fondos de titulización, en los que también concurre la existencia de un patrimonio separado.

Ver Texto

- (22) La posibilidad de sostener la condición de consumidor no solo respecto de personas físicas sino también jurídicas, ha sido cuestionada por la doctrina que ha propugnado la adecuación del modelo español a las directivas comunitarias en la materia, en las que el concepto se reserva a las personas físicas. *Vid.* por todos: *Bercovitz Rodríguez-Cano, Apuntes de derecho mercantil*, Aranzadi, 2007, págs. 137-138. Con posterioridad a la aprobación del TRLGDCU 1/2007 de 16 de noviembre, *vid. Cavanillas Múgica*, «El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias», *Aranzadi Civil* 1/2008; *Carrasco Perera*, «Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición)», *Aranzadi civil* 5/2008 (Estudio), quienes entienden que la estructuración del concepto de consumidor en el art. 3 LGDC en torno a la necesidad de que se actúe en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial conlleva la consecuencia de que solo podrán ser conceptuados como consumidores personas jurídicas los entes asociativos, siempre que no se trate de asociaciones de empresarios o profesionales, excluyéndose del concepto de consumidor persona jurídica tipos sociales cuya mercantilidad viene dada por la forma (S.A. y S.R.L.), aun cuando se hayan constituido y registrado para desarrollar una actividad sin ánimo de lucro. *Vid.* un análisis comparativo entre el modelo español y otros de Derecho comparado, *Schulte-Nolke*, «Consumer law compendium-comparative», 2007 (<http://ec.europa.eu/consumers/cons-int/safe-shop/acquis/comp-analysis-en>), págs. 671 y ss. *Vid. Peñas Moyano, op. cit., Sobre los problemas que pueden plantear los entes consumidores sin personalidad jurídica en orden al sometimiento al concurso*, págs. 232 y 233.

Ver Texto

- (23) Me he ocupado ampliamente de este tema en «Comentario a los artículos 190-191 LC», en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal*, Dir. *Pulgar Ezquerro/Alonso Ureba/Alonso Ledesma/Alcover Garau*, Madrid 2004, págs. 780 y ss.

Ver Texto

- (24) *Vid. García Villaverde, R.*, «El presupuesto subjetivo del concurso de acreedores», en AA.VV., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2004*, Dir. *García villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro*, Madrid, 2003, págs. 27-53.

Ver Texto

- (25) *Vid. Colino Mediavilla, J.*, «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004 del juzgado de lo mercantil n.º 3 de Barcelona)», *op. cit.*, págs. 209-251.

Ver Texto

- (26) *Vid.* al respecto Auto n.º 123/2007 de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de mayo, en el que se reconoció capacidad concursal para instar el concurso y plantear incidente de recusación a una asociación de consumidores y usuarios, aplicando no obstante el art. 20 del anterior Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios que no recogía el referido requisito de litigación, que al día de hoy priva a asociaciones como por ejemplo AUSBANC de litigar en nombre de los intereses colectivos de los consumidores.

Ver Texto

- (27) En este sentido *Rubio Vicente*, «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», *op. cit.*, págs. 133 y ss.

Ver Texto

-
- (28) Así *Falcone, G.*, «La posizione del consumatore e gli istituti esdebitatori nelle recenti evoluzioni degli ordinamenti concorsuali», en *Il Diritto Fallimentare*, septiembre-octubre, 2006, págs. 845-846.

Ver Texto

-
- (29) Vid. sobre la «Discharge» norteamericana el clásico *Jackson*, «The logic and limits of Bankruptcy Law», Haward University Press, págs. 253-279, y entre otros: *Baird, D. G.*, «Elements of Bankruptcy», New York 2000; *Tabb, Ch.*, «The Law of Bankruptcy», New York 1997, sobre la última reforma norteamericana; *Pottow, J. A. E.*, «una aproximación a las modificaciones introducidas en el Bankruptcy Law Norteamericana en 2005». Traducción realizada por Elena *Rodriguez Pineau* en *RcP*, n.º 3, *op. cit.*, págs. 355-364.

Ver Texto

-
- (30) *E. Warren/A. Warren*, «The two-income trap...», *op. cit.*, págs. 6 y ss.

Ver Texto

-
- (31) La regulación legal del «test de recursos» es muy compleja, siendo más operativo para la comprensión del alcance de este requisito consultar el formulario judicial u oficial en <http://www.uscourts.gov/rules/BK-forms-06-official/form-22A-1006.pdf>.

Ver Texto

-
- (32) Vid. *Lawless/Warren*, «Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad». Traducción de *Javier Arias Varona*, *RcP*, n.º 6, *op. cit.*, 2007, págs. 405-415.

Ver Texto

-
- (33) Estos riesgos se han materializado ya en opinión de la doctrina concursalista norteamericana para la que el referido asesoramiento crediticio parece tener en la práctica un contenido más formal que material (se puede llevar a cabo por Internet y puede durar 20 minutos), siendo un requisito burocrático que consume tiempo y dinero. Así *Lawless*, «La Ley Concursal estadounidense de 2005...», *op. cit.*, pág. 108.

Ver Texto

-
- (34) Vid. *Perochon/Bonhomme*, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*

Ver Texto

-
- (35) Vid. sobre la condonación de deudas en el Derecho alemán *Schmidt, K.*, «Fundamentos del nuevo Derecho Concursal alemán», en AA.VV., «Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001», dirigido por *García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar Ezquerro, J.*, *op. cit.*, págs. 35-37; *Lösch*, «Die Rests Chuldbefreiung nach der neuen Insolvenzordnung— ein Freifahrtschein Zum Schuldenmachen», *J.A.*, n.º 2 1994, págs. 44 y ss.; *Wenzel*, «Der Private Konkurs nach der Insolvenzrechtsreform», *ZRP* n.º 5, 1993, págs. 161 y ss.; *Obermüller, M./Hess, H.*, «InSo Heidelberg», *C. F. Müller, Recht in der praxis* 1995, pág. 17 Rn 30. Entre nosotros, vid. *Zabaleta Diaz, M.*, «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán», en *Estudios sobre la ley concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, *op. cit.*, págs. 888-907. *Rubio Vicente*, «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», *op. cit.*, págs. 133 y ss.; *Ferre*, «La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de Derecho alemán)», *ADC*, 7/2006, págs. 205-226.

Ver Texto

(36) *Schmidt, K., ibidem.*

Ver Texto

(37) *Losch, J.*, «Die restschuldbetreuung nach der neuen insolvenzordnung-ein freifahrtschen zum schuldenmachen», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1994, n.º 2, págs. 44-45.

Ver Texto

(38) *Vid.* sobre la reciente reforma portuguesa y el procedimiento de condonación de deudas previsto respecto de personas naturales *Carvalho Fernández*, «La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués», *RcP*, n.º 3/2005, págs. 379-394. Traducido por Javier *Gutiérrez Gilsanz*.

Ver Texto

(39) Cuestiona la utilidad de no contemplarse en la reforma la «discharge» cuya exclusión respecto de quiénes no cumplan los condicionamientos legales, permitiría operar como escarmiento para hacer frente a los malos pagadores, *Vicent Chuliá, F.*, en «El concurso de la persona jurídica» en AA.VV., *Estudios de Derecho Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, págs. 2394-2395.

Ver Texto

(40) *Entwurf eines gesetzes zur entschuldung mittelloser personen und zur starkung der glaubigerrechte sowie zur regelungder insolvenz festigkeit von lizenzen (Ministerium der justiz pressemitteilung Nr 061/07).**Vid.* haciéndose eco entre nosotros de este proyecto de reforma *Zabaleta Díaz*, «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», *op. cit.*, págs. 220-222. *Vid. Schmerbach*, «Die geplante Entschuldung vollig mittelloser personen», *NZI* 4/2007, págs. 197 y ss.

Ver Texto

(41) Me he ocupado de estos temas ampliamente en «El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas de Estado», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, *RcP* n.º 1, págs. 139-145.

Ver Texto

(42) Así, *García Villaverde, R.*, «Convenio de la quiebra», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, Madrid 1995, págs. 1694-1695.

Ver Texto

(43) Así *Gutiérrez Gilsanz, A.*, en «Comentario al artículo 136», en AA.VV., *Comentario a la legislación concursal*, dirigido *Pulgar Ezquerro, J./Alonso Ureba, A./Alonso Ledesma, C./Alcover Garau, G.*, *op. cit.*, págs. 1259-1260.

Ver Texto

(44) Así, *Gutiérrez Gilsanz*, «Comentario al artículo 136 LC», *op. cit.*, págs. 1258-1259.

Ver Texto

(45) En relación al deudor persona jurídica el art. 178.2 LC mantiene subsistente la responsabilidad por las deudas

pendientes tras la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, estableciéndose que la resolución judicial que declare dicha conclusión, acordará la extinción de la persona jurídica y se dispondrá al cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos correspondientes. Si posteriormente aparecieran nuevos bienes, se procederá a la reapertura del concurso aunque limitado a la realización de los nuevos bienes y derechos y el posterior reparto de las cantidades obtenidas entre los acreedores (art. 179.2 LC) operando por tanto esta reapertura como un mecanismo de reintegración de la masa.

[Ver Texto](#)

- (46) Con anterioridad a la reforma, el tenor literal del art. 1165 C de C de 1885, en relación al convenio de quiebra suscitaba dudas sobre la producción de los efectos del convenio con independencia de su cumplimiento. En este sentido se distinguía en la doctrina un sector que entendía sobre la base del art. 906 C de C que se levantarían las limitaciones derivadas del convenio en supuestos de su incumplimiento por el deudor. Así *Garrigues, Curso de Derecho mercantil*, Tomo II, Madrid 1983, ed. revisada por *Sánchez Calero*, pág. 505. Frente a ello otro sector doctrinal entendían subsistentes los efectos derivados del concurso no obstante su incumplimiento por el deudor. Así, *Ramírez, La quiebra*, Barcelona, 2.ª edición, 1998, puesta al día por *Caminals y Clavé*, tomo III, págs. 2017-2021.

[Ver Texto](#)

- (47) Así, *Bermejo*, en «Comentario al artículo 136 LC», en *Comentario de la legislación concursal*, Dir. *Rojo/Beltrán*, Madrid 2004, tomo II, págs. 2246-2247.

[Ver Texto](#)

- (48) Así, *Bermejo*, en «Comentario al artículo 136», en AA.VV., *Comentario de la ley concursal*, dirigido *Rojo/Beltrán, op. cit.*, pág. 2246.

[Ver Texto](#)

- (49) Me he ocupado de esta problemática en «Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio*: un problema a resolver» en *La Ley* n.º 6696, 19 de abril de 2007, págs. 1 y ss.

[Ver Texto](#)

