

# LA SEGUNDA OPORTUNIDAD O FRESH START: DEUDOR PERSONA FÍSICA Y SOBREENDEUDAMIENTO ¿CONDONACIÓN DEFINITIVA?

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE Y OSCAR MONJE BALMASEDA  
*Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS*

---

De todos es conocido, que recientemente (26 de junio de 2015), se ha remitido por el Congreso de Diputados al Senado, el texto del Proyecto de Ley de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social procedente del Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero. En este Real Decreto se regulaba diversos mecanismos de mejora del acuerdo extrajudicial de pagos introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre. Para ello, el Real Decreto Ley disponía, por un lado, diversos mecanismos de mejora del acuerdo extrajudicial de pago introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores su internacionalización, y por otro, se introducía un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil y que permitiría que aquellos empresarios personas físicas que hayan perdido sus bienes por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, puedan verse liberados de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación, -aunque posteriormente obtengan ingresos- y puedan así iniciar una nueva singladura empresarial con esta segunda oportunidad...

Así las cosas, en relación con las modificaciones referidas al régimen de los acuerdos extrajudiciales de pago se posibilita a las personas físicas y empresarios un procedimiento coordinado, transparente y reglado que les permite reestructurar su deuda con los acreedores a través de quitas y esperas, siempre bajo la tutela del juez y con la intervención de un mediador concursal. En el Real Decreto, como novedad, se permitía también a los notarios ser mediador para el caso de las personas físicas. El procedimiento está especialmente simplificado para los particulares en lo que se refiere a los plazos de designación y en la convocatoria de acreedores, así como la reducción de los aranceles notariales y registrales. Además se le da confianza y seguridad a la persona física por cuanto se van a suspender las ejecuciones de bienes necesario para la actividad incluida la vivienda habitual (*NAVAZO CAMPOS A. Fresh start ¿una segunda oportunidad?. <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/fresh-start-una-segunda-oportunidad>*).

Retomando el tema central que nos ocupa, el legislador, en línea con lo que dispuso en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, que a su vez también modificó la ley concursal (art. 178.2 y 242.5) ya nos hablaba del *Fresh start* y de sus problemas interpretativos en su contenido explicativo.

Ahora, la Ley 1/2015 reafirma el llamado *fresh start* un régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural en el marco de un procedimiento concursal, para cuando la reestructuración de su sobreendeudamiento no sea posible. El sistema de exoneración se condiciona al cumplimiento de dos requisitos: que el deudor sea de buena fe, y que se liquide previamente su patrimonio o concurra insuficiencia de masa activa.

Los destinatarios de la reforma son las personas físicas y no solo los empresarios. Este cambio merece una valoración positiva. El régimen de segunda oportunidad se aplica tanto al deudor insolvente tras la liquidación de su patrimonio embargable como en caso de insu-

ficiencia de masa activa. Este cambio es razonable y merece valoración positiva (CUENA M. *op. cit.* ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>).

En Derecho comparado, se ha regulado en las últimas décadas el problema del sobreendeudamiento de las personas físicas. Ahora bien, ¿en qué consiste el *Fresh start* o segunda oportunidad? Significa la liberación o condonación definitiva de las deudas o pasivo no satisfecho por el deudor tras un procedimiento de reestructuración o reorganización de las deudas o bien tras un procedimiento de liquidación, ya sea en el seno de un proceso concursal, o fuera del mismo (MALLANDRICH MIRET, N. (2014). *La regulación del sobreendeudamiento en el derecho comparado. La experiencia francesa y alemana. En: I. Sánchez Ruiz de Valdivia y M. Olmedo Navarrete, M. (Dir.) Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 319 y ss*).

Es patente la existencia de dos modelos: uno de corte anglosajón, presente en las legislaciones de Irlanda, Gran Bretaña e incluso Estados Unidos y otro continental, que atañe a normativas como las de Alemania, Francia, Italia o Bélgica. El modelo anglosajón de segunda oportunidad o *fresh start* se fundamenta en el principio de no estigmatizar al deudor y, con base a ello, sus fundamentos son la responsabilidad limitada del deudor, dividir el riesgo de los acreedores y apuntalar una recuperación para el deudor que permita que éste participe en plenitud de la vida económica y del consumo tras el fracaso inicial. El otro proceso, modelo de “rehabilitación”, se construye a partir de la premisa de la existencia de una falta o negligencia cometida por el deudor, lo que no impone que deba ser ayudado para superar esta contingencia que afecta a su vida tanto en el ámbito económico, como en el personal.

Así, se nos dice que se lleva a cabo un inventario de bienes y derechos del deudor y de las cargas que el mismo ha de soportar, para concluir en la existencia de sobreendeudamiento en la medida en que el global de deudas del consumidor excedan de su patrimonio y su capacidad de generar recursos.

Es un supuesto el de la “rehabilitación” para casos de sobreendeudamiento activo obteniendo la *discharge*, tras un periodo de prueba, con el cumplimiento de un plan de pagos parcial, exigiéndose un buen comportamiento para permitir la condonación del resto del pasivo (SOTILLO MARTI, A. (2013). *Segunda oportunidad y Derecho concursal. Seminario interdisciplinar Facultad de Derecho de Valencia. 30 octubre 2013*).

El análisis del derecho comparado nos llevará a ver como existen determinados elementos comunes a las legislaciones de todos estos Estados, aunque pueden tener diferentes variantes en su desarrollo. Los pilares en los que se asientan estas normativas son (SOTILLO MARTI, A. *op. cit.*, (Pág. 4):

- a) *La existencia de diferentes sistemas o procedimientos de tratamiento del sobreendeudamiento. En general, se suele encontrar un procedimiento dirigido a adoptar un plan de saneamiento o de reorganización del pago de la deuda y, un procedimiento de naturaleza liquidatorio de los bienes.*
- b) *Se contempla la cancelación de la deuda pendiente de pago a la finalización del procedimiento.*

Los modelos conocidos en el Derecho comparado de gestión del sobreendeudamiento de los particulares conciernen a dos aspectos: por un lado, los mecanismos (judiciales o extrajudiciales) de reorganización o reestructuración de la deuda para facilitar su pago; y, por otro, los mecanismos enderezados a procurar la extinción o liberación de las deudas pendientes después de la liquidación. A este respecto, es bien conocido que los sistemas europeos difieren esencialmente del sistema norteamericano conocido como *fresh start* o “volver a empezar” (o

de “borrón y cuenta nueva”), que pone el énfasis en proporcionar una segunda oportunidad al consumidor endeudado con el fin de recuperarlo lo antes posible para la actividad económica y el consumo (*open credit economy*) y no estigmatizarlo. Este sistema se basa en principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor, la condonación directa (*discharge*) de las deudas no pagadas (a excepción de las que sean jurídicamente no condonables) y la adhesión voluntaria al sistema (ANDRES SANTOS, F. (2014) *Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares*. En: J. Escartín/M.A. Martos (coords.) y A. Nuñez (dir.). *El derecho europeo en la protección del deudor hipotecario*. Granada: Ed. Comares. Pág. 123.)

El sistema norteamericano, a juicio de la doctrina especializada, ve el sobreendeudamiento de los consumidores (de las personas físicas, en general, puesto que la legislación norteamericana piensa tanto en el pequeño emprendedor como en los consumidores), con anteojos económicos, como un simple “fallo del mercado” que el ordenamiento jurídico debe solventar ágil y fácilmente para permitir una rápida recuperación de la disciplina económica. En cambio, los sistemas europeos, en general (veremos luego las excepciones), perciben el fenómeno con un prisma sociológico, como un problema social, como una patología que afecta a los individuos y a la sociedad en su conjunto, de modo que esta debe asumir una responsabilidad para la reeducación del ciudadano o pequeño empresario a fin de lograr de él un comportamiento económico responsable (ANDRES SANTOS, F. *op. cit.* (*Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares*). Pág. 125. Igualmente SENENT MARTINEZ, S. (2012) *Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del Derecho norteamericano y español*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil Universidad Complutense de Madrid. Doc. 2012/47 marzo 2012).

Los diversos sistemas europeos se reducen, por tanto, en la doctrina a dos sistemas: el germánico y el modelo franco. Si bien, en el Reino Unido, se acerca más al modelo norteamericano del fresh start. Las medidas en el sistema inglés van desde la remisión de la deuda automática, reorganización de deudas durante la cual se facilita al deudor un plan de refinanciación. También es interesante el acuerdo individual voluntario (individual voluntary arrangements que equivale a un proceso de suspensión de pagos).

### ¿Cuáles serían las Ventajas e inconvenientes de la segunda oportunidad?

En acertadas palabras de SOTILLO MARTI, A. (*op. cit.* (*Segunda oportunidad y Derecho concursal*). Pág. 5 y 6.) destacaríamos las siguientes:

- a) *Incentivo para la solicitud temprana y oportuna de procedimientos concursales. Países como España con escasa protección a los deudores y con sanciones por no instar el concurso a tiempo tienen, sin embargo, más concursos terminados en liquidación y cierre de la actividad empresarial.*
- b) *Incentivo para una política responsable de concesión de créditos.*
- c) *No se configura legalmente como un derecho del deudor, sino más bien como un beneficio, por lo que su concesión debe supeditarse al cumplimiento de determinados requisitos y comportamientos por parte del deudor.*
- d) *Evitar la exclusión social del que fracasa, concediéndole una segunda oportunidad.*
- e) *Aumento de la economía sumergida, si no existe esta posibilidad de la segunda oportunidad.*
- f) *Las estadísticas, sobre todo en USA, demuestran que no hay más impagos de los deudores por la existencia del discharge. No hay “moral hazard” o riesgos de comportamientos oportunistas de los deudores.*

Sin embargo, también se subraya el autor a quien citamos, ciertos inconvenientes:

- a) *El perjuicio o aumento del riesgo para los acreedores financieros o prestamistas, que les obliga a aumentar sus tipos de interés remuneratorios.*
- b) *Se trata de un incentivo, que, digan lo que digan las estadísticas, acentúa el riesgo moral en la conducta financiera sobre todo de los consumidores.*

En otro orden de consideraciones, y a pesar de la ausencia del derecho comunitario, o precisamente por ello, muchos Estados cuentan con normas para hacer frente a estas situaciones, países como Alemania, Francia, Bélgica, Portugal o Reino Unido han abordado esta cuestión (RIBON SEISDEDOS, E. (2011) *Sobreendeudamiento del consumidor, sin segunda oportunidad*. CEACCU).

En el ámbito de las instituciones comunitarias, es el Consejo, a través de su célebre Resolución de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores, el primero en plantear la trascendencia de la excesiva asunción de deuda del consumidor europeo, invitando a la Comisión a que examine «la cuestión del sobreendeudamiento de los consumidores». Ese mismo año, el Comité Económico y Social denuncia en su dictamen de 26 de noviembre de 1992, “El consumidor y el mercado interior”, que «las cuestiones vinculadas al sobreendeudamiento del consumidor, aunque han sido identificadas y abordadas por algunas legislaciones nacionales, no han dado lugar aún a iniciativas legislativas comunitarias, si bien existe una dimensión comunitaria de la problemática». Pasados ya tres años desde la advertencia del CES, en el *Informe sobre la aplicación de la Directiva 87/102/CEE*, relativo a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, desarrollado conforme al mandato impuesto por el artículo 17 de la citada Directiva, se aborda nuevamente, aunque sin excesivo detalle la cuestión del sobreendeudamiento. Finalmente existen otras tres tímidas referencias al sobreendeudamiento, medianamente destacables, carentes de traslación concreta en derecho positivo, la *Comunicación de la Comisión Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001*, sobre un informe del Comité Económico y Social Europeo titulado *Informe sobre el sobreendeudamiento de los hogares y la Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2001*, relativa al crédito y al sobreendeudamiento de los consumidores, en la que nuevamente invita a la Comisión y a los Estados miembros a actuar sobre el problema del sobreendeudamiento (RIBON SEISDEDOS, E. *op. cit.* (Sobreendeudamiento del consumidor, sin segunda oportunidad). Pág. 14 y 15. También DOCE, n° 186, de 23 de julio de 1992; DOCE n° 19 de 25 de enero de 1993).

Para concluir, como explica el Preámbulo del Proyecto de Ley (no se entiende muy bien, porque no se emplea el recurso lógico de una exposición de motivos, y no un Preámbulo motivado...)

*La segunda oportunidad Siempre debe constituir un motivo de confianza en las normas legales el que sus principios inspiradores no obedezcan a una improvisación, sino antes bien al resultado de muchos años o incluso siglos de reflexión sobre la materia. Es preciso que el legislador huya siempre de toda tentación demagógica que a la larga pueda volverse en contra de aquellos a quienes pretende beneficiar. Para que la economía crezca es preciso que fluya el crédito y que el marco jurídico aplicable dé confianza a los deudores; pero sin minar la de los acreedores, pues en tal caso se produciría precisamente el efecto contrario al pretendido: el retraimiento del crédito o, al menos, su encarecimiento.*

*Por ello, el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por esta Ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la tota-*

*lidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como Manresa.*

Y para concluir estas notas (complementadas con excelentes aportaciones en este mismo número de la Revista, por un lado la de NAVAZO CAMPOS, y por otra la de la competente y cualificada experta MATILDE CUENA) participamos de la opinión de TRUJILLO DIEZ (*“El sobreendeudamiento de los consumidores” Universidad de Castilla La Mancha, 2003*) cuando explica que el incremento del nivel de endeudamiento de las familias en los últimos años, aconseja desarrollar una política de prevención y curación del sobreendeudamiento de los consumidores, cuando menos para aquellos casos en los que la crisis financiera de la economía familiar trae origen en contingencias referidas a riesgos de la vida (fallecimiento, enfermedad, desempleo, invalidez, etc.) que colocan al consumidor ante la imposibilidad de hacer frente al conjunto de sus obligaciones de pago (sobreendeudamiento pasivo). Una política contra el sobreendeudamiento de los consumidores, lo primero que tiene que plantearse es cuál es el sujeto protegido. Pues bien, a estos efectos deberá adoptarse un criterio amplio de consumidor y además variable, en función del concreto sector de intervención.