



MATILDE CUENA CASAS

*Profesora Titular (Acreditada como Catedrática) de Derecho Civil
Universidad Complutense
Coeditora del blog ¿Hay Derecho?*

La insolvencia de la persona física: prevención y solución*

19 de febrero de 2015

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación I+D: « Préstamo responsable y ficheros de solvencia» (DER 2013-46315) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que soy investigadora principal.

SUMARIO

I. Préstamo irresponsable a particulares y crisis financiera
II. Tratamiento paliativo del sobreendeudamiento privado: la regulación de la insolvencia de la persona física y su impacto económico.
III. El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente. Ley 25/2015 de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social de 28 julio 2015 (procedente del RDL 1/2015 de 27 de febrero). 1. Líneas generales de la reforma. 2 Beneficiario: el deudor de buena fe. 2.1 *La buena fe exigible al deudor satisface un umbral de pasivo mínimo. Deudas exonerables.* 2.2. *La buena fe exigible al deudor que se acoge a un plan de pagos. Deudas exonerables.* 2.3. Efectos: la exoneración provisional del pasivo pendiente. 2.3.1. *La posición de los codeudores solidarios y fiadores y avalistas.* 2.3.2. *Concurso casado en régimen de gananciales u otro de comunidad.* 2.4. *La propuesta de plan de pagos.* 2.5. *La revocación de la exoneración provisional.* 2.6. La exoneración definitiva del pasivo pendiente. 2.7. Valoración de la reforma. **IV. Particularidades del sobreendeudamiento hipotecario: la necesaria reforma de los arts. 682 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.** 1. El diagnóstico: un problema de comportamiento y no un mal diseño del derecho real de hipoteca. 2. La insuficiencia de las modificaciones legales realizadas y la *agravación* de la posición del deudor hipotecario: la modificación del art. 682 LEC. **V. Protección del deudor insolvente y acceso al mercado crediticio. Los ficheros de solvencia positivos.**

I. PRÉSTAMO IRRESPONSABLE A PARTICULARES Y CRISIS FINANCIERA

Esta crisis financiera ha puesto de relieve las consecuencias macroeconómicas que puede tener un alto sobreendeudamiento privado, tanto de empresas como de particulares. Se trata de una crisis que ha tenido un efecto sistémico: originada en los préstamos de alto riesgo en el mercado de EEUU, se han propagado sus efectos al resto de los países, adquiriendo dimensión internacional. La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial han coincidido en la necesidad de actuar en la prevención y solución de la insolvencia de la persona física¹. Toda crisis financiera pone a prueba la capacidad de reacción de las regulaciones en materia de insolvencia, y su ineficiencia puede tener graves repercusiones económicas y sociales².

Esta vinculación ha sido evidente en España, cuya legislación concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) ha fracasado estrepitosamente y buena prueba³ de ello ha sido la cantidad de reformas que el texto ha sufrido desde su aprobación. Enfocada únicamente en la satisfacción de los intereses de los acreedores (al margen de que la actuación de los mismos haya sido o no irresponsable), ha fulminado el tejido empresarial

¹ BANCO MUNDIAL, «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo nº 31, enero-abril 2014, pp. 197 y ss. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>

² BLOCK-LIEB, S y HALLIDAY, T., «The Microeconomics and Macropolitics of Systemic Financial Crisis: Bankruptcy as a Point of Reference» (2014). Forthcoming in SOVEREIGN INSOLVENCY: POSSIBLE LEGAL SOLUTIONS, p. 2, (Jasna Garasic and Nadia Bodiroga-Vukobrat, eds SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2538584>

³ Las últimas reformas han estado pensadas en la empresa. Así, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial cuya finalidad ha sido la flexibilización de los acuerdos preconcursales con el objetivo de evitar la liquidación y cierre empresarial. Por su parte, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal también favorece la continuidad empresarial favoreciendo la salida convencional de la crisis con cambios en materia de convenio concursal. Las dos reformas tienden a recuperar al deudor evitando el cierre empresarial y el aumento del desempleo, nada deseable máxime en el contexto político actual con varias consultas electorales.

español con las consecuencias que ello ha tenido en las cifras de desempleo. La recuperación del deudor estaba en un segundo plano⁴, tal y como se explicitaba en la Exposición de Motivos de la LC⁵.

La debilidad de la recuperación económica es fruto de una mala solución del endeudamiento privado, que es el principal problema económico que tiene España⁶. Los altos niveles de deuda privada se están trasladando al sector público y de ahí que en la actualidad se haya disparado la deuda pública que roza el 100% PIB⁷. La muerte de la empresa y la condena a la exclusión social del deudor persona física, le convierten en acreedor de recursos sociales, agravando el déficit público⁸. España es un claro ejemplo de la interacción entre el crédito priva-

⁴ En este sentido, Olivencia, M., *La satisfacción de los acreedores como fin esencial del concurso*, en Rojo/Beltrán (dirs.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, 2010, pp 31-47. «*El modelo «satisfactorio» de los acreedores adoptado por nuestra LC no excluye, sino que ordena jerárquicamente, otras finalidades, instrumentales o secundarias, en el concurso. La satisfacción de los acreedores se persigue a través de una doble vía de soluciones: el convenio o la liquidación. La LC prioriza la primera; como prima la finalidad conservatoria sobre la liquidatoria en la política jurídica. Pero la conservación no es fin esencial ni absoluto sino sometido al de satisfacción de los acreedores».*

«*La satisfacción de los acreedores alcanza en el sistema concursal español un valor de interpretación teleológica como pauta del art. 3.1 C.c.: «Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».* La finalidad de satisfacción de los acreedores es, pues, guía hermenéutica de todo el sistema concursal y de las normas que lo integran, cuyo sentido ha de orientarse en función de esa finalidad esencial. En ese plano interpretativo, ha de descifrarse también, a mi juicio, el concepto jurídico indeterminado del «interés del concurso», vinculado necesariamente a su finalidad esencial, la máxima satisfacción de los acreedores, por encima de otros intereses involucrados en el procedimiento. Es, en definitiva, un criterio ordenador de jerarquía de intereses. *La finalidad conservativa pudiera, en casos concretos, ser de interés para los trabajadores, para proveedores y clientela, para la economía en general, pero perjudicial para los acreedores, y, en ese concreto conflicto, el interés del concurso ha de decidirse a favor de éstos».*

⁵ Apartado II de la Exposición de Motivos señala que «*la unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso».*

⁶ Del total de deuda, la de las administraciones supone el 36,4% del PIB, la de las empresas el 36% y la de las familias el 27,6%, si bien sumando empresas y familias la deuda privada sigue superando a la pública con un 64% frente a un 36%. <http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/indeco.html>

⁷ <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

⁸ GÓMEZ-OLIVÉ I CASAS, *¿Quién controla el agujero de la deuda privada española?* Revista de Economía Crítica, nº 13, 2012, pp. 97 y ss: «*El déficit y la deuda pública españolas son consecuencia y no causa de la crisis».*

do y la deuda pública. Como se ha afirmado con una meridiana claridad «el problema central de nuestro país es el excesivo endeudamiento privado. Los problemas bancarios y las dudas sobre la sostenibilidad de las cuentas públicas son, en realidad, un reflejo de dicho endeudamiento. Son la fiebre que aqueja al enfermo, no la enfermedad en sí misma. Bajar la fiebre, no curará al enfermo»⁹. Las pérdidas del sector financiero fruto de un generoso e irresponsable mercado crediticio han sido absorbidas por el Estado que además ha tenido que gastar más en atender situaciones de exclusión social a la que se han visto abocados los deudores incapaces de pagar sus deudas. Las cifras evidencian esta idea¹⁰.

Si bien el concurso de acreedores debe, por supuesto, seguir orientado a satisfacer el interés de éstos, es deseable reforzar el objetivo de la recuperación del deudor, dados los efectos positivos que puede tener para la economía general¹¹. Un sistema concursal que no favorece la salida convencional de la crisis ni ofrece adecuados mecanismos pre-concursales no estimula adecuadamente la declaración de concurso a tiempo y, mediatamente, aboca al deudor a la liquidación. De ahí que en un año duro como fue el 2013, el 95% de las empresas españolas terminaran en liquidación¹². De los nocivos efectos del planteamiento adoptado en la legislación concursal parece haberse dado cuenta el legislador español, aunque con cierto retraso y a instancia de la propia

⁹ BLÁZQUEZ, J, *Inmersos en una crisis sin salida*, <http://economistasfrentealacrisis.wordpress.com/2012/07/23/inmersos-en-una-crisis-sin-salida/>

¹⁰ Vid. Análisis de la situación española que realizan JORDÀ, SCHULARICK y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/kolloquium/ws1213_/Jorda.pdf p. 5.

¹¹ En el documento «Nuevo informe europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Estrasburgo, 12.12.2012. COM(2012) 742 final, se pone de relieve la importancia de la regulación en materia de insolvencia para la generación de crecimiento económico: «una de las acciones fundamentales para mejorar el funcionamiento del mercado interior es la modernización de la normativa de la Unión en materia de insolvencia a fin de facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los emprendedores» (...) «Conceder a los emprendedores una segunda oportunidad para que vuelvan a poner en marcha negocios viables y salvaguardar el empleo son elementos clave del nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Este enfoque aspira a dar un impulso sólido a las empresas europeas en el mercado interior». Existe plena consciencia a nivel europeo de la relevancia de la normativa concursal para la recuperación económica, sugiriéndose un impulso a la unificación legislativa europea en este terreno.

¹² https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf

UE¹³ y de instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional¹⁴.

Aunque son muchos los factores a tener en cuenta, cabe decir que ha existido un *estímulo positivo al préstamo irresponsable*. Los prestamistas que han gozado de un sistema jurídico, particularmente en el caso de España, claramente *pro creditoris* que carecía de adecuados controles y los pocos que existían, no se han hecho efectivos por las autoridades competentes. El prestamista que contrataba con un cliente conociendo que no iba a poder hacer frente a sus obligaciones, no padecía ninguna consecuencia negativa cuando, tal y como ha sucedido en el ámbito hipotecario, podía trasladar el riesgo a terceros a través del mercado secundario por medio de la titulización de los activos¹⁵.

Todo ello acompañado de un *consumo irresponsable* estimulado desde todas las aristas del sistema, un consumidor optimista que cuando contrata no valora la hipótesis de que pueda quedarse sin trabajo, tener un accidente, una enfermedad o un divorcio.

Es claro que el problema de la insolvencia se produce por consecuencia de políticas de apoyo a al acceso al crédito, principal motor del crecimiento económico. Sin crédito no hay insolvencia. Por ello toda política de estímulo crediticio debe necesariamente venir acompañada de un régimen adecuado en materia de insolvencia que equilibre el sistema. Y esto no ha sucedido en España que se sumó a la estrategia de fomento del crédito, pero sin adoptar adecuados mecanismos de control y sin abordar una regulación adecuada de la insolvencia de las personas

¹³ Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80463 Informe del FMI de 20 de julio de 2014 (pág. 42) alude a la necesidad de establecer un régimen de segunda oportunidad para empresarios y también lo recomienda para consumidores (nota 10) <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio) de 29 de abril de 2014 se postula el régimen de segunda oportunidad para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores (apartado 5.1) <http://www.bizkaia.net/fitxategiak/05/ogasuna/europa/pdf/documentos/14-C311-06.pdf>

¹⁴ Informe del FMI de 20 de julio de 2014 (pág. 42) <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf>

¹⁵ CL PETERSON *Over-Indebtedness, Predatory Lending, and the International Political Economy of Residential Home Mortgage Securitization: Comparing the U.S. Subprime Home Mortgage Lending Crisis to Home Finance in the United Kingdom, Germany, and Japan* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1083184 (consultado el 16 de mayo 2014), p. 4.

naturales y centrándose de facto en la insolvencia de sociedades. Este error ha tenido importantes consecuencias macroeconómicas.

Abordar el tratamiento preventivo del sobreendeudamiento privado debe ser una prioridad legislativa pues supone a su vez atacar el endeudamiento público. Tratar éste sin incidir en aquél implica no resolver el problema de fondo. En la actualidad los esfuerzos de los gobiernos se centran en la consolidación del sistema financiero, la rebaja del desempleo y la recuperación del crecimiento, más que en adoptar medidas que tiendan a evitar que lo sucedido nos vuelva a pasar.

Y no hay que olvidar que la falta de un tratamiento adecuado de la insolvencia de los particulares no sólo tiene un impacto macroeconómico, sino también político, pues este tema se ha erigido en estandarte de nuevos partidos políticos que han terminado con el bipartidismo hasta ahora reinante en el panorama político español.

España ha presentado un notable retraso normativo en este terreno con una pésima regulación cuya reforma es preciso abordar desde distintos textos. Ya se han producido algunos cambios cuya valoración realizaré en el presente trabajo. Pero falta camino por recorrer, dado que no basta abordar un tratamiento paliativo de la insolvencia, sino que además es necesario actuar en el terreno de la prevención y no parece que este aspecto constituya una prioridad para el legislador cuyo máximo interés es potenciar un mercado crediticio y, me atrevo a decir, generar una nueva burbuja inmobiliaria.

Además de cambios en la legislación concursal, son precisas medidas eficaces que actúen en la fase previa de la concesión de créditos¹⁶, haciendo realidad la noción de préstamo responsable enfocado no solo en deberes precontractuales de información al cliente bancario, sino también en una adecuada evaluación de la solvencia del deudor¹⁷. La

¹⁶ Así lo señala el Comité Económico y Social Europeo en su «Dictamen sobre la protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» de 29 de abril de 2014 <http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=ces/int/int726/es/eesc-2014-00791-00-00-ac-tra-es.doc> :

¹⁷ Como se ha puesto de relieve en el informe del Banco Mundial, *Responsible lending, Overview of regulatory tools*, octubre 2013, p. 15, como no existen normas internacionalmente reconocidas sobre préstamos responsables, los distintos países han utilizado una amplia gama de enfoques regulatorios. Algunos se basan principalmente en la regulación de la divulgación de información, esperando que los consumidores sean capaces de tomar decisiones adecuadas. Otros países ponen la carga de los préstamos responsables principalmente de prestamistas, que les exige evaluar la idoneidad del préstamo para cada consumidor. Otros optan por soluciones más prescriptivas, la definición de límites a las tasas de interés, índices máximos de deuda a ingresos o préstamo-valor

Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los Contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/38/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 (en adelante DCH), introduce novedades relevantes en este terreno tendentes a prevenir el sobreendeudamiento hipotecario, génesis del desastre que padecemos en la actualidad¹⁸.

A mi juicio, no basta, una mera protección contractual¹⁹ del consumidor (inundándole de información que no comprende), estrategia que se ha evidenciado a todas luces insuficiente²⁰, sino que hay que ir más allá: que el prestamista asuma algún coste por comportamientos irregulares (y no meras multas administrativas impuestas por el regulador), que tenga incidencia en la eficacia del contrato celebrado con el cliente²¹ y que su conducta pueda ser evaluada a efectos de una subordinación

o límites de las sanciones y multas por retraso». <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2013/10/18639527/responsible-lending-overview-regulatory-tools>

¹⁸ Hay que destacar que una cierta transposición de la DCH se ha llevado a cabo por la reforma del Código de Consumo de Cataluña operada por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre. Se regula en el art. 263-2 CCCat la obligación de evaluar la solvencia por parte del prestamista, materia que considero está reservada al legislador estatal.

¹⁹ Para ATAMER YM, *Duty of responsible lending: should the European Union take action?* cit., p. 201, el enfoque tradicionalmente basado en la protección contractual del contratante más débil así como la educación financiera y los deberes de asesoramiento se han evidenciado insuficientes en la crisis financiera actual. La información precontractual suministrada al consumidor no es suficiente para frenar situaciones de abuso. Por el contrario, en España se sigue postulando este enfoque para abordar el problema de la insolvencia de los particulares y, particularmente el sobreendeudamiento hipotecario, a pesar de haber demostrado la realidad el fracaso de este planteamiento cfr. PULGAR EZQUERRA, J, «El sobreendeudamiento de la persona física» Revista El Notario del S. XXI, n° 50. 2013, <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/42-el-sobreendeudamiento-de-la-persona-fisica> donde afirma que «la prevención y tratamiento de la insolvencia/sobreendeudamiento de la persona física debe abordarse, en primer lugar y en todo caso, desde una perspectiva contractualista en el marco general del derecho de obligaciones y contratos».

²⁰ Como ha señalado ZUNZUNEGUI, F., «Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios», Revista Teoría & Derecho. *Revista de Pensamiento Jurídico*, N° 16, 2014, pp. 141, «la crisis ha servido para constatar que el remedio habitual de la transparencia de las condiciones económicas en que se encontraban los créditos no sirve para prevenir el sobreendeudamiento».

²¹ Así lo trato en mi trabajo, Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 20, 2014, pp. 160 y ss. Y también versión online <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/el-notario-2r/3684-prestamo-responsable-informacion-crediticia-y-proteccion-de-datos-personales>

crediticia en el procedimiento concursal. De lo contrario, estaremos solo protegiendo a una de las partes de la relación jurídica (las entidades financieras y sus cuentas de resultados²², desequilibrando el sistema en contra del interés público económico. La mala praxis de entidades privadas ha llevado a la economía mundial al caos y por eso hay que cambiar las «recetas» hasta ahora utilizadas y hay que hacerlo, a mi juicio, tocando varias parcelas del ordenamiento. El rescate de las entidades lo ha sido mediatamente del ciudadano, pues no cabe olvidar que son los depósitos los que en última instancia se han protegido, pero una vez realizado éste con dinero público, es necesario sentar unas bases firmes que generen un mercado crediticio más seguro y menos vulnerable.

Para que el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor tenga una regulación eficaz y adecuada, los sistemas de información crediticia adquieren un papel relevante, con objeto de lograr un justo equilibrio entre la protección de la privacidad financiera y el interés público en preservar la estabilidad del sistema financiero reduciéndose los efectos de la «selección adversa» del deudor. En este punto, es preciso evaluar la regulación de la Ley de Protección de datos personales en el tratamiento de los denominados «ficheros de solvencia patrimonial», segundo bloque normativo que coadyuva a la consecución del objetivo del préstamo responsable.

Y por último, no cabe hablar de préstamo –o crédito– responsable si a su vez no nos referimos al *consumo responsable*, siendo imprescindibles medidas en materia de educación financiera del consumidor de forma que se avance en la mejora de la «cultura financiera» de los ciudadanos y les permita tomar decisiones responsables y tengan capacidad de comprender la información que legalmente el prestamista pone a su disposición. Es éste un terreno en el que España está muy lejos de los planteamientos ya aprobados en otros países en donde se ha trabajado en el ámbito del asesoramiento por entidades independientes tanto en lo referente a la contratación de productos de inversión como en el control del sobreendeudamiento.

En cualquier caso, debe evitarse el frecuente «efecto péndulo», de forma que no pasemos a una regulación desequilibrada, excesivamente *pro debitoris*, que puede traer perniciosos efectos a nuestro mercado crediticio. Es preciso equilibrar el sistema lo que resulta una tarea difícil pues implica a varios sectores de nuestro ordenamiento jurídico.

²² Manifiesta especial preocupación por este extremo, PULGAR EZQUERRA, J., «La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario», RDM n1 291, enero-marzo 2014, p 211.

Son necesarios más cambios en la Ley Concursal, en la Ley de Enjuiciamiento Civil y sobre todo, en la Ley de Protección de datos personales, abordándose una regulación adecuada de los ficheros de solvencia positivos. No debe alterarse el funcionamiento del mercado crediticio por consecuencia de la adopción de estas medidas paliativas de la insolvencia. De poco vale proteger al deudor si a renglón seguido se le condena a una exclusión financiera y se genera un incremento del coste crediticio para todos los solicitantes de crédito. Los ficheros de solvencia positivos atemperan estos efectos perversos.

II. TRATAMIENTO PALIATIVO DEL SOBREENDEUDAMIENTO PRIVADO: LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA Y SU IMPACTO ECONÓMICO

De todas las reformas que estaban pendientes, si se me permite la expresión, la auténtica «patata caliente»²³ era el tratamiento de la insolvencia de la persona natural, preterida, maltratada por la LC en su redacción inicial²⁴. Por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), el deudor respondía con todos sus bienes presentes y futuros, de manera que liquidado su patrimonio en el proceso concursal, éste no le aportaba ninguna solución porque el deudor seguía debiendo el pasivo pendiente y los acreedores podían iniciar ejecuciones singulares para cobrar sus créditos en el caso de que el deudor consiguiera remontar. Ello a diferencia de lo que acontecía en los ordenamientos que regulaban un régimen de segunda oportunidad (*fresh start* o también denominado *discharge*) en los que tal pasivo quedaría condonado y el deudor podría «volver a empezar» una nueva actividad, generando puestos de trabajo y dejando de consumir recursos sociales. Esto no lo necesita una persona jurídica, que tras la liquidación concursal o la constatación de la insuficiencia de bienes para satisfacer las deudas se extingue y desaparece como sujeto de derecho, y por lo tanto, restando insatisfecho el pasivo que quedara pendiente. Ello es así salvo

²³ Término que emplean BLOCK-LIEB, S., y HALLIDAY, T., «The Microeconomics and Macropolitics of Systemic Financial Crisis: Bankruptcy as a Point of Reference» (2014). Forthcoming in SOVEREIGN INSOLVENCY: POSSIBLE LEGAL SOLUTIONS (Jasna Garasic and Nadia Bodiroga-Vukobrat, eds SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2538584>

²⁴ Cfr. CUENA CASAS, M., «Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física», Revista Aranzadi doctrinal, n° 7, 2009, pp. 91-112, donde expongo la discriminación negativa que padece la persona física en la LC en relación con el deudor persona jurídica.

que tras la declaración judicial de extinción y la cancelación registral de la persona jurídica, aparezcan bienes o derechos de la citada persona jurídica cancelada, en cuyo caso se producirá la reapertura del concurso, con el fin de liquidar los bienes y derechos sobrevenidos y seguir pagando las deudas que quedaron insatisfechas en el concurso previamente²⁵.

España presentaba un retraso normativo intolerable y desde instancias internacionales²⁶ se le reclamaba una modificación legal que instaurara el régimen de segunda oportunidad, de forma que el deudor de buena fe pudiera ver condonado el pasivo pendiente para evitar su exclusión social.

Y es que, efectivamente, no tener un régimen de segunda oportunidad estaba teniendo en España un impacto económico brutal.

En primer lugar, el sistema vigente en España supone un *estímulo negativo a la iniciativa empresarial*. La persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa²⁷. El 51'82% de los empresarios son persona física. El fracaso empresarial en España está penalizado porque al margen de la causa que ha provocado el mismo, el deudor es condenado a la exclusión social porque el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), le impide reiniciar con eficacia una nueva actividad empresarial pues arrastra todo el pasivo pendiente.

²⁵ Vid., el profundo estudio de MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso», Pamplona 2013 donde cuestiona la aplicación literal del art. 178.3 LC. A su juicio, dados los problemas que suscita la extinción de la sociedad tras la conclusión del concurso, «la solución más razonable consiste en entender que el juez que declara la conclusión del concurso por las causas señaladas en la Ley no debe declarar la extinción de la persona jurídica cuando existan bienes, derechos, procesos o relaciones jurídicas pendientes de la sociedad cuyo concurso se concluye».

²⁶ Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80463 Informe del FMI de 20 de julio de 2014 (pág. 42) alude a la necesidad de establecer un régimen de segunda oportunidad para empresarios y también lo recomienda para consumidores (nota 10) <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio) de 29 de abril de 2014 se postula el régimen de segunda oportunidad para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores (apartado 5.1) <http://www.bizkaia.net/fitxategiak/05/ogasuna/europa/pdf/documentos/14-C311-06.pdf> UNCITRAL, «Legislative guide on Insolvency law», 2005 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf

²⁷ http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2013.pdf

Por lo demás, este efecto negativo no tiene lugar solo para la persona física como empresaria individual, ya que incluso aunque el sujeto actúe a través de una sociedad, se produce lo que se ha denominado «*responsabilidad limitada imperfecta*»: en esas empresas la separación de los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta²⁸. Efectivamente, detrás de una PYME hay un patrimonio personal que se está arriesgando para el futuro, pues pocas entidades financieras conceden crédito sin un aval prestado por persona física. El resultado es que el nivel de iniciativa empresarial en España es bajo si se compara con los países de nuestro entorno²⁹ y, tal y como se evidencia en el último Eurobarómetro de la Comisión Europea³⁰. Según este documento, preguntados los ciudadanos de la UE acerca de cuáles son sus temores ante la decisión de iniciar una actividad económica por cuenta propia, el 55% de los encuestados españoles respondieron el riesgo a la pérdida de la vivienda, el 50%, el riesgo de insolvencia. Esta *ratio* es la más alta de los países encuestados, lo que pone de relieve que en España tiene mucho peso en contra de la decisión de emprender la ausencia de una segunda oportunidad para el deudor insolvente y la falta de mecanismos de protección de la vivienda habitual.

Cuando no existe un régimen de segunda oportunidad, los acreedores no tienen ningún estímulo a negociar pues queda aparentemente abierta la puerta a la agresión de los bienes futuros. Con un régimen de segunda oportunidad, se estimula el acuerdo incluso fuera del proceso concursal *porque el* acreedor tiene «algo que perder» si se procede a la liquidación del patrimonio del deudor de buena fe en el proceso concursal. En España el 97% de los concursos concluyen en liquidación. Dado que el concurso no brinda ninguna posibilidad de recuperación del deudor, la declaración es tardía³¹ y la posibilidad de convenio se reduce.

²⁸ GÓMEZ POMAR, F., y CELENTANI, M., *Tarea urgente: el concurso personal*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, n°2 2012, p. 4 <http://www.indret.com/es/?ed=52> (consultado el 21 de octubre de 2013).

²⁹ En España los datos sobre el TEA (*Total Entrepreneurial Activity*), que es el porcentaje de personas de la población de 18 a 64 años de un país que se encuentra bien montando una empresa o dirigiendo una que no lleve más de 42 meses de actividad, son reveladores y han experimentado una disminución del 2% en los dos últimos años. Cfr. *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM 2012) para una comparativa con el resto de países de nuestro entorno. <http://www.gemconsortium.org/>

³⁰ Flash Eurobarometer n° 354, *Entrepreneurship in the EU and beyond*, Agosto 2012, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_en.pdf (consultado el 21 de octubre de 2013)

³¹ Este aspecto ha sido resaltado por el FMI en su informe sobre España en julio de 2014 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf>

De ahí la conveniencia del establecimiento de un régimen de liberación de deudas debe ir acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis como puede ser una mediación previa que evite el colapso judicial por el «efecto llamada» que una medida de esta naturaleza generaría. Por ello el RDL 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social correctamente a mi juicio, no se limita a la introducción del régimen de segunda oportunidad, sino también modifica el régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos.

Un sistema que no pone límites a la ejecución favorece la economía sumergida: el deudor que tiene la «espada de Damocles» de una ejecución singular tras el concurso por razón de responder de sus obligaciones con sus bienes «futuros», reiniciará actividad económica a través de testaferros, tendrá poco incentivo para encontrar empleo y todo ello tiene un impacto negativo obvio en los ingresos del Estado. Hasta la fecha, el sistema estimulaba la rehabilitación del deudor «al margen de la ley», lo cual suponía indirectamente un *incentivo a la economía sumergida*.

Este problema es particularmente grave en España. El nivel de la economía sumergida en España sistemáticamente se viene situando muy por encima de los de Francia, Reino Unido, Austria o Alemania y que solamente Italia, entre los países grandes europeos, tiene un nivel superior y se sitúa en torno al 20 % del PIB³². Por lo tanto, abordar eficazmente la insolvencia personal tiene impacto en la reducción del déficit público impuesta por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE.

Otro efecto colateral sumamente relevante de la regulación adecuada de la insolvencia de la persona física es que *estimula la concesión responsable de crédito*, cuya ausencia es precisamente la causa de esta crisis financiera. La instauración de la exoneración del pasivo pendiente tiene pues un efecto colateral en la prevención del sobreendeudamiento privado. Este aspecto ha sido resaltado por el Banco Mundial en el informe citado, al señalar que «los acreedores que saben que sus deudores tienen acceso a una «salida de emergencia» tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito³³.

³² Cfr. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A., y MARTÍNEZ PARDO, R., «La economía sumergida en España», Fundación de Estudios Financieros, 2013. http://www.febf.org/DOCUMENTO_DE_TRABAJO_4_2as.pdf

³³ BANCO MUNDIAL, «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo nº 31, enero-

La excesiva tutela del acreedor que caracterizaba la legislación concursal española le impulsa a conceder crédito sin las cautelas adecuadas porque no tiene límites en la ejecución.

En suma, *condenar al deudor a la exclusión social tras la liquidación de su patrimonio cuando se declara insolvente desincentiva la toma de riesgos, el consumo y la inversión*. Ello tiene además un impacto negativo en el desempleo que alcanza en España tasas.

Como se puede apreciar, el impacto económico del régimen de segunda oportunidad es tremendo, de ahí que desde 1898 en USA³⁴ forme parte de la esencia del concurso personal esta figura³⁵ por virtud del cual y siempre que se reúnan determinados requisitos, particularmente la buena fe del deudor (honesto pero desafortunado), liquidado su patrimonio, quede exonerado de las deudas pendientes pudiendo «volver a empezar» y reintegrarse en la sociedad.

En España esta medida se ha ralentizado por el temor al impacto que pudiera tener en las cuentas de resultados de las entidades financieras, a que se alterara la cultura de pago y a que se produjera un colapso judicial.

No hay riesgo de *moral hazard*, ni se altera la cultura de pago, si la regulación es adecuada. No todo deudor que se declare en concurso por ser insolvente se puede acoger a este remedio. El beneficiario es el *deudor de buena fe*, aquél que, previo examen de sus circunstancias, tiene una *incapacidad de pago no culpable* siendo necesarios adecuados *mecanismos de control y límites a la condonación de deudas*, que ya existen en los países de nuestro entorno. El temor al colapso judicial se atempera con una regulación adecuada de un procedimiento extrajudicial eficaz.

Respecto a su impacto en las cuentas de resultados de las entidades financieras, como ha señalado el Banco Mundial³⁶, con este temor puede

abril 2014, p. 240. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>

³⁴ Cfr. CUENA CASAS, M., «Fresh start y mercado crediticio», InDret 2011, http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

³⁵ Este es el fundamento del régimen de segunda oportunidad para el deudor persona física en USA: Que el deudor honesto y desafortunado tenga estímulos a nuevos esfuerzos que no se vean obstaculizados por la presión de la deuda preexistente *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934).

³⁶ BANCO MUNDIAL, «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo n° 31, enero-abril 2014, p. 237. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>

ignorarse una realidad difícil de asumir: que no es justo la exoneración lo que destruye el valor, sino que es el hecho de la insolvencia material de los deudores de los préstamos lo que ya ha destruido su valor. Sostener artificialmente a un sector financiero, favoreciendo una opacidad contable, puede simplemente retrasar lo inevitable. Esto es lo que ha sucedido en España: hemos sostenido artificialmente a un sistema financiero que ha sido rescatado y el precio lo han pagado las personas físicas insolventes, lo que ha provocado a su vez un radicalismo político y social que puede poner en riesgo todo el sistema.

Y precisamente este radicalismo es el que ha empujado al legislador a afrontar por fin el tratamiento jurídico del régimen de segunda oportunidad. El «intento» consumado en la introducción de la figura por la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización de 27 de septiembre de 2013³⁷, fue un auténtico «brindis al sol»: eran tan exigentes los requisitos para obtener la exoneración de deudas que pocos deudores se han beneficiado de ella.

Por ello las expectativas puestas en el RDL 1/2015 de 27 de febrero eran extraordinarias y su impacto económico y político también. El resultado, como explicaré a continuación, es desalentador. Sin duda se ha avanzado porque era difícil no hacerlo puesto que la situación de partida era lamentable. Pero la regulación es deficiente desde el punto de vista técnico y muy restrictiva lo que evidencia el extraordinario poder que tiene el lobby bancario en este país. Y ello a pesar de que el Gobierno ha tenido a la vista dos propuestas llevadas a cabo por expertos. Ha ignorado mejoras razonables y deja voluntariamente en la oscuridad aspectos clave. Parece que se «legisla mal a propósito»³⁸. Esta reforma «se vendió» como un avance en el debate sobre el Estado de la Nación con una clara finalidad electoral.

El RDL 1/2015 se ha tramitado como proyecto de ley recogándose finalmente el régimen definitivamente aprobado en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. El texto aprobado introduce cambios notables respecto del RDL 1/2015. El Gobierno ha rectificado y eso es una buena noticia, aunque como señalaré a continuación, se mantienen fallos importantes.

³⁷ Cfr. CUENA CASAS, M., «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», ADCo n.º 31, 2014, pp. 123 y ss

³⁸ DELGADO TRUYOLS, A., y GOMÁ LANZÓN, F., «¿Se legisla mal a propósito?» <http://hayderecho.com/wp-admin/post.php?post=12403&action=edit>

III. EL NUEVO RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LA PERSONA FÍSICA INSOLVENTE. LEY 25/2015 DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL DE 28 DE JULIO DE 2015 (PROCEDENTE DEL RDL 1/2015 DE 27 DE FEBRERO)³⁹

1. Líneas generales de la reforma

El nuevo régimen de segunda oportunidad se regula en el art. 178 bis LC. Merece un juicio sin duda positivo que la reforma haya tenido como destinatario la persona natural, sin que se distinga entre empresario y consumidor cuando se llega al momento procesal en el que se aplica el régimen de segunda oportunidad (en adelante SOP). Si bien inicialmente la intención del Gobierno era regular la situación de los autónomos⁴⁰, finalmente todo deudor persona natural, sea empresario o consumidor, se puede beneficiar del régimen. La severidad del principio de responsabilidad patrimonial universal se produce solo respecto de las personas físicas⁴¹ y es preciso recuperar al sujeto como consumidor potencial evitando su exclusión social, lo cual tiene impacto en el gasto público y mediatamente en la insolvencia empresarial que requiere de consumo activo. De hecho, la caída del consumo privado es una de las causas del cierre empresarial. A mi juicio, *no se puede afrontar de manera efectiva la insolvencia empresarial sin tratar en paralelo la insolvencia del consumidor*⁴². Exonerar sólo al empresario trae como dificultad añadida la disociación dentro del pasivo del deudor de las deudas que proceden de su actividad empresarial y si todas le pueden ser condonadas, entonces la discriminación negativa al consumidor sí es, a mi juicio, insostenible⁴³.

³⁹ Puede consultarse en la página web del Senado http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_550_3682.PDF

⁴⁰ CUENA CASAS, M., «Una segunda oportunidad ¿sólo para empresarios?» <http://hayderecho.com/2015/01/14/una-segunda-oportunidad-solo-para-empresarios/>

⁴¹ Para DE LA CUESTA RUTE, JM, «Persona física y consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por Cuenca Casas, M y Colino Mediavilla JL, Cizur Menor, 2009, p. 115.

⁴² Me refiero a la noción de consumidor como persona física que actúa en el ámbito ajeno de su actividad empresarial o profesional. No parto del concepto acogido en el art. 3 TRLCU de 2007 (reformado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo) que considera también consumidor a la persona jurídica y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

⁴³ Trato de esta cuestión y su incidencia en el Derecho Italiano, en mi trabajo «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: «intentos» de regulación y ninguna solución». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 2012, pp. 97 y ss

Como ha señalado el Banco Mundial, «a menudo es muy difícil trazar una distinción significativa entre los deudores que son «consumidores puros» y los deudores que son empresarios o «no empresarios». La transformación del mercado laboral durante las últimas décadas ha convertido a muchos proveedores de servicios de baja calificación, que eran trabajadores, en proveedores de servicios autónomos»⁴⁴.

La Ley 25/2015 (en adelante LSOp) introduce cambios en la regulación del *acuerdo extrajudicial de pagos* (arts. 231 y ss) siendo destacable el que ahora se permita el acceso al mismo a los consumidores, dado que antes de la reforma sólo podían acudir a él los empresarios. Como he dicho, todo régimen de segunda oportunidad debe ir acompañado de un eficaz mecanismo extrajudicial de salida de la crisis de manera que la SOP estimule el acuerdo y evite el temido colapso judicial. El enfoque es adecuado, y a salvo de lo que posteriormente señalaré, en principio, para obtener la exoneración de deudas es necesario que el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial (art. 178 bis.3.3° LC).

En el trámite para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante, AEP), se diseñan especialidades de régimen para el caso de deudor no empresario de forma que los notarios puedan conducir las negociaciones quienes pueden, designar, si lo estima conveniente y lo solicita el deudor, un mediador concursal (art. 242 bis LC). La LSOp ha modificado este precepto permitiendo que el deudor solicite al notario el nombramiento de mediador concursal.

Iniciado el expediente para lograr un AEP se produce una suspensión de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual por plazo máximo de tres meses (art. 235.2.a LC) si el deudor es empresario y por dos meses si el deudor es consumidor (art. 242 bis.1.8° LC). Si no se logra el acuerdo, el notario instará el concurso del deudor que se abrirá directamente en fase de liquidación (art. 242.1.10° LC). Si el deudor es empresario, lo hará el mediador concursal y será posible presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 242.2.1° LC).

La exoneración de deudas debe solicitarla el deudor tras la conclusión del concurso por liquidación del activo o por insuficiencia de masa (art. 178 bis.1 LC) y siempre que lo solicite el deudor dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el art. 152.3 LC relativo al plazo de rendición de cuentas (art. 178 bis.2 LC). Cuando el concurso concluye por insuficiencia de masa activa, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo

⁴⁴ Banco Mundial en su «Informe sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», ADCo n° 31, p. 223,

insatisfecho en el plazo de audiencia concedido a las partes tras la conclusión (art. 176 bis.3 LC).

Obsérvese, pues, que no se puede producir la exoneración de deudas sin la previa liquidación del patrimonio, la cual debe producirse también en los casos de insuficiencia de masa activa tras la nueva redacción que ha recibido el art. 176 bis LC. Ello afecta también a las ejecuciones hipotecarias, dado que el acreedor pierde su derecho de ejecución separada una vez abierta la fase de liquidación (art. 57.3 LC). Por lo tanto, no se puede plantear el hecho de que se pueda exonerar la deuda con garantía real, sencillamente porque ésta se tiene que haber ejecutado. Cosa distinta es el remanente de deuda que eventualmente pueda quedar pendiente tras la ejecución, la cual podrá ser exonerada, tal y como trataré posteriormente (art. 178 bis.5.2º LC).

Sin embargo, este extremo no parece estar claro. En el auto del Juzgado mercantil nº 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 se concedió una exoneración del pasivo pendiente (con arreglo al régimen que estaba vigente antes de la aprobación del RDL 1/2015) sin haberse ejecutado la hipoteca, lo cual se publicó en los medios como una buena noticia⁴⁵. Pues bien, entiendo que esto no se puede hacer con arreglo a la ley vigente (ni tampoco según el texto anterior a la reforma) pues la exoneración de deudas exige la liquidación del patrimonio. Aunque la falta de ejecución de la hipoteca pueda parecer beneficiosa para el deudor, en realidad no lo es y se trata de una estrategia de las entidades financieras para escapar⁴⁶ del régimen de SOP.

Efectivamente, en caso de ejecución, el pasivo pendiente podría verse afectado por la exoneración de deudas. Si no se ejecuta la hipoteca en el proceso concursal, el acreedor puede ejecutar la hipoteca y el deudor seguir debiendo el pasivo pendiente, aplicándose en su caso la norma contenida en el art. 579 LEC, que es menos beneficiosa para el deudor. Por lo tanto, no ejecutar la hipoteca y aplicar la exoneración de deudas al resto de los acreedores no sólo es ilegal, sino que además perjudica al deudor. Si la entidad quiere llegar a un acuerdo con el deudor, puede hacerlo en la fase del AEP, y si tal acuerdo se logra, se evitará el concurso consecutivo y ningún acreedor podrá verse afectado por la exoneración de deudas. Hacer lo contrario, logrando un acuerdo en fase de liquidación supone una

⁴⁵ <http://www.lavanguardia.com/economia/20150511/54431160334/jueces-facilitaran-hipotecados-piso.html#.VVCVo2PY0qg.twitter>

⁴⁶ CUENA CASAS, M., «La banca ya sabe cómo escapar del régimen de segunda oportunidad» <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/>

discriminación injustificada de los acreedores que carece de amparo legal, pues unos se verán afectados por la exoneración y otros no.

Hay que destacar que el régimen adoptado es un tanto particular y se aleja de los modelos adoptados en los modernos sistemas de insolvencia. La exoneración del pasivo pendiente es siempre provisional y sólo tras el transcurso de 5 años puede devenir definitiva siempre que se logre abonar un umbral de pasivo mínimo. Hasta la reforma operada por el RDL 1/2015, tal pasivo mínimo debía ser satisfecho por el deudor en el momento de la conclusión del concurso. Ese sistema se mantiene, como veremos, si bien se añade la posibilidad de que el deudor satisfaga las deudas no exonerables en un plazo de 5 años tras el cumplimiento de un plan de pagos. Se obvia la recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 que sugiere que la exoneración definitiva se logre en un plazo no superior a tres años.

Obsérvese que, como se ha señalado, previamente se ha liquidado el patrimonio del deudor, por lo que malamente puede comprometerse al cumplimiento de un plan de pagos. El planteamiento es absurdo y pretende parecerse al «*modelo de responsabilidad o también denominado de rehabilitación*» presente en Alemania, Austria, Portugal.

En estos sistemas, se trata de lograr la exoneración tras el cumplimiento de un periodo de buena conducta, tras infructuosos intentos de acuerdo. Se concede provisionalmente el beneficio de la exoneración y tras el periodo de buena conducta se logra la exoneración definitiva del pasivo que no haya podido abonar el deudor tras la entrega a un fiduciario sus ingresos embargables estableciéndose un umbral de inembargabilidad específico. Pero no se establece un umbral de pasivo mínimo, sino que durante un periodo de tiempo (3ó 5 años) el deudor debe intentar pagar sus deudas y las que no logre satisfacer quedan exoneradas, con la excepción de algunas que en ningún caso se exoneran y respecto de las cuales los acreedores pueden iniciar ejecuciones singulares transcurrido el periodo legal. Sólo en Austria se exige pagar un mínimo (gastos del procedimiento y el 10% de los créditos) y de ahí que se haya dicho que este sistema deja fuera a los denominados NINA (*no income no assets*) que no pueden hacer frente al plan de pagos. Se ha demostrado que el 80% de los deudores sujetos al plan de pagos no pueden hacer frente más que al 10% de los créditos, razón por la que se arguye que este sistema es poco eficiente⁴⁷. El legislador español no ha tenido a la vista la experiencia internacional y ha adoptado un sistema más exigente, restrictivo

⁴⁷ JAN-OCKO HEUER, «Social inclusión and exclusión in European Consumer Bankruptcy Systems», *cit.*, p.14.

e ineficiente, salvo como señalaré a continuación, generosa interpretación judicial dada la redacción del art. 178 bis. 8 LC. En la mayoría de los países se concede la exoneración de los créditos exonerables y se mantienen vivas las acciones de los acreedores para reclamar los créditos no exonerables. En España no: para obtener la exoneración hay que conseguir pagar el pasivo no exonerable. Esto priva de eficacia al sistema.

Durante los cinco años, el beneficio de la exoneración de deudas puede ser revocado a instancias cualquier acreedor si se dan alguna de las circunstancias previstas en art. 178 bis.7 LC, a las que posteriormente me referiré.

Pero es que además, la LSOp ha introducido la posibilidad de revocación incluso de la exoneración definitiva, algo que no sucedía en el texto aprobado en el RD1/2015. Así se contempla en el último inciso del art. 178bis.8 LC. Una revocación que carece de antecedentes en otros ordenamientos y que se regula de manera lamentable. Parece que es la contraprestación a la supresión a la impresentable revocación por mejora de la situación económica que estaba presente en el RD1/2015.

2. Beneficiario: el deudor de buena fe

Dada la excepción a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal que la exoneración de deudas supone, es imprescindible ser exigente con la conducta del deudor merecedor de tal medida. En este punto, el legislador español falla estrepitosamente porque permite la entrada de deudores oportunistas. Y además no mantiene un concepto unívoco de buena fe, dado que los requisitos de conducta varían en función de que el deudor se acoja o no a un plan de pagos, es decir, en función de su liquidez, lo cual es ridículo y carece a mi juicio de justificación. La exigencia de una conducta impecable en el deudor debe ser la misma tanto para el deudor que se acoge a un plan de pagos como el que no lo hace.

En otros ordenamientos se trata de proteger al deudor que deviene insolvente por circunstancias que no puede controlar (sobreendeudamiento pasivo) y por ello se ha considerado oportuno, para facilitar la complicada tarea de apreciación de la conducta honesta o deshonesto del deudor (con los costes aparejados) elaborar listados de conductas reprochables del deudor (esto es, en qué casos no merece la calificación de deudor de buena fe)⁴⁸ más que atender a las razones de la propia insolvencia que serán típi-

⁴⁸ En USA, por ejemplo, cumple esta función la enumeración de un elenco de deudas no exonerables, como por ejemplo, obligaciones de indemnización por lesionar intencionadamente a otra persona, daños causados por conducción de vehículos de motor siempre que se demuestre que los causó por estar bajo sustancias tóxicas (§ 523 (A) USCode).

camente causas imprevisibles o previsibles pero inevitables, tales como la enfermedad, la incapacidad, las crisis matrimoniales o el desempleo⁴⁹.

Por el contrario, en el Derecho español se mantiene un concepto normativo de la buena fe sin dejar margen de maniobra al juez para valorar la conducta del deudor fuera de los estrechos márgenes del concurso culpable. Se denomina «buena fe» a lo que son requisitos de acceso a la exoneración, sin que la conducta del deudor pueda valorarse. Y por supuesto, en este ámbito la buena fe no se presume.

Hay unos requisitos comunes que debe cumplir *todo deudor* y que se contemplan en el art. 178 bis.3, 1º, 2º y 3º LC exigiéndose que el concurso no haya sido declarado culpable ni el deudor haya sido condenado en sentencia firme por los delitos contra el patrimonio, orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores dentro de los 10 años anteriores a la declaración de concurso.

Se ha introducido una novedad que merece una valoración positiva y es que si al concluir el concurso existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme (art. 178 bis.3.3º LC) y ello porque el juez penal no se ve vinculado por la calificación del concurso (art. 163.2 LC). Se evita así que pueda decretarse la exoneración cuando todavía no hay condena penal, interpretación que había sido mantenida por jueces mercantiles⁵⁰.

Se insiste en un planteamiento, a mi juicio, erróneo y es considerar de buena fe a quien no es un delincuente. Si el concurso es fortuito y no se han cometido ilícitos penales, ello significa que el deudor no debe ser «sancionado» con las consecuencias que se derivan del concurso culpable o de las sanciones penales. Pero cuando se habla de segunda oportunidad, la perspectiva debe ser otra: qué deudor «merece» que le

⁴⁹ GARCÍA VICENTE, JR, «¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes», ADco núm. 20, 2010, p. 24.

⁵⁰ Así se hizo constar en las Conclusiones de la reunión de los magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sobre cuestiones concursales <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf> ¿Qué ocurrirá si al momento de decidir sobre la exoneración del pasivo, se está instruyendo o juzgado al deudor concursado por uno de esos delitos? La mayoría de los firmantes señaló que «se trata de una norma impeditiva de la obtención de un beneficio, por lo que su interpretación debe ser restrictiva, y dado que el art. 178.2 LC exige la condena, dicha situación no puede ser impedimento para la concesión de la exoneración». Con el texto vigente esta interpretación ya no se puede mantener.

perdonen las deudas y esa es la perspectiva adoptada en otros ordenamientos que olvidan la clasificación que el crédito tenía en el concurso. El medidor de la conducta del deudor debe ser otro y más exigente. Así en otros ordenamientos, que siguen el «sistema de merecimiento», se concede cierto margen al Juez quien evalúa la conducta del deudor con base en determinados criterios objetivos, como por ejemplo, la información patrimonial suministrada al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial; el carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos en los 8 años anteriores a la declaración de concurso; el nivel social-profesional del deudor; las circunstancias personales del sobreendeudamiento o si la situación de insolvencia se ha producido por circunstancias previsibles y evitables.

Hay que ser riguroso con la conducta del deudor para que se le puedan perdonar las deudas tal y como sucede en ordenamientos avanzados en los que se exige que el endeudamiento no sea irresponsable o no provenga de causas previsibles y evitables. Este sistema es más justo pero probablemente generaría más trabajo a los jueces. De nuevo, la comodidad sacrifica la justicia.

La LSOp ha sido todavía más generoso en este punto pues no se considera de mala fe y puede, no obstante, recibir la exoneración del pasivo pendiente, el deudor cuyo concurso se ha declarado culpable por haber incumplido el deber de solicitar el concurso. Se añade un inciso al art. 178 bis.3.1º: «no obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del art. 165.1.1º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave en el deudor». La nueva redacción es fruto de una enmienda (nº 45)⁵¹ presentada por el Grupo Parlamentario catalán (CIU). Parece que se considera que el retraso en la declaración de concurso es un fallo «leve». Muy al contrario, considero que la regulación del régimen de SOp tiene que ser un estímulo al buen comportamiento del deudor. Declararse tarde en concurso puede hacer inviable el AEP y que el concurso se vea abocado a la liquidación y se perjudiquen los intereses de los acreedores. La enmienda me parece poco afortunada e injustificada y redundante en un fallo grave de la ley: es muy generosa con la conducta del deudor merecedor de la exoneración.

El tercer requisito común es que el deudor **haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos**, el cual hay que entenderlo referido al deudor que *pueda* hacerlo por reunir los requisitos del art. 231 LC, de forma

⁵¹ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-137-2.PDF#page=1 También esta modificación fue propuesta por Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural (enmienda nº 37).

que si, por ejemplo, el deudor tiene un pasivo superior a 5 millones de euros, no tendrá que intentar el acuerdo, pero podrá llegar a la exoneración del pasivo pendiente tras la liquidación de su patrimonio sin necesidad de que concurra tal requisito. Con todo, la técnica es lamentable porque se establece este requisito general para inmediatamente excepcionarlo en el art. 178 bis.3. 4º LC. Cualquier deudor puede no intentar un acuerdo extrajudicial y beneficiarse del régimen dispuesto en el inciso 1º del art. 178 bis.3.4º siempre que logre abonar las deudas no exonerables que serán los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

Me parece razonable exigir este requisito. Un régimen de SOP (bien diseñado) estimula la salida convencional de la crisis y de ahí que deba venir acompañado de un proceso extrajudicial que evite el colapso judicial. Lo que no parece lógico y constituye un defecto de técnica legislativa es que el intento de acuerdo extrajudicial se diseñe como requisito general (art. 178 bis.3.3º LC) y se excepcione en el apartado 4º, estableciéndose un umbral de pasivo mínimo distinto en función de que se haya intentado o no un acuerdo extrajudicial. No hay fundamento para este trato diferenciado.

¿Qué significa intentar un acuerdo extrajudicial? Obviamente, intentar un acuerdo extrajudicial implica cumplir todos los trámites para lograrlo, quedando fuera los supuestos en los que no subsana defectos de la solicitud o desiste de la mediación, por ejemplo. Abarcaría los casos de fracaso del acuerdo e impugnación del mismo. En caso de deudor empresario (art. 242 LC) y entiendo también en caso del consumidor (art. 252 bis.1 LC) cabría desembocar en una exoneración del pasivo pendiente cuando ha resultado imposible alcanzar un acuerdo o éste ha sido anulado o ha sido incumplido, sin que se distinga si el incumplimiento es imputable o no. No obstante, entiendo que debería tal supuesto reconducirse al concurso culpable por la vía del art. 164.1 LC, aunque no se contemple esta hipótesis en el art. 164.1.3º que sólo va referido al incumplimiento imputable del convenio.

Se ha criticado este requisito de intentar un acuerdo extrajudicial previo a la solicitud de la exoneración porque genera el riesgo de ser empleado como un mero cauce formal para una posible exoneración de deudas en el concurso ulterior, especialmente en supuestos en los que la falta de activo haga en la práctica inviable un posible acuerdo⁵². Discrepo de esta idea. Aunque haya falta de activo (lo que sucederá normalmente), ello no significa que sea inviable un AEP. La filosofía de un buen régimen de SOP es que se recurra a él como última opción estimulándose la declara-

⁵² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia», Madrid, 2015, p. 92.

ción temprana del concurso. Por eso me parece un despropósito que se haya modificado el art. 178 bis.3.1 LC que permite que se pueda decretar la exoneración cuando el concurso es culpable por declaración tardía. En este nuevo precepto está el fallo y no tanto en la exigencia de un intento de AEP. De hecho, en la mayoría de los ordenamientos se requiere haber agotado las posibilidades de una salida convencional de la crisis.

2.1. La buena fe exigible al deudor satisface un umbral de pasivo mínimo. Deudas exonerables

Se considera que tiene buena fe el deudor que consigue satisfacer un umbral de pasivo mínimo que varía en función de que haya decidido o no acogerse a un plan de pagos. Se excepciona el requisito general antes mencionado y recogido en el art. 178 bis. 3.3° LC. En ese caso, si abona los créditos contra la masa, los privilegiados y 25% del pasivo ordinario, obtendrá la exoneración provisional (art. 178 bis. 4 LC). En el supuesto de que el deudor haya intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, entonces basta que abone los créditos contra la masa y el pasivo privilegiado. No se excepciona en este caso ni los créditos por alimentos ni el crédito público ordinario y subordinado. Por lo tanto, las pensiones por alimentos debidas y no pagadas (que antes de la reforma tenían la consideración de crédito subordinado y que ahora son créditos ordinarios por la reforma operada en el art. 92.5° LC), son exonerables, algo que no sucede en ningún país civilizado.

Se insiste en *determinar las deudas no exonerables, en función de su clasificación en el concurso*, algo que no sucede tampoco en otros ordenamientos. No se trata de determinar qué acreedor debe cobrar antes que otro, sino qué deudas no merecen ser exoneradas por su carácter asistencial, como sucede con los alimentos, o porque denotan un comportamiento reprochable del deudor. Así es común que se excluyan las acciones indemnizatorias y las sanciones. En España una indemnización de daños y perjuicios a una persona especialmente relacionada con el deudor, tiene el carácter de crédito subordinado (art. 93 LC) y, por tanto, será exonerable.

Ese planteamiento es, a mi juicio, erróneo, más lo es el brindar un trato privilegiado al deudor sólo por tener liquidez y abonar el pasivo exonerable sin un plan de pagos. No hay una razón de peso que justifique semejante despropósito. Las indemnizaciones de daños y perjuicios, las sanciones y los alimentos están excluidos en la mayoría de los países. La regulación española en este punto es, a mi juicio, lamentable.

2.2. La buena fe exigible al deudor que se acoge a un plan de pagos. Deudas exonerables

El art. 178 bis.3. 5° LC diseña un régimen alternativo para el deudor que no puede satisfacer los umbrales de pasivo mínimos contemplados en el apartado 4.

En este segundo caso, parece exigirse un *plus* de buena fe pues el deudor no debe haber incumplido obligaciones colaboración de art. 42 LC, no haya obtenido este beneficio dentro de los 10 últimos años, no haya rechazado dentro los 4 años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, acepte que conste en el Registro Público Concursal durante 5 años que se acogió a un régimen de segunda oportunidad. Dato negativo que le provocará a buen seguro *exclusión financiera*, imposible de «limpiar» porque no se regulan los ficheros de solvencia positivos. Con esta norma se pretende disuadir al deudor de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. De este despropósito parece haberse percatado el legislador que ha modificado el precepto en la LSOp) fruto de una enmienda presentada precisamente por el Grupo Parlamentario Popular (n° 180) modificada por enmienda transaccional pactada con UPyD (enmienda n° 13), CIU (enmienda n° 86). Así la LSOp, modifica el art. 178bis.3.5.v, añadiéndose un inciso del siguiente tenor: «*Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quien esté a cargo del Registro Público Concursal*». Se mejora el texto anterior en cuanto se restringe el acceso al dato.

Sin embargo, a mi juicio, sigue siendo una previsión injustificada, pues el que el deudor haya recibido una exoneración de deudas es un dato negativo en su historial crediticio que se haría constar en los ficheros de solvencia negativos, sin que sea necesaria una publicidad adicional.

La restricción del acceso merece una valoración positiva, pero se sigue dando una publicidad suplementaria al hecho de haberse beneficiado el deudor de una segunda oportunidad. Bastaría que el dato conste en los ficheros de solvencia patrimonial (el acceso a los mismos está

regulado en el art. 42 del Reglamento de protección de datos)⁵³ y en la CIRBE que gestiona el Banco de España. Tampoco tiene ningún sentido que los efectos de esta publicidad negativa «suplementaria» sólo se proyecten sobre un deudor que no tiene liquidez y tiene que sujetarse a un plan de pagos. Si el dato sólo constara en un fichero privado de solvencia, en principio, y según los criterios de reciprocidad imperantes, pueden acceder a los datos aquellos sujetos que a su vez aporten datos al fichero. Por el contrario, el acceso al Registro Público concursal es más amplio y más abierto. A mi juicio, debería haberse suprimido sin más esa publicidad adicional y que el haberse obtenido una segunda oportunidad fuera un dato negativo más que constara en los ficheros de solvencia patrimonial públicos y privados, con las restricciones de acceso que ya están reguladas.

Tampoco se acierta a entender por qué esta publicidad sólo se produce cuando el deudor se acoge a un plan de pagos. Cabría pensar que se quiere evitar una mayor endeudamiento del deudor durante los cinco años que dura el plan de pagos. Sin embargo, insisto, este dato ya consta en los ficheros de solvencia patrimonial a los que se accede según la citada regulación contenida en el Reglamento de Protección de datos. No hay que olvidar que el art. 41. 2 del RPD dispone que los datos de solvencia negativos se cancelarán por el pago o cumplimiento y en los demás casos cuando se hubieran cumplido 6 años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico. Pues bien, el cumplimiento del plan de pagos no tiene efectos en la publicidad en el Registro Público Concursal. El dato negativo de haber obtenido una segunda oportunidad permanece 5 años. Y además, hay que sumar el año adicional que permanecerá en los fiche-

⁵³ *1. Los datos contenidos en el fichero común sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado. En particular, se considerará que concurre dicha circunstancia en los siguientes supuestos:*

a) Que el afectado mantenga con el tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida.

b) Que el afectado pretenda celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio.

c) Que el afectado pretenda contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica.

2. Los terceros deberán informar por escrito a las personas en las que concurran los supuestos contemplados en las letras b) y c) precedentes de su derecho a consultar el fichero.

En los supuestos de contratación telefónica de los productos o servicios a los que se refiere el párrafo anterior, la información podrá realizarse de forma no escrita, correspondiendo al tercero la prueba del cumplimiento del deber de informar.

ros de solvencia negativos. Hay una descoordinación en la regulación, evidente y sobre todo hay hiperregulación, algo que caracteriza el Derecho español y, a mi juicio, compromete la seguridad jurídica. Con todo y a pesar de estas críticas, la nueva regulación mejora la contenida en el RDL 1/1015 que era absolutamente lamentable⁵⁴.

El pasivo exonerable varía también si el deudor se acoge a un plan de pagos, tal y como se contempla en el art. 178 bis. 5 LC. Son créditos exonerables los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados. Así mismo, también se exonera el remanente que quede insatisfecho tras la ejecución de los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. (art. 90.1º LC), siempre que tal remanente tenga la categoría de crédito ordinario o subordinado. Por tanto, no se exoneran los créditos contra la masa, privilegiados, el crédito público (sea ordinario o subordinado) y los créditos por alimentos.

Como se ha señalado, si el deudor abonó el umbral de pasivo mínimo (art. 178 bis.3.4º LC), será exonerable el crédito público ordinario y subordinado y los créditos por alimentos (art. 178 bis.3.4º LC). Esta diferencia de régimen jurídico que carece de toda justificación. Resulta lamentable que los créditos por multas y sanciones pecuniarias e incluso multas penales (impuestas por una Ley Orgánica como el Código Penal) puedan ser exonerados. Esta es una excepción tradicional a la exoneración de deudas en los países de nuestro entorno⁵⁵.

No existe un tratamiento especial cuando se trata de garantía real sobre la vivienda habitual del deudor. La única especialidad es la posible paralización de la ejecución mientras se sustancia el procedimiento para lograr un AEP durante un plazo de 3 meses si el deudor es empresario (art. 235.2 LC) y de 2 meses si es consumidor (art. 242 bis.1.8º LC).

Como se ha señalado, cuando se plantea la exoneración del pasivo, la ejecución hipotecaria ya ha tenido lugar (incluso en los casos de insuficiencia de masa, dado lo dispuesto en el nuevo art. 176 bis.4 LC) y por tanto, solo restará el eventual pasivo pendiente. El deudor deberá en todo caso soportar la ejecución y no se valora la conducta del prestamista a la hora de conceder el préstamo. El incumplimiento de sus deberes

⁵⁴ Así lo denuncié en este trabajo, CUENA CASAS, M., «¿Una segunda oportunidad?» Revista El Notario del S XXI nº 60, marzo 2015, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad>

⁵⁵ Tal es el caso del § 302 *InsO* alemana, art. 142 *Legge Fallimentare italiana*, art. 245 *Código da Insolvência português* L 333-1 *Code de la consommation* francés.

legales de préstamo responsable⁵⁶, carece de consecuencias en el proceso concursal de manera que la LC no actúa como estímulo a la *concesión responsable de crédito* y no juega un papel eficaz en el terreno de la prevención del sobreendeudamiento y de otra crisis financiera. Ello a diferencia de lo que sucede en otros países, como por ejemplo Francia, que sí tiene en cuenta la conducta del acreedor en el art. 331-7.4^a del Código de Consumo, a la hora de valorar las deudas no exonerables.

No hay técnicamente «dación en pago» como remedio al sobreendeudamiento hipotecario. El deudor soportará el lanzamiento y posteriormente deberá cumplir todos los requisitos legales y de conducta que se prevén en la nueva regulación de la LC.

El crédito público es intocable, aunque sea subordinado (salvo cuando el deudor no se sujeta a un plan de pagos). Se incumplen de forma flagrante las recomendaciones del FMI⁵⁷ en relación con el crédito público que, en el caso de los empresarios, constituye una partida importante⁵⁸. Como señala el Banco Mundial: excluir de la exoneración al crédito público socava todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del siste-

⁵⁶ Artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011 y en el art. 18 de la Orden 2899/2011 de 28 de octubre de 2011 de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

⁵⁷ <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>

⁵⁸ Un estudio reciente del Consejo General de Economistas (*«Análisis de la Pyme en la reforma concursal y la incidencia del crédito público»*) pone de manifiesto que la empresa tipo concursada en España es una micropyme con una plantilla de entre 1 a 9 trabajadores y un volumen de negocio inferior a 2 MM €. Las micropymes en España, que representan casi un 60% de los concursos de acreedores, suponen el 95,7 % de todas las empresas, 3.6 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE en 2012 (92,1%). Mediante un estudio muestral por volumen de concursos, se observa cómo el crédito público –AEAT y Seguridad Social– se concentra especialmente en empresas de menos de 5 MM de pasivo, donde supone un 20% de los créditos. A medida que va creciendo el pasivo el porcentaje del crédito público disminuye: así, para una empresa con un pasivo entre 5 y 10 MM baja al 6%, y si el pasivo se incrementa de 10 a 50 MM no llega al 2%. En cambio, la incidencia del crédito público en micropymes con un pasivo inferior a 1 MM € supera el 30%. El estudio advierte tanto del lastre que para la pequeña empresa en España supone el peso del crédito público y su marco regulatorio a la hora de encontrar vías eficaces para su refluotación y el mantenimiento del empleo, como de la escasa flexibilidad de la actual normativa de Hacienda Pública y Seguridad Social para los procesos de renegociación de deuda y el consecuente mantenimiento del empleo. (MAIRATA LAVIÑA, J., *Novedades tributarias en materia concursal introducidas por el RDL 1/2015: más de lo mismo...* <http://hayderecho.com/2015/04/05/novedades-tributarias-en-materia-concursal-introducidas-por-el-rdl-12015-mas-de-lo-mismo/>)

ma. El Estado debe soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia⁵⁹.

La exclusión del crédito público y la ausencia de normas específicas para los créditos con garantía real cuando afectan a vivienda habitual del deudor, limitan extraordinariamente la eficacia de la norma.

2.3. Efectos: la exoneración provisional del pasivo pendiente

Tanto si el deudor abona el umbral de pasivo mínimo como si se acoge al plan de pagos por carecer de activo suficiente en el momento de la conclusión del concurso, el juez concederá la exoneración provisional. Ello, claro está, siempre que los acreedores no se hayan opuesto a la concesión del beneficio en el plazo de cinco días (art. 178 bis.4 LC). No hay base legal, a mi juicio, para entender que el efecto de la exoneración provisional sólo se produzca para el deudor que se acoja al plan de pagos. El texto del art. 178 bis.4 LC se refiere a todo deudor que cumpla los requisitos, acepte el plan de pagos o abone el umbral de pasivo mínimo. Cuando el legislador se quiere referir sólo al deudor que se acoge a un plan de pagos, lo hace de manera expresa, tal y como hace en el art. 178 bis.5 LC. Ciertamente es que la voluntad del legislador parecía ser otra, tal y como se deduce del apartado III de la Exposición de Motivos donde da a entender que satisfecho el umbral de pasivo mínimo, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática las deudas. Sin embargo, en el texto legal no se reflejó tal idea y debe prevalecer el texto sobre la Exposición de Motivos⁶⁰, entre otras razones porque no es la única falta de sintonía entre ésta y la regulación finalmente aprobada.

Durante el periodo de 5 años, los acreedores no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de sus créditos (art. 178 bis.5 LC). Durante los cinco años, las deudas pendientes no podrán devengar interés (art. 178 bis.6 LC).

⁵⁹ Banco Mundial, Informe sobre la insolvencia de la persona natural, http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf

⁶⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, JM, «La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad», Barcelona, 2015, p. 262 y 281. En contra, alegando la interpretación finalista, SERRANO DE NICOLÁS, A., y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por el trámite del art. 178bis.4, LC, (...)» Revista de Derecho vLex n° 132, mayo 2015, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fianza-extingue-concede-deudor-570909835>

2.3.1. La posición de los codeudores solidarios y fiadores y avalistas

Los acreedores que se hayan visto afectados por la exoneración provisional del pasivo pendiente podrán acudir frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas (art. 178 bis.5 LC).

Se excepciona legalmente la accesoriedad de la garantía (art. 1.847 CC) y no queda más remedio que hacerlo porque de lo contrario se desnaturalizaría la esencia y finalidad última de las garantías personales: que el acreedor pueda reclamar al fiador para el caso de que no pueda cobrar del deudor principal. Precisamente por la accesoriedad que caracteriza a las garantías personales, era necesario que expresamente la ley la exceptuara al igual que sucede en otros ordenamientos y hace el propio art. 240.3 LC para las quitas que formen parte de un acuerdo extrajudicial de pagos: «*los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor*». También el art. 135 LC prevé expresamente los efectos de la quitas acordadas en un convenio para los fiadores.

Lo normal es que el acreedor haya ya reclamado al fiador antes incluso de la exoneración porque en la práctica lo habitual es la fianza solidaria. En el RDL 1/2015, no quedaba claro lo que sucedía con la acción de reembolso (art. 1838 CC) que le corresponde al fiador contra el deudor una vez que haya cumplido la prestación. Así, en Alemania se dice expresamente que «*el deudor resulta liberado frente al deudor solidario, al fiador o ante cualquier otro derecho de retorno en idéntica medida a la que resulta liberado frente a los acreedores de la insolvencia*» (parágrafo 301). Aquí faltaba previsión al respecto por lo que parecía que el fiador podía reclamar al deudor la cantidad satisfecha después de la conclusión del concurso. Ese crédito por reembolso no se veía afectado por la exoneración por nacer después de dicha conclusión, y ello a pesar de que tal crédito haya podido ser insinuado como crédito contingente (art. 87.4 y 5 LC). No había norma especial en sede de exoneración del pasivo pendiente que permitiera la exoneración de un crédito contingente y según la teoría general de la obligación regulada en el Código Civil, no hay extinción de un crédito cuando todavía no ha nacido. Mientras no se exceptuara legalmente, el Código Civil resultaba de aplicación por lo que el fiador y el codeudor solidario que abona el crédito una vez concluido el concurso, tendría viva su acción contra el deudor concursado⁶¹, restringiéndose la eficacia del régimen de

⁶¹ En contra, con argumentos que no comparto, En contra, alegando la interpretación finalista, SERRANO DE NICOLÁS, A., y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «La fianza se extingue si se

segunda oportunidad pues el deudor se veía afectado por el crédito de reembolso a pesar de haberse exonerado frente al deudor principal.

Este extremo ha sido aclarado en la LSOp. Se ha añadido un inciso al art. 178bis 5 LC, de forma que los fiadores u obligados solidarios no podrán «*subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida*». Queda claro que el fiador o codeudor solidario que paga no puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor. De esta forma, se salvaguarda la esencia de las garantías personales (ejercitables para los casos de insolvencia del deudor principal) y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal.

2.3.2. Concursado casado en régimen de gananciales u otro de comunidad

Si el concursado está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico, el beneficio de la exoneración se extenderá al cónyuge del concursado aunque no hubiera sido declarado en concurso respecto de deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común (último párrafo del art. 178 bis.5 LC). Hay que recordar que cuando el concursado está casado en régimen de gananciales, según lo dispuesto en el art. 77 LC, todos los bienes gananciales se integran en la masa activa⁶². A su vez, según el art. 49.2 LC se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. De tales créditos responde tanto la masa ganancial como el patrimonio privativo del cónyuge deudor (art. 1369 CC). Extender los efectos de la exoneración al cónyuge del concursado que puede no haber sido declarado en concurso, implica que tales acreedores pierden la garantía que les ofrece el patrimonio privativo del cónyuge del concursado, cuya conducta no ha sido evaluada en el proceso concursal al no haber sido declarado en concurso. Lo mismo acontece con el pasivo ganancial contraído por ambos cónyuges del que respon-

concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por el trámite del art. 178bis.4, LC, (...)» Revista de Derecho vLex nº 132, mayo 2015, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fianza-extingue-concede-deudor-570909835>

⁶² Más extensamente, CUENA CASAS, M., «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008.

de el patrimonio ganancial y privativo de ambos. La extensión de la exoneración al cónyuge del concursado también priva, a mi juicio, injustificadamente a tales acreedores de la posibilidad de agredir el patrimonio privativo del cónyuge contratante no concursado.

Parece que no se ha meditado suficientemente el alcance real de la norma contenida en este último párrafo del art 178.5 LC. El precepto exige que no se haya producido la liquidación del régimen económico conyugal⁶³ por lo que hay que partir del supuesto de que el cónyuge no concursado no ha ejercitado la facultad de disolución del régimen que le concede el art. 77 LC. De haberlo hecho, la liquidación previa se impone sin que se produzca la extensión de la exoneración previsto en el art. 178bis. 5 LC.

2.4. La propuesta de plan de pagos

El art. 178 bis.6 se ocupa de la presentación del plan de pagos que abarca las deudas no exonerables que deberán ser satisfechas dentro del plazo de cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. En este periodo dichas deudas no podrán devengar interés.

Por lo tanto, el contenido del plan de pagos es el de las deudas no exonerables, condicionando su abono la extinción de las deudas exonerables. Este requisito es más exigente que en los modelos de rehabilitación presentes en el Derecho comparado, como el alemán o el portugués donde no existe tal condicionamiento. Allí, el deudor paga «lo que puede» con los ingresos que proceden de su salario embargable sin que se ponga un techo máximo. El que el legislador español haya optado por tal condicionamiento priva a la medida de eficacia práctica. No supone un incentivo al cumplimiento, sino que priva al deudor de estímulo para la realización de actividades productivas, dado que el esfuerzo para cumplir el plan de pagos puede ser desmesurado.

Por otro lado, resulta insólito que un deudor pueda proponer un plan de pagos cuando ya se ha liquidado su patrimonio y «no tiene nada». El planteamiento es, a mi juicio, absurdo.

Pero es que además en el último inciso del artículo 178 bis.6 LC, se prevén en relación con los créditos de Derecho público, que la tramita-

⁶³ En contra, FERNÁNDEZ SEIJO, JM, «La reestructuración.....» cit., p. 284, entiende que «tanto la liquidación del régimen de gananciales o régimen de comunidad, como las operaciones de venta y preferencias del cónyuge no concursado sobre los bienes comunes deberán hacerse antes de que se concluya la liquidación (...)», afirmación que creo está en abierta contradicción con el texto legal.

ción de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se registrá por lo dispuesto en su normativa específica. Ello hace pensar que el crédito público no forma parte del plan de pagos, de manera que no se entiende cómo puede un deudor, por ejemplo, un empresario, comprometerse a un plan de pagos cuando gran parte de su pasivo (el público) queda fuera y depende de la decisión de la Administración Pública. Cabría entender que podría el deudor sufrir ejecuciones por parte de la Administración durante ese periodo de 5 años pues –insisto– el crédito público no se ve afectado. Esta decisión vulnera las sugerencias que se han hecho a España desde instancias internacionales y la UE: el Estado no sólo no soporta los sacrificios de la exoneración de deudas en los mismos términos que los demás acreedores, sino que además su posición se refuerza en el periodo de «buena conducta».

No es verdad, por tanto, que «se desarrolle así un marco permanente de insolvencia personal, en línea con las recomendaciones de los principales organismos internacionales y la Unión Europea», tal y como se dijo en la nota de prensa posterior al Consejo de Ministros que aprobó el RDL 1/2015⁶⁴.

2.5. *La revocación de la exoneración provisional*

El art. 178 bis.7 LC se ocupa de la revocación de la exoneración de las escasas deudas que se ven cubiertas por este expediente y afecta tanto al deudor que exoneró sus deudas tras el pago del umbral de pasivo mínimo como al que aceptó un plan de pagos. Este precepto es el que más cambios sustanciales ha recibido tras en el PLSOp que ha restringido la revocabilidad de la exoneración. Según el RDL 1/2015, cualquier acreedor puede solicitar la revocación del exiguuo beneficio que concede la LC si:

a) incurriese en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 3 del art. 178 bis que habría impedido la concesión del beneficio. Es decir, si por ejemplo, es condenado en el plazo de 5 años que dura el plan de pagos, entonces podrá ser revocada la exoneración.

b) Incumpliese la obligación de pago de deudas no exoneradas. No se distingue si el incumplimiento es imputable o no al deudor lo cual es censurable.

⁶⁴ <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=034f9ed87dacb410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

c) Mejorase sustancialmente la situación económica de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

d) Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos.

La LSOp traslada el apartado d) al primer párrafo del art. 178bis.7 y se configura el supuesto como causa de revocación no sólo de la exoneración provisional, sino también de la definitiva (último inciso del art. 178 bis. 8 LC).

La ocultación de ingresos es causa de revocación, si bien se añade un inciso final: *se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los arts. 605 y 606 LEC*. Esta causa de revocación se refería a los casos en los que el deudor no incluyó bienes en la masa activa que debían integrarla. Ello sólo podía afectar a bienes que debieran incluirse en la masa activa y los inembargables no entran en ningún caso (art. 76.2 LC). En la LSOp se aclara este extremo que yo creo que cabía claramente deducir de la regulación anterior. Se aclara que si se descubre que el deudor no incluyó bienes inembargables en la masa activa, no se revocará la exoneración provisional del pasivo, sencillamente porque no hay nada que ocultar puesto que tales bienes no formarían parte de la misma.

Que la mejora sustancial del deudor fuera causa de revocación carecía de antecedentes en los modernos sistemas de insolvencia y constituía un auténtico despropósito que desnaturalizaba la presunta «exoneración» convirtiéndola realmente en un *«pactum de non petendo»*. En ningún país el deudor cuyas deudas han sido exoneradas sus deudas ve revocado tal efecto cuando mejora su situación económica. Una lectura de la Exposición de motivos nos muestra que el legislador no ha tenido a la vista textos internacionales, sino que se ha inspirado en las Partidas, y el derogado art. 1920 del Código Civil. Así lo justificaba M. Temboursy (Subsecretario de Economía y Competitividad que ha pilotado esta reforma), en un reciente artículo⁶⁵: «Lo mejor es que cumplas, pero si te arruinas por causas ajenas a tu voluntad, tendrás otra oportunidad y si mejoras sustancialmente de fortuna deberás acordarte de aquellos cuyas legítimas expectativas quedaron defraudadas». Con este planteamiento, se invitaba al deudor a la economía sumergida y era un desincentivo a la actividad

⁶⁵ TEMBOURYS REDONDO, M., «Una segunda oportunidad» http://elpais.com/elpais/2015/03/03/opinion/1425405351_650828.html

empresarial. La inacción del deudor tenía premio: como no mejoraba su situación económica, entonces se le perdonaban definitivamente las deudas y si le iba bien, entonces se le castigaba con la revocación de la exoneración.

Afortunadamente el Gobierno ha rectificado y el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda (nº180) que evitaba los efectos adversos de un planteamiento legal que sólo podía calificarse de ridículo⁶⁶. En la enmienda nº 180 se modifica el art. 178 bis.7 c) LC. Sigue siendo posible la revocación de la exoneración si «*mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos*». Se especifican las causas de la mejoría económica que pueden provocar la revocación del beneficio: si te toca la lotería o heredas. Correcto. Evitamos que si un empresario mejora en su actividad y tiene beneficios, se le revoque la exoneración de deudas. El cambio hay que aplaudirlo.

El acreedor que está legitimado para pedir la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo pendiente es el que se ha visto afectado por el régimen de SOP quien deberá acreditar, por ejemplo, que el deudor no ha cumplido el plan de pagos de deudas no exonerables (art. 178 bis.7. b) LC), algo que a dicho acreedor le será difícil verificar puesto que él precisamente es el afectado por la exoneración. En fin, el acreedor debe estar pendiente de si el deudor ha pagado o no a otro acreedor. Sin comentarios. Desde luego, tengo mis serias dudas de que los acreedores empleen tiempo y recursos en vigilar al deudor.

En cualquier caso, desde el punto de vista técnico no parece muy correcto hablar de revocación de un acto que no es definitivo. Si la exoneración es siempre provisional, pueden diseñarse causas impositivas del carácter definitivo de la exoneración. Una vez que ésta se ha producido sí cabría plantear la revocación, dado que se trata de un mecanismo para decretar la ineficacia de un acto definitivo.

Sí es técnicamente una causa de revocación la establecida en el último inciso del art. 178 bis.8 LC que permite la ineficacia de la exoneración definitiva, tal y como explicaré posteriormente.

En el caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

⁶⁶ Así lo denuncié aquí: ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>

2.6. La exoneración definitiva del pasivo pendiente

Transcurrido el plazo de 5 años previsto para la revocación y, en su caso, cumplido el plan de pagos sin revocación del beneficio a petición del deudor concursado, el juez dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. Contra dicha resolución no cabrá recurso alguno.

El art. 178 bis.8 LC prevé un supuesto especial para el caso de que el deudor no haya cumplido el plan de pagos: el juez *«atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiera cumplido en su integridad el plan de pagos, pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables»*. Este último extremo deberá valorarse con arreglo al art. 1 del RDL 8/2011, de 1 de julio.

En este punto, la LSOp también introduce cambios ampliando los casos en los que el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque no se haya cumplido el plan de pagos también siempre que el deudor destine *la cuarta parte de los ingresos que no tuviesen la consideración de inembargables (según RDL 8/2011, de 1 de julio) siempre que concurren en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1. letras a) y b) del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad*.

Es decir, si se reúnen los requisitos que marca la norma, el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque el deudor sólo haya pagado el 25% del pasivo no exonerable que forma parte del plan de pagos. Ya sabemos que a pesar de los cambios que en el RDL 6/2012 se han efectuado por el RDL 1/2015, son muy rigurosos los requisitos que se exigen.

Sin embargo, se ha dejado en la oscuridad la interpretación de esta «puerta abierta» que deja el art. 178 bis.8 y esto sí que es censurable porque esta norma plantea serios problemas de interpretación. Parece que es un caso en el que aunque concorra una causa de revocación del beneficio por incumplimiento de plan de pagos, puede el Juez declarar la exoneración siempre que algunos ingresos se hayan destinado a su cumplimiento, pero no queda nada claro que pasivo es el que definitivamente exonera *¿Se refiere al pasivo exonerable previsto en el art. 178 bis.5 o también a las deudas no exonerables insatisfechas por incumplimiento del plan de pagos?*

A mi juicio, según un criterio de interpretación sistemático, lógico, teleológico de la norma, entiendo que la expresión «pasivo insatisfecho» va referida a lo que el propio artículo decide que es pasivo insatisfecho

y que aparece explicitado en el art. 178bis.5 LC. Lo que se discute siempre es cómo se exonera el pasivo que la propia ley declara exonerable (art. 178bis.1 LC). En el número 7 se prevé una revocación de la exoneración de deudas exonerables, que es –insisto– las únicas que pueden serlo. Se trata de exoneración definitiva para lo que hay que partir de lo que era exoneración provisional. En el apartado 8 de la ley permite que, concurriendo una causa de posible revocación de exoneración (de deudas exonerables), y habiéndose instado o no la misma, el Juez decida que las «deudas exonerables» se exoneren aunque no se cumpla el plan de pagos. Está permitiendo la exoneración definitiva de deudas exonerables aunque nominalmente concurra causa de revocación de la exoneración como es el incumplimiento del plan de pagos. Y ello porque, de lo contrario, si se revocara la exoneración el deudor tendría que pagarlo TODO (pasivo no exonerable y también el exonerable). Con todo, la letra de la norma podría hacer creer que lo que se exonera son también las deudas insatisfechas en el plan de pagos⁶⁷. Este extremo no ha sido aclarado en la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley, a pesar de haber enmiendas que así lo sugerían⁶⁸.

Según la interpretación que creo que más se ajusta a los criterios legales, el efecto de este precepto es que el juez puede decretar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho aunque no se haya cumplido el plan de pagos, pero quedando vivas las acciones de los acreedores para reclamar los créditos no exonerables.

Por último, la LSO⁹ introduce una nueva *causa de revocación pero de la exoneración definitiva* en el último párrafo del art. 178 bis.8 LC: cuando concurra la causa prevista en el art. 178 bis.7 LC, es decir, que se constatare que el deudor ha ocultado la existencia de ingresos, bienes o derechos. Esta revocación sólo podrá solicitarse dentro de los cinco años posteriores a la exoneración definitiva. Parece que se trata de un estímulo al buen comportamiento del deudor lo cual no es malo, pero parece excesiva la provisionalidad de la que dota el legislador español

⁶⁷ Así lo entiende FERNÁNDEZ SEJO, JM, «La reestructuración...», cit., p. 310: «Al regularse la exoneración definitiva no se establece limitación alguna, la Ley habla de pasivo insatisfecho en el concurso, por lo tanto aunque el deudor no pudiera en principio verse exonerado del crédito público y del crédito por alimentos, transcurridos cinco años, constatado el esfuerzo realizado y constatada la insuficiencia del patrimonio del deudor la única consecuencia posible es que se exonere de la totalidad de créditos pendientes». Creo que a tal conclusión no se puede llegar con los criterios de interpretación (en particular, el lógico y el sistemático) recogidos en el art. 3 del Código Civil.

⁶⁸ Enmienda nº 18 presentada por el Grupo Parlamentario de UPyD.

al régimen de segunda oportunidad. El deudor estará diez años «en barbecho» porque esta causa de revocación se prolonga 10 años después de la declaración de exoneración definitiva. No creo que si en los cinco años que dura la exoneración provisional no se ha logrado probar la ocultación de ingresos, bienes o derechos del deudor, vaya a descubrirse dentro de los cinco años posteriores a la exoneración definitiva. La norma me parece, sencillamente, ridícula. Debe haber más controles de entrada en el proceso y menos controles de salida. El planteamiento es equivocado, a mi juicio, fruto del desconocimiento de lo que un régimen de segunda oportunidad supone.

2.7. Valoración de la reforma

En cuanto a la valoración global del nuevo régimen, tengo que decir que seguimos con una legislación restrictiva. Con el sistema adoptado, el deudor que no consiga abonar parte del plan de pagos por carecer de ingresos, seguirá obligado a abonar tanto el pasivo exonerable como el no exonerable: quedan muchos deudores fuera del sistema y, lo que es más grave, pueden beneficiarse del mismo deudores que no lo merecen. Parece que lo importante es que el deudor tenga activo para pagar el mayor número de deudas y no se repara en que hay deudores que lo han perdido «todo» por causas no imputables. A éstos debe ir dirigido el sistema. Si el legislador no quiere que se altere la cultura de pago, debe ser exigente con la conducta del deudor merecedor de la exoneración. Sin embargo, lo hace al revés: son escasas las deudas exonerables y es muy laxo en la conducta del deudor por lo que no le auguro mucho éxito al sistema, salvo generosa interpretación judicial, algo que no me parece recomendable y puede generar inseguridad jurídica en función del juez competente.

En cualquier caso, creo que permitir la exoneración de todo el pasivo cuando se ha cumplido parte del plan de pagos invita al deudor a realizar pocos esfuerzos y, *deja fuera del sistema a quien no pudo pagar nada por causas no imputables*, me parece una gran injusticia. La LSOp introduce mejoras pero se podría haber avanzado mucho más no supeditando la exoneración al pago de las deudas no exonerables tal y como sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno. Lograr ese resultado por una interpretación al margen de los criterios legales me parece peligroso. No lo olvidemos: en un Estado de Derecho, son las normas las que tienen que ser justas y los jueces están sujetos a la ley.

En suma, la LSOP es un claro ejemplo de pésima técnica legislativa. Una norma prolija, con múltiples requisitos que deja abierta una puerta

a la arbitrariedad. Cada deudor será tratado en función del juzgado en el que ventile su procedimiento y no olvidemos que la reciente reforma de la LOPJ atribuye la competencia de los concursos de consumidor a los Juzgados de Primera Instancia⁶⁹. Cuando se trate de deudor empresario, mantienen la competencia los jueces mercantiles. En este ámbito el concepto de empresario será el contenido en el art. 231 LC, que es extraordinariamente amplio. Veremos qué recorrido tiene esta reforma.

IV. PARTICULARIDADES DEL SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO. LA NECESARIA REFORMA DEL ART. 682 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. El diagnóstico: un problema de comportamiento y no un mal diseño del derecho real de hipoteca

En el contexto en el que nos encontramos, es preciso abordar de manera diferente la insolvencia general de la persona física del problema del sobreendeudamiento hipotecario y ello por más que éste sea, en la mayoría de las ocasiones, la causa de su insolvencia. Digo en la mayoría porque no son pocos los autónomos que resultan insolventes por haber fracasado en su actividad por causas exógenas (entre otras razones, por impagos de la Administración pública) y, por lo tanto, no siempre una persona física es insolvente por consecuencia de su alto endeudamiento hipotecario.

A pesar de la evidente conexión entre ambos problemas, su tratamiento jurídico es distinto así como diferentes son las causas que lo han generado. No hay que olvidar que el sobreendeudamiento hipotecario ha sido estimulado por el propio sistema (entre otras, con medidas fiscales) y ha generado durante muchos años importantes ingresos públicos (lo

⁶⁹ La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial introduce el apartado 6 al artículo 85, que concede competencia a los Juzgados de Primera Instancia en el orden civil, sobre «los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora». Por su parte, el art. 86 ter.1 LOPJ, señala que «los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6». No obstante, se mantiene la unidad en apelación dada la asignación de competencia a las secciones especializadas en lo mercantil de los Audiencias Provinciales de la competencia para atender «de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en los procedimientos relativos a concursos de personas físicas (...)» (nuevo art. 82.2 LOPJ).

que podía justificar que el déficit público español fuera escaso aún con un potente Estado del bienestar). Se estimuló un endeudamiento sin un régimen paliativo de la insolvencia que es connatural al crédito y con un enfoque claramente *pro creditoris*. Es más se llegó a ver como algo positivo el que la vivienda sirviera como medio para la adquisición de otros bienes y servicios recurriéndose al préstamo hipotecario⁷⁰.

El abordaje del problema, a mi juicio, hay que hacerlo desde *Ley de Enjuiciamiento Civil* sin que sea necesario modificar la estructura del derecho real de hipoteca que tan útil ha sido para permitir a los ciudadanos el acceso a la vivienda en propiedad. No soy en absoluto partidario de generalizar la hipoteca de responsabilidad limitada como regla, ni de instaurar la mal llamada «dación en pago» forzosa como solución sobreendeudamiento hipotecario.

El problema del sobreendeudamiento hipotecario no debe encontrar en el régimen de segunda oportunidad, ya que nunca se exoneran deudas garantizadas. Sólo el remanente de deuda que eventualmente quede pendiente puede ser exonerado, tal y como sucede hoy en el art. 178 bis.5.2º LC.

No considero adecuada la instauración como regla de la «dación en pago» forzosa. Por concepto este instituto requiere siempre el consentimiento del acreedor (art. 1166 CC) por lo que me parece contradictorio su uso cuando lo que se quiere es su «imposición». La hipoteca como derecho real de garantía supone un «refuerzo» del derecho de crédito, de manera que el acreedor tiene la misma garantía que los demás acreedores del deudor (su patrimonio, art. 1911 CC) y además preferencia para ejecutar con eficacia *erga omnes* un bien de dicho patrimonio. Privarle al acreedor hipotecario de la garantía patrimonial del deudor supone desnaturalizar el derecho real de hipoteca, por más que esta posibilidad esté prevista en el art. 140 LH. Si instauramos como regla que el acreedor ante el incumplimiento del deudor solo podrá ejecutar el inmueble hipotecado, supondría que el acreedor no podría embargar, por ejemplo, una cuenta corriente del deudor que tuviera saldo y eso es antieconómico. El riesgo de disminución de valor del inmueble no debe, a mi juicio,

⁷⁰ Así se dijo desde la Asociación Hipotecaria Española (27 de noviembre de 2003):

«En las economías modernas ya no se puede sostener que la vivienda sea exclusivamente un simple inmovilizado en el balance patrimonial de los hogares. Al contrario, cada vez más es un valor que, sin perder su finalidad de uso habitacional, se puede movilizar con un coste razonable para atender otras necesidades financieras». <http://www.ahe.es/bocms/sites/ahe/pages/Home.jsp?mID=19> La hipoteca sobre la vivienda familiar servía en muchas ocasiones no solo para atender la necesidad de vivienda.

recaer exclusivamente sobre el acreedor. Esta medida sí que encarecería, a mi juicio, el mercado crediticio.

Para abordar esta problemática, en mi opinión, hay que analizar las causas que nos han llevado hasta aquí porque la hipoteca ha funcionado razonablemente bien desde hace muchos años y la situación actual no se ha producido antes. Hay que analizar lo que ha fallado. Como acertadamente se ha señalado, «nuestro sistema hipotecario es sólido y ha permitido acceder a la vivienda a millones de ciudadanos españoles, pero la crisis ha puesto en evidencia aspectos y prácticas bancarias que es necesario y urgente corregir. Que se hayan concedido préstamos hipotecarios por encima del valor de tasación o que se hayan tasado suelos o viviendas por encima de su valor no es una buena práctica; que se hayan establecido cláusulas suelo del 3 % con cláusulas techo del 12 % –además cuando se preveía la bajada del Euríbor– no es una buena práctica; que se incorporen a los contratos de préstamo hipotecarios fórmulas para calcular los intereses de demora que pueden alcanzar el 29 % no es una buena práctica»⁷¹. En definitiva, la *causa del problema no se encuentra en el derecho real de hipoteca, sino en una mala praxis* que es preciso prevenir y sobre todo, sancionar para que la impunidad hasta ahora existente no genere situaciones de riesgo moral.

Un dato incontestable es la disminución de valor de mercado de los bienes inmuebles. Pero esta razón no es la única que ha provocado que cuando se procede a la ejecución hipotecaria, el valor del bien no sea suficiente para el pago de la deuda garantizada. En primer lugar, ha fallado la tasación realizada en el momento de la constitución de la hipoteca, la cual no se ha hecho a valor de mercado en tal momento, sino que se «ha inflado» partiendo de la idea de que el valor subiría, tal y como había venido sucediendo hasta la fecha. Esta es la primera irregularidad y que no es imputable al consumidor. En segundo lugar, ese valor de tasación «inflado» ha permitido a la entidad financiera «prestar más» para hacer más negocio y, en ocasiones, superando el 80% del valor de tasación⁷². Segunda irregularidad tampoco imputable al consumidor.

⁷¹ Son palabras del MATOS MASCAREÑO, P., Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación permanente. Año 2012 X Legislatura Núm. 82 Sesión plenaria núm. 78 celebrada el 18 de diciembre de 2012.

⁷² Esta práctica es denunciada por la defensora del pueblo en el informe Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del defensor del pueblo. http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Crisis_Hipotecas_2012.pdf p. 79 Y también por MOCHÓN, F., «La ejecución hipotecaria y la dación en pago», El Notario del S XXI enero-febrero 2012, pp. 72.

Por lo tanto, nos encontramos con inmuebles con valores inflados que garantizan deudas hipotecarias escandalosas, efectos de los que el consumidor no podía escapar si quería tener una vivienda, máxime cuando esta contratación se realizaba a través de contratos de adhesión con una absoluta predisposición contractual por parte del prestamista. Y si la vivienda era excesiva para la capacidad económica del deudor, el departamento de riesgos de la entidad financiera, preparado para tal evaluación, debería haberlo detectado. Tercera irregularidad.

Y no se diga que la culpa es del consumidor irresponsable⁷³. Esta afirmación que escucho con cierta frecuencia ignora la posición de inferioridad en la que se encuentra el consumidor en la contratación bancaria⁷⁴, ignora que el sistema avaló el sobreendeudamiento como mecanismo de acceso a un bien de primera necesidad como es la vivienda y, sobre todo ignora, que no hay consumidor que se endeude de manera irresponsable si no hay un acreedor que le concede crédito de manera irresponsable. *La responsabilidad de haber concedido crédito por encima de los límites que marca la prudencia bancaria es del profesional*. No se puede poner en un mismo plano la responsabilidad del banco en la concesión imprudente de créditos y la del cliente por solicitarlos por encima de sus posibilidades⁷⁵. Las normas de conducta bancarias protegen al cliente incluso contra sus propias decisiones. Es el banco quien debe medir la capacidad de reembolso del cliente y abstenerse de dar créditos que rebasen las normas prudenciales⁷⁶. Todo ello sin perjuicio de la necesaria intervención legislativa en el terreno de la educación financiera del consumidor, que es otro pilar fundamental para el logro de una efectiva prevención del sobreendeudamiento privado.

Hasta aquí, el problema se centra en un *control de comportamiento*. Si a ello añadimos que el art. 682 LEC prevé que el valor de tasación a efectos de ejecución será el pactado en la escritura pública, el resultado es que el inmueble sale a ejecución a «precio de burbuja» cuando el valor del inmueble en el momento de la ejecución es notablemente infe-

⁷³ Incide en este aspecto, GALLEGO, E., «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», Capítulo I.4.

⁷⁴ Este aspecto también es denunciado por la Defensora del pueblo en el informe citado, p. 82.

⁷⁵ Como ya dijera POTTOW, J., «Your credit card company knows how much you should borrow better than you do» (*Private liability fo reckless Consumer lending*, University of Illinois Law Review, 2007, n.1).

⁷⁶ ZUNZUNEGUI, F., *Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil num.129/2013, BIB 2013\14179

rior, lo que trae como consecuencia que la subasta quedara desierta y el art. 671 LEC permitía al acreedor adjudicarse el inmueble al 60% valor de tasación (pudiendo existir un tipo específico para la subasta respecto del que no existía límite alguno). De ahí que las entidades financieras acumulen tal cantidad de inmuebles. En ocasiones, el que subsista deuda pendiente tras la ejecución deriva del hecho que de que tal inmueble se lo adjudica el acreedor a un precio muy inferior al fijado para la concesión del préstamo⁷⁷. *Las normas de ejecución hipotecaria fueron en su mayor parte las causantes del problema y en su reforma había que residenciar la solución.*

1.1. La insuficiencia de las modificaciones legales realizadas y la agravación de la posición del deudor hipotecario: la modificación del art. 682 LEC

Pues bien, en este contexto se han producido varias iniciativas legislativas. El RDL 6/2012 de 9 de marzo y su código de buenas prácticas no ha solucionado ni de lejos el problema planteado y ha constituido, a mi juicio, un auténtico «brindis al sol», dado su restringido ámbito de aplicación⁷⁸, escasamente ampliado en el RDL 1/2015 de 27 de febrero.

Más intenso, al menos aparentemente, es el abordaje legislativo del sobreendeudamiento hipotecario llevado a cabo en la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que tiende a paliar el problema cuando afecta a la vivienda habitual (concepto que no se define y sobre el que pivota toda la ley y de ahí la nueva redacción del art. 21.3 LH).

⁷⁷ Escandaloso es el supuesto que resuelve el Auto del JPI nº 8 de Valladolid de 27 de febrero de 2012. Se ejecuta un inmueble hipotecado que fue tasado por la entidad financiera en 113.100 euros. La deuda pendiente asciende a 74.819 euros. Quedando desierta la subasta se adjudica el inmueble al 50% valor de tasación (anterior a la reforma 2011): 56.550 euros. Resta un pasivo pendiente de 18.269 euros. La entidad financiera inicia el procedimiento de ejecución por el sobrante y al mismo tiempo oferta en su web la venta del inmueble adjudicado a 95.000 euros. Gracias a la LEC, la entidad financiera pretende sacar un beneficio de 38.450 euros por su venta a terceros, además de reclamar 18.269 al deudor principal. El juez impide que continúe la ejecución por el resto de deuda pendiente.

⁷⁸ El reducido ámbito de aplicación del RDL 6/2012 de 9 de marzo, ROYO-VILLANOVA, S., *De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El RDL 6/2012 y su código de buenas prácticas*. El Notario del s. XXI, marzo-abril 2012, p. 45. También los post de MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A., y TENA ARREGUI, R., *Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (I y II)*. ¿A quiénes se aplican?, www.hayderecho.com

Abordar un tratamiento exhaustivo de las novedades introducidas en este texto⁷⁹ excede de las pretensiones del presente trabajo y solo me detendré en algunos aspectos concretos.

Aunque una de las importantes novedades que introduce la Ley 1/2013, fruto de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, fue la posibilidad de alegar en el proceso de ejecución el carácter abusivo de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario, la solución de este problema no ataca el origen de la crisis financiera que no se encuentra sólo en el «abuso contractual» del consumidor. El problema de fondo y que tuvo mucha importancia en esta crisis financiera fue la violación de normas recogidas en la Ley del Mercado Hipotecario (LMH) que establece límites más rigurosos para los activos que se utilizan como garantía en mercado secundario y que afectaban a la tasación de los inmuebles. Inflado éste, solo formalmente se cumplía el límite del *loan to value* que estaba en el 80% y que ahora se ha bajado al 60% tras la reforma de la Ley 1/2013. Este problema no solo no se ha resuelto, sino que, a mi juicio, se ha agravado. Me explico.

En el ámbito hipotecario, a diferencia de lo que sucede en la ejecución ordinaria, el art. 682 LEC permite que la valoración del bien⁸⁰ se fije en la escritura de constitución de la hipoteca para que sirva de tipo en la subasta prescindiéndose del trámite de avalúo con la consiguiente agilización del procedimiento.

Todo ello con el objeto de que se apliquen las normas especiales en materia de ejecución hipotecaria. Esta celeridad pretendida genera un riesgo adicional y es el cambio de valor de la finca en el momento de la ejecución. Si aumenta de valor, la finca se vendería en ejecución por un precio inferior al valor económico real. Si el valor disminuye (que es lo que ha sucedido) el mantenimiento de la tasación fijada en escri-

⁷⁹ Cfr. ESCARTÍN IPIENS, JA, y MARTOS CALABRUS, M. A, (Coord), NÚÑEZ IGLESIAS, A., (Dir) «La protección del deudor hipotecario. Aproximación a al Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social», Granada 2014. ACHÓN BRUÑEN, MJ, *Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Diario La Ley, n° 8087, 2013.

⁸⁰ Hay que tener en cuenta que ninguna norma exige para la constitución de una hipoteca el que se haga una tasación del bien, salvo la normativa específica del Mercado Hipotecario que afecta a aquellos créditos hipotecarios que se utilicen como garantía de las emisiones de bonos, cédulas o participaciones hipotecarias. Es decir, tal tasación es exigible en los créditos hipotecarios que se utilizan por la entidad para su refinanciación (art. 7.1. LMH). Como acertadamente se ha señalado, la exigencia de tasación previa de fincas hipotecadas protege los intereses de los mercados de valores y no al acreedor y deudor hipotecario.

tura («precio burbuja») puede condenar de antemano al fracaso la realización y que la subasta quede desierta y se desencadenen los efectos del art. 670.4 LEC, pudiendo el ejecutante *«pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura»*. Este porcentaje se ha aumentado respecto de la regulación anterior que era del 50%⁸¹.

El que se aumente el límite mínimo establecido para la adjudicación del inmueble subastado al acreedor ejecutante en caso de subasta desierta aparentemente puede parecer una medida beneficiosa para el deudor y que podría reducir el riesgo de subsistencia de pasivo pendiente tras la ejecución. Al deudor le interesa que el tipo para la subasta sea lo más alto posible y que el límite de adjudicación al acreedor ejecutante también sea alto.

Por virtud de lo dispuesto en el art. 8.2 del RD 716/2009, de 24 de abril⁸² que desarrolla la LMH, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución será necesariamente, como mínimo, la valoración que conste en el certificado de tasación. Coincidencia por tanto, de la tasación a efectos de subasta con la tenuta a los efectos del Mercado Hipotecario. Esta norma era aplicable a todos aquellos créditos destinados a titulación y puesta en circulación en el mercado hipotecario como vía de financiación de las entidades de crédito. Para este tipo de préstamos, el tipo fija-

⁸¹ Consciente el legislador de que en el límite mínimo establecido para la adjudicación del inmueble subastado al acreedor ejecutante en caso de subasta desierta estaba una de las causas más importantes de la existencia de deuda pendiente tras la ejecución del inmueble, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, elevó ese límite mínimo de adjudicación al 60% del valor de tasación. Se reformó para ello el artículo 671 de la LEC, por el que el límite mínimo afectaba a todo supuesto de realización forzosa de inmuebles, al margen de que se tratase de la vivienda habitual o no. Este «exceso de protección» se subsanó por virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que concretó el límite del 60% al caso en el que el inmueble subastado fuese la vivienda habitual del deudor. En todos los demás casos continuaría rigiendo el límite mínimo anterior a la reforma: 50% del valor del bien o la cantidad que se deba por todos los conceptos.

⁸² *«La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración»*.

do para la subasta debía coincidir con el fijado en la tasación oficial que recogía el valor de mercado. De esta forma se evitaba (siempre en el marco de los créditos que iban a ser titulizados) que el tipo para la subasta fuera de fijación libre y muy inferior al valor de mercado del bien. No se trata de requisito de validez de la hipoteca, sino para la titulación, algo que podía desconocer el Notario autorizante y el Registrador (salvo en el caso de las participaciones) por lo que si no existía tal coincidencia de valores de tasación, la escritura era válida. De ahí que se haya dicho que esa coincidencia de valores no se haya aplicado en la práctica⁸³. Bastaba con que esta norma de sentido común sí se hubiera aplicado.

Parece que la Ley 1/2013 termina con esta coincidencia y ha introducido un cambio importante en la redacción del art. 682 LEC, disponiendo que «en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, *que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*». Idéntica norma se reproduce en el art. 129 LH para la ejecución extrajudicial de la hipoteca. Ahora sí que ya no hay coincidencia.

Se ha dicho que con ello se quiere acabar con la práctica de algunas entidades financieras que equiparaban el tipo de subasta al principal de la deuda y que podía conducir a que el valor fijado resultase muy inferior al que realmente correspondía al bien hipotecado o pignorado⁸⁴. Esta práctica era ilegal pues contravenía lo dispuesto en el citado art. 8.2 del RD 716/2009 cuando se trataba de préstamos titulizables. Ciertamente en los no titulizables no existía límite, pero precisamente la reforma se refiere también a los titulizables, máxime con la referencia que se hace a la tasación realizada conforme a la Ley 2/1981. Lo que pasa es que el legislador prescinde de la propia existencia de la norma reglamentaria (probablemente por su inaplicación práctica en muchos casos), y ello se deduce de sus propias palabras en el preámbulo a la Ley 1/2013, que señala que «se introducen determinadas mejoras en el procedimiento de subasta, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la misma

⁸³ PARGA LÓPEZ, M., «La tasación para subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria», <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-ley-deudores-hipotecarios.htm#9-tasacion2>

⁸⁴ PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, ME, y MOYA FERNÁNDEZ, A., «Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios», Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 35-2013, p. 64.

no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta». Falso. Tal límite existía, pero no se aplicaba. Donde no existía límite –insisto– era en los préstamos no «elegibles» para acceder al mercado hipotecario.

Con la excusa de evitar una práctica que ya era ilegal como es la de hacer coincidir el valor de tasación a efectos de subasta con la deuda pendiente en el momento de la ejecución, de manera que nada tenía que ver la tasación efectuada a la hora de conceder el préstamo con la utilizada para la subasta, se reforma el art. 682 LEC permitiendo el legislador una desviación entre la tasación inicial y la tenida en cuenta para la subasta perjudicando más al deudor hipotecario⁸⁵.

El nuevo precepto permite que haya una tasación como tipo de subasta un 25% inferior a la tasación prevista para la concesión del préstamo. De esta manera, si, por ejemplo, se tasa el inmueble a los efectos de la concesión del préstamo en 200.000 euros (teniendo en cuenta los criterios de la LMH), el tipo para la subasta puede ser de 150.000 euros. Si la subasta queda desierta y aplicamos el art. 670.4 LEC, el prestamista se puede adjudicar el inmueble al 70% del tipo de la subasta (150.000 euros, (70%, si es vivienda habitual) o por 90.000 euros, (si se le debe menos, 60%) o 75.000 euros (50% si no es vivienda habitual). Como tales porcentajes se aplican sobre el 75% del valor de mercado, por el juego del art. 670.4 LEC, en realidad el prestamista puede adjudicarse el inmueble por un 37,25% del valor de mercado,

⁸⁵ En este sentido, SENÉS MOTILLA, «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», «La protección del deudor hipotecario» coordinado por Escartín Ipiens, JA y Martos Calabrús, MA, dirigido por Núñez Iglesias, A, Granada 2014, p. 161. También ESTEBAN-HANZA, E., «Interpretación correctora de determinados artículos de la Ley de Protección de deudores hipotecarios» <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-hanza.htm#1tas> denuncia esta disfunción proponiendo una interpretación correctora de la norma entendiéndola referida a los préstamos o créditos que no vayan a ser objeto de titulización en el mercado hipotecario. A su juicio: «Se trataría de interpretar, con base en el criterio teleológico, que no juegan aquí los principios de *lex posterior* ni de rango jerárquico entre la ley 1/2013 y el RD 716/2009, pues se refieren a supuestos de hecho distintos, de modo que los préstamos titulizables ya estaban regulados en esta materia por el mencionado RD que fijaba un mínimo del 100%, y la ley sólo se refiere ahora a aquellos préstamos que, como dice su Exposición de Motivos carecían de toda regulación al respecto, es decir, los no titulizables fijándoles un mínimo del 75%». Loable intento que contradice la expresa mención del art 682 LEC y 129 LH (referido al procedimiento de ejecución extrajudicial) a la tasación conforme a la LMH, alusión que solo puede ser interpretada como referida a los préstamos que pueden titulizarse.

como regla general o de un 52,50% de ese valor de mercado si se trata de vivienda habitual⁸⁶.

Por lo tanto, el aumento del porcentaje de adjudicación al acreedor del 70% que aparentemente beneficiaba al deudor, no es real y la nueva regulación favorece y estimula este efecto pues tal porcentaje se aplica sobre el valor fijado para la subasta y no sobre el valor de mercado. Al deudor hipotecario le interesa que el valor de tasación a efectos de subasta sea alto. La Ley de Protección de deudores hipotecarios permite que el tipo pactado para la subasta sea inferior al de mercado por lo que la ley permite que el acreedor en caso de subasta desierta se adjudique el bien por un valor todavía más alejado del valor de mercado. Como acertadamente se ha señalado, esta norma compensa a los bancos permitiéndoles apropiarse gratis del 25% del valor de mercado del bien⁸⁷.

En este contexto, no es de extrañar que ejecutado el inmueble, el deudor no solo pierda la vivienda, sino que además le quede pasivo pendiente por satisfacer. Esto no lo resuelve una dación en pago forzosa que desnaturaliza la esencia del derecho real de hipoteca, sino la corrección de las normas que permiten que esto se pueda producir, particularmente las normas que vinculan en la ejecución un tipo pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, las que permiten que exista un valor de tasación a efectos de subasta distinto del de mercado tenido en cuenta para la concesión del préstamo y las que legitiman que el acreedor se adjudique el bien por un valor distinto al de mercado en el momento de la ejecución.

Precisamente el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de septiembre de 2014 considera abusiva la cláusula del préstamo hipotecario que fijaba como valor para subasta de un inmueble 200.000 euros cuando había sido tasado para la concesión del préstamo en 376.300 euros, por contraria a la buena fe contractual pues perjudicaba al deudor al permitir al acreedor adjudicarse un bien por un precio inferior a su valor real. Pues bien, el legislador, pretendiendo proteger al

⁸⁶ GONZÁLEZ MENESES, M., «La tasación de la finca hipotecada después de la Ley 1/2013 de 14 de mayo», en «La protección del deudor hipotecario» coordinado por Escartín Ipiens, JA y Martos Calabrús, MA, dirigido por Núñez Iglesias, A, Granada 2014, p. 177.

⁸⁷ GONZÁLEZ-MENESES, M., *op.cit.*, p. 177. En el mismo sentido, ESTEBAN-HANZA NAVARRO, E., *Interpretación correctora de determinados artículos de la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios*, <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-hanza.htm#1tas>

deudor hipotecario, legitima legalmente lo que es una cláusula abusiva. Algo absolutamente demencial...

La única vía de evitar este despropósito era entender que la reforma sólo afectaba a los préstamos hipotecarios no titulizables, manteniéndose la regla del art. 8.2 del RD 716/2009 para los que operaban en el mercado secundario⁸⁸. Sin embargo, creo que el nuevo texto del art. 682 LEC no parece permitir tal interpretación en tanto se refiere de manera explícita a la tasación realizada conforme a las disposiciones de la LMH. De hecho, la reciente reforma de la norma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil confirma la interpretación que mantengo y que critico. Esta ley vuelve a modificar el art. 682.2.1º LEC en los siguientes términos: «que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación que, *en su caso*, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». La inclusión de la mención «en su caso» evidencia que la norma va referida a los préstamos hipotecarios titulizables y que no se impone la realización de tasación previa también para los no titulizables, que era una de las novedades del cambio introducido por la Ley 1/2013. Con el nuevo texto parece quedar claro que la norma se refiere a los titulizables, con lo que se agrava la posición del deudor hipotecario y el despropósito ya iniciado con la Ley 1/2013. Como con acierto se ha señalado, esta reforma beneficia a los prestamistas/usureros, a los que se les facilita utilizar las hipotecas como forma de apropiarse de los inmuebles, burlando la prohibición del pacto comisorio con tasaciones ridículas. Y desde luego beneficia a los Bancos, que podrán tener la tranquilidad de adquirir bienes a bajo precio en el caso de que vuelvan los fallidos, libres ahora de la limitación del 8.2 para los préstamos titulizables. La reforma llega además en el momento oportuno, justo ahora que empiezan de nuevo a dar crédito hipotecario⁸⁹. Y es que, efectivamente, como

⁸⁸ En este sentido, la RDGRN de 29 de octubre de 2013. ESTEBAN-HANZA NAVARRO, E., *Interpretación correctora de determinados artículos de la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios*, <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-hanza.htm#1tas>

⁸⁹ ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S., *Contra los deudores hipotecarios (sin que se vea)*, <http://hayderecho.com/2015/07/20/contra-los-deudores-hipotecarios-pero-sin-que-se-vea/>

ya advertir⁹⁰, se están sentando las bases de una nueva burbuja inmobiliaria y se trata de una norma que va «a por los deudores hipotecarios». Una auténtica vergüenza.

Entiendo que lo más coherente con el principio de responsabilidad patrimonial universal es que se proceda a un avalúo del inmueble hipotecado en el momento de la ejecución (tal y como sucede en la ejecución ordinaria, art. 637 LEC) y caso de que la subasta quede desierta (lo que será menos probable si el inmueble sale a subasta a precio de mercado y no a precio «burbuja»), el acreedor debe adjudicarse el bien al 100% del valor de mercado, es decir, *por lo que realmente vale*. De esta forma se evitarían perversiones en las tasaciones en el momento de la concesión del préstamo y, en muchos casos que se adjudique el bien por valor notablemente inferior al de mercado, quedando pasivo pendiente precisamente por esa «magia procesal». La celeridad del procedimiento hipotecario pretendida con la vinculación del tipo de subasta fijado en la escritura constituye uno de los factores que provoca que subsista deuda pendiente tras la ejecución, efecto perverso que debe necesariamente evitarse.

Si de verdad se quiere proteger la vivienda habitual del deudor, debería concedérsele a éste la opción de solicitar una nueva tasación. Se trata de una medida *pro debitoris* si, queremos dar una protección a la vivienda parecida a la que se da en otros ordenamientos⁹¹. La desprotección de la vivienda en España es extraordinariamente llamativa.

Otra novedad digna de mención es la norma contenida en el art. 579.2 LEC que permite una exoneración de la deuda hipotecaria pendiente tras la ejecución, en cuantía diferente y tiempos distintos: el 35% si el deudor logra satisfacer el 65% de la deuda en 5 años; el 20% si el deudor abona el 80% de la deuda en 10 años. Si en tal periodo se produce una ejecución dineraria que exceda del 65% o del 80%, habrá que devolver el exceso al deudor. Este efecto se produce sin necesidad de que concurren requisitos adicionales: no se exige incapacidad económica ni buena fe del deudor.

Por lo tanto, si tras la ejecución hipotecaria el deudor llega a mejor fortuna (por ejemplo, se defiere una herencia a su favor), podrá pagar el

⁹⁰ CUENA CASAS, M., *Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario. Hacia una nueva «burbuja inmobiliaria»*, <http://hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/>

⁹¹ CUENA CASAS, M., «Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2015, en prensa.

65% de la deuda en 5 años (o el 80% en 10 años) y beneficiarse de la exoneración, a pesar de su aumento de capacidad económica. La norma, a mi juicio, no puede estar peor construida, plantea importantes problemas procesales y, sobre todo, es injusta puesto que lo que es claro es que el deudor sin recursos que no puede satisfacer tales porcentajes de deuda, no puede acceder a la exoneración y tendrá que satisfacer toda la deuda pendiente y, en cambio, pueden beneficiarse de ella deudores que no lo merecen. Se insiste, al igual que acontece en el art. 178 bis LC en que el deudor solo se beneficie de una exoneración si satisface un umbral de pasivo mínimo, lo que hace ineficaz la medida para los que más lo necesitan que son precisamente los que no tienen activos para satisfacer tal cantidad de deuda.

Por lo dicho, cabe concluir que el sobreendeudamiento hipotecario requiere de una regulación más eficaz ya que la normativa aprobada ha tenido por el momento poco éxito⁹² y no ataca de manera *real* el origen del problema y de ahí que sean necesarias ulteriores reformas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante DCH) aporta novedades en el ámbito del préstamo responsable y en la fase precontractual, no conteniendo apenas previsiones en el terreno de la ejecución del derecho real de hipoteca, por lo que su transposición no conllevará cambios en este aspecto, algo que, como he dicho, debe ser abordado por iniciativa del legislador español. La vaguedad⁹³ de los términos empleados en la DCH invitan más a la recomendación que a la ordenación de un régimen concreto.

⁹² <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2014/CBPInforme.pdf>

⁹³ Basta leer el Considerando 27 de la DCH para confirmar lo dicho: «*En aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, los Estados miembros deben garantizar la protección de las condiciones mínimas de subsistencia y establecer medidas para facilitar el reembolso evitando al mismo tiempo el endeudamiento a largo plazo. Al menos en aquellos casos en que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, los Estados miembros deben alentar a los prestamistas a tomar medidas razonables para obtener el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria en el contexto de las condiciones del mercado. Los Estados miembros no deben impedir que las partes en un contrato de crédito acuerden expresamente que la entrega de la garantía al prestamista baste para reembolsar el crédito*». Que los Estados miembros no puedan prohibir que las partes acuerden una dación en pago, resulta cuando menos, llamativo.

V. PROTECCIÓN DEL DEUDOR INSOLVENTE Y ACCESO AL MERCADO CREDITICIO. LOS FICHEROS DE SOLVENCIA POSITIVOS

Otro pilar fundamental para la prevención del sobreendeudamiento privado es la existencia de un adecuado sistema de información crediticia⁹⁴ que evite un encarecimiento generalizado para todos los solicitantes de préstamos cuando existen normas *pro debitoris* que pongan límites a la ejecución, tal y como sucede con un régimen de segunda oportunidad.

El hecho de que el deudor de buena fe pueda ver exonerado el pasivo pendiente tras la liquidación de su patrimonio, en teoría, no necesariamente implica un aumento del riesgo crediticio. La realidad pone de relieve que la persona física insolvente de buena fe que carece de bienes para el cumplimiento íntegro de sus obligaciones no cumple, con o sin un expediente de liberación de deudas. Con todo, teóricamente, la concesión de una nueva oportunidad al deudor, priva a los acreedores de la posibilidad de agredir bienes futuros del deudor. Esta circunstancia ya se estaba produciendo sin un régimen de segunda oportunidad, en la medida que el deudor que incumple entraba en la economía sumergida o actuaba a través de testaferros precisamente para eludir el principio de responsabilidad patrimonial universal. Pero dado que el sistema de segunda oportunidad se diseña para el deudor de buena fe que no *puede* cumplir, su existencia no significa que ahora vaya a facilitarse el incumplimiento y que aumente el riesgo crediticio para los acreedores.

A lo que sí invita un régimen de segunda oportunidad es a una concesión más responsable de crédito. Para que no se produzca una restricción indeseable en la concesión de los préstamos, es necesario que el prestamista pueda acceder a información financiera fiable de los particulares, preocupación que se ha puesto de relieve a nivel internacional diseñándose unos principios generales que inspiren la regulación de todos los Estados, puesto que el buen funcionamiento del mercado crediticio es esencial para el desarrollo y el crecimiento económico mundial⁹⁵.

⁹⁴ Más extensamente, CUENA CASAS, M., «Fresh start y mercado crediticio», InDret, julio 2011 <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974> ; «Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales» <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/el-notario-2r/3684-prestamo-responsable-informacion-crediticia-y-proteccion-de-datos-personales>

⁹⁵ Destaca en este punto el documento elaborado por el Banco mundial *General Principles for Credit Reporting*, (septiembre 2011) cuyo objetivo no es diseñar un sistema específico de flujo de información económica de los particulares, sino señalar unas reglas generales que sirvan de criterios a los Estados con objeto de lograr un objetivo común: la creación de un mercado crediticio seguro. <http://siteresources.worldbank.org/>

España mantiene un sistema de información crediticia muy restrictivo en el que fluye la información negativa de los particulares y existen obstáculos importantes para que los prestamistas puedan acceder a información positiva, derivados entre otros de nuestra legislación de protección de datos.

Los ficheros de solvencia negativos exclusivamente aportan información relativa a incidentes relacionados con los pagos. Por el contrario, el *bureau positivo* contiene información sobre créditos contratados, niveles de endeudamiento global del consumidor y datos sobre el buen comportamiento del deudor. Ello presenta indudables ventajas tanto para el ciudadano como para la entidad financiera: permite contrarrestar los efectos de un impagado actual, mejorando la imagen ante la entidad, ampliando el espectro de ciudadanos que pueden acceder al crédito.

En los *ficheros positivos* se incluyen operaciones crediticias que nunca se han incumplido y se han satisfecho en los términos pactados. Los ficheros de solvencia negativos sólo dan la posibilidad de conocer al deudor incumplidor, pero no aportan información sobre si el nivel de endeudamiento del solicitante es lo suficientemente alto como para desaconsejar la concesión de más crédito. Esta información es la que tiene «nuestro banco» que sabe que pagamos nuestro saldo deudor de la tarjeta de crédito, que pagamos el recibo de la deuda hipotecaria todos los meses y es la que brindan los ficheros de solvencia positivos. En ellos se pone de relieve el «comportamiento crediticio» del deudor y sobre todo, su nivel de endeudamiento, efecto que no se consigue con los ficheros negativos. Tener patrimonio no asegura un buen comportamiento crediticio y de ahí que se haya dicho que «el mejor predictor del comportamiento crediticio futuro es el comportamiento pasado»⁹⁶.

Los ficheros positivos constituyen un mecanismo eficaz para la prevención del sobreendeudamiento privado en tanto que conociendo solo los impagos (información que brindan los ficheros negativos), se puede desconocer que ese deudor tiene deudas contraídas con otras entidades. Si se intercambia esa información, la posibilidad de que se asuman obligaciones que no pueden cumplirse, disminuye y con él el índice de morosidad. Es evidente que acreditando unos ingresos altos y bienes que pueden agredirse en caso de incumplimiento de la obligación, no se determina el nivel de endeudamiento y grado de solvencia del cliente, cuando no se pueden conocer los préstamos y deudas que tiene asumidos.

[FINANCIALSECTOR/Resources/Credit_Reporting_text.pdf](#) También hay que señalar el documento elaborado por la OCDE *Facilitating access to finance. Discussion paper on Credit Information Sharing* <http://www.oecd.org/daf/psd/45370071.pdf>

⁹⁶ MILLER, M. *Credit reporting Systems around the World. The estate of the art in public and private credit registries*, cit., p. 2.

Las ventajas que presentan los ficheros positivos han sido reconocidas por el TJUE en sentencia de 23 de noviembre de 2006: «incrementan la cantidad de información disponible para las entidades de crédito acerca de los prestatarios potenciales, atenuando la disparidad existente entre el acreedor y el deudor en lo que atañe a la posesión de información y facilitando de este modo una mayor previsibilidad de la probabilidad de devolución de los créditos. De esta manera, tales registros pueden reducir, en principio, el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios y, por lo tanto, mejorar el funcionamiento de la oferta de crédito».

Pero sobre todo, merece ser destacado que *los ficheros de solvencia positivos permiten dar mejores condiciones en términos de coste crediticio* a los clientes que tengan un mejor comportamiento crediticio. Y esto es clave. Un deudor que se haya beneficiado de una exoneración del pasivo pendiente *podrá acceder al mercado crediticio* pero con un tipo de interés mayor. No hay mayor coste crediticio para todos, sino para aquellos que tienen más riesgo, sin que se aumente el coste para todos con las consecuencias negativas que puede tener para la recuperación económica una restricción generalizada en el acceso al mercado crediticio. Y sobre todo se evita la exclusión financiera del deudor que ha recibido una exoneración de deudas y el que los efectos de su impago se propague a los buenos pagadores.

Y es que cuando un sistema de información crediticia es débil, cuando hay déficit de información para evaluar la solvencia, el prestamista tiene más riesgo de escoger malos pagadores por lo que propagará a todos los clientes los efectos de estas medidas paliativas aumentando el coste crediticio a todos, pagando justos por pecadores. Es la denominada selección adversa⁹⁷.

Se ha demostrado que con los ficheros de solvencia positivos la ratio de impago de los consumidores disminuye y *aumenta el volumen de crédito concedido a sectores sociales vulnerables* que pueden carecer de bienes pero gozan de un buen comportamiento crediticio⁹⁸. En un conocido estudio⁹⁹ se cuantificó la menor tasa de morosidad y mayor acceso

⁹⁷ Cfr. más extensamente, CUENA CASAS, M., «Fresh start y mercado crediticio», InDret, julio 2011 <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974>; «Prestamo responsable, información crediticia y protección de datos personales» <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/el-notario-2r/3684-prestamo-responsable-informacion-crediticia-y-proteccion-de-datos-personales>

⁹⁸ *General Principles for Credit Reporting*, (septiembre 2011), Banco Mundial. p. 8. http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/Credit_Reporting_text.pdf

⁹⁹ BARRON, J.M., y STATEN, M., *The value o comprehensive Credit Reports: Lessons from the U.S. Experience*, in Miller, M., (ED) *Credit Reporting Systems and the Inter-*

al crédito en los países que solo compartían información negativa, tomando como muestra el caso de Australia. Demostraron que la tasa de morosidad es superior cuando solo se utilizaron ficheros de solvencia negativos para evaluar la solvencia del deudor. En cuanto a los ciudadanos que pueden acceder al crédito se evidencia que cuando el mercado funciona con ficheros positivos el crédito llega a un 83,2% de la población, a diferencia de lo que acontece cuando solo se manejan ficheros negativos con los que el crédito llega a un 73,7% de la población. Por lo tanto, con un sistema de ficheros positivos hay un incremento de ratio de población que accede al crédito del 11,4%. Estos datos son reveladores de las bondades de los ficheros positivos.

Por lo tanto, en contra de lo que inicialmente pudiera parecer, el que las entidades compartan información económica de sus clientes a oficinas privadas de información crediticia *beneficia al prestatario*. El deudor que cumple en tiempo y forma sus obligaciones puede beneficiarse de mejores condiciones en cualquier entidad financiera y no solo en la suya, lo cual redundaría en una *mayor competitividad* entre las mismas. Las entidades *dominantes* están poco interesadas en intercambiar información por cuanto puede ser perjudicial para su posición competitiva ya que facilita la «fuga» de clientes. Si la información positiva no se comparte, solo nuestro banco nos dará las mejores condiciones y ello sencillamente porque nos conoce. Nuestro banco nos tiene capturados.

Así mismo, si una entidad financiera goza de información económica fiable de sus potenciales clientes resultará más sencillo penalizar a aquellas entidades que no han adoptado las cautelas necesarias para medir el riesgo del deudor y no han accedido voluntariamente a tal información. En este sentido, resulta relevante destacar que favorecer los flujos de información acerca de la solvencia del deudor permite *un mayor control del sistema financiero* y facilita la exigencia de responsabilidad.

En España predominan los ficheros de solvencia negativos, únicos que pueden aportar los prestadores privados de información sobre solvencia (Equifax, Experian). Padecemos un déficit claro de flujo información crediticia de los particulares fruto de una restrictiva interpretación de nuestra Ley Orgánica de Protección de Datos por parte de la Agencia de Protección de Datos y también del TS que impone potentes obstáculos a los denominados ficheros de solvencia positivos.

Aquí la información con la que cuentan las entidades financieras para evaluar el riesgo es, en su mayor parte, la ofrecida por el mismo deudor que

se centra básicamente en su patrimonio, ingresos y cargas. Sí es un fichero de información positiva el gestionado por el Banco de España (CIRBE) que ofrece una información limitada (operaciones por encima de los 9.000 euros y no está desagregada), y con un acceso a la información restringido: sólo podrán obtener la información contenida en la base de datos las entidades declarantes, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda acceder de forma gratuita a toda la información que esté a su nombre en la CIRBE. Por lo tanto, cualquier prestamista que no tenga la consideración de entidad de crédito no podrá acceder a la información contenida en la CIRBE para cumplir su obligación de evaluar la solvencia.

El art. 29 de la LOPD (que tiene carácter de ley ordinaria, DF segunda LOPD) regula a los ficheros que «contienen información sobre cumplimiento incumplimiento de las obligaciones», precepto desarrollado en los artículos 38-44 del Reglamento de Protección de Datos, ha sido interpretado como que se refiere únicamente a los ficheros negativos. Las entidades solo pueden compartir información negativa de sus clientes sin el consentimiento de éstos, pero para la positiva, que les puede beneficiar, según esta interpretación se mantiene el principio del consentimiento. Sólo éste resulta excepcionado para la información positiva que están obligados a transmitir a la CIRBE, tal y como se recoge en los artículos 59 a 69 de la Ley 44/2002 de medidas para la reforma del sistema financiero. De esta forma, las oficinas privadas de información crediticia (credit bureau) solo pueden proporcionar información negativa sin consentimiento del deudor. *Falta pues en España una regulación de los ficheros de solvencia del sector privado con información positiva, ello a diferencia de los que sucede en los países más desarrollados.*

Son necesarios cambios legales que permitan que el funcionamiento de los prestadores privados de servicios de información de solvencia patrimonial y de crédito pueda regirse con base en los criterios que actualmente operan para la CIRBE. La privacidad puede garantizarse mediante un adecuado control de acceso a tal información y con deberes de notificación al consumidor tal y como acontece en la actualidad para la CIRBE en el art. 61 de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Sólo si se favorece un mayor flujo de información crediticia, es posible un ajuste del coste crediticio a prima de riesgo evitándose un encarecimiento generalizado para todos los demandantes de crédito. Ello redundaría en una mayor competitividad entre las entidades financieras lo que a su vez permitiría una mejor oferta de crédito¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Más extensamente, CUENA CASAS, M., y PRATS ALBENTOSA, L. (Coord), Préstamo responsable y ficheros de solvencia, Cizur Menor, 2014.