

M^a Elena SÁNCHEZ JORDÁN:

El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*

Gabriel García Cantero

Catedrático emérito de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

I. La autora, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna, especialista reconocida en materia hipotecaria ofrece una monografía de máxima actualidad, social y jurídica. El prologuista, el Prof. Miquel, no ahorra calificativos de dura crítica al describir el marco legal y judicial del problema abordado. Escribe: «La grave crisis económica que ha tenido lugar en los últimos años ha puesto a prueba nuestro sistema jurídico y han quedado al descubierto algunas de sus debilidades». Así enumera algunas a continuación: Que el procedimiento de ejecución hipotecaria ha resultado excesivamente duro para los deudores de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda; que muchas familias han perdido su vivienda quedando con el peso insoportable de una deuda enorme, inicuo resultado que ha dado lugar a movimientos sociales que justa y legítimamente han reclamado una política protectora del derecho a la vivienda tal como proclama la Constitución; que ha surgido la necesidad de prevenir el sobreendeudamiento de los consumidores y adoptar soluciones al mismo, muy difícil de resolver satisfactoriamente porque el crédito es esencial para la economía y para ayudar a muchas familias a resolver el problema de la vivienda. Las normas protectoras dictadas después de la STJUE de mayo de 2013 son muy complejas y de carácter restrictivo. Concluye que la hipoteca ofrece ventajas si se paga, pero es una ruina si no se cumple. Entiende que el legislador español no ha

* SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena: *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*. Prólogo de José M^a Miquel González de Audicana, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1^a ed. 2016, 167 pp.

estado a la altura de las circunstancias, pues ha rotulado normas con el pomposo nombre de ley de mejora de los deudores hipotecarios, que resultan especialmente mezquinas para los deudores y muy generosas con los acreedores. Los principios constitucionales en juego son los contenidos en los arts. 47 y 51, que obligan a los poderes públicos a interpretar las normas conforme a ellos. Si se quieren evitar las consecuencias nefastas del sobreendeudamiento, se debe empezar por no precipitar el vencimiento anticipado de obligaciones por cláusulas abusivas y menos permitir la ejecución de las que no han vencido. El ilustre prologuista resume que el fin último del libro se propone analizar si el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, introducido en la LC por el RD-Ley 1/2015, modificado por la Ley 25/2015 de mecanismo de segunda oportunidad, supone un verdadero alivio en la situación del deudor persona física en relación con las deudas derivadas de la adquisición de la vivienda. Materia de gran complejidad por la incidencia en ella de los distintos procedimientos de ejecución, así como por los cambios legislativos que han afectado a preceptos implicados en ella. Opina el Prof. Miquel que solamente la constante interacción entre el estudio crítico de las normas, su aplicación por los tribunales y la labor del legislador pueden mejorar el Ordenamiento jurídico.

La estructura de la obra recensionada es sencilla: el cap. I se dedica al planteamiento del tema; el cap. II se ocupa ampliamente del sobreendeudamiento del consumidor (p.31-76); el cap. III es el más extenso, y gira en torno a la inclusión de un mecanismo de segunda oportunidad a favor del deudor persona física no empresario (p. 57-171); la obra finaliza con un breve cap. IV que rotula significativamente: ¿Hay alternativas? (p. 153-156).

II. En los datos estadísticos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial y por el INE, el número de deudores afectados por ejecuciones hipotecarias iniciadas y realizadas, pese a alguna flexión a la baja, sigue siendo muy importante:

En los años 2009 y 2010 se iniciaban una media de 93.000 ejecuciones anuales; en 2011 el número descendió a 77. 854; en 2012 superó las 91.000; en 2013 descendió a 82.620; en 2014 continuó descendiendo a 80.749.

En cuanto a las ejecuciones hipotecarias: en 2013 se produjeron 25.811; y en 2014 su número ascendió a 28.877.

III. Legalmente el R.D-Ley 1/2015, de 27 febrero, rotulado de «mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social», transformado en Ley 25/2015, de 28 julio, de igual título (LSOp), da una nueva regulación al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, a favor del deudor, persona física, mediante la inclusión del nuevo art. 178 bis en la Ley 22/2003, de 9 julio, denominada «Concursal» (LC). La autora se propone analizar si este régimen de exoneración del pasivo tal como resulta de ambas normas, supone, o no un verdadero alivio en la situación del deudor persona física en relación con las deudas derivadas de la adquisición de la vivienda. Para ello estudia, en primer lugar, el fenómeno del sobreendeudamiento doméstico o del consumidor, y repasa los remedios a tal situación. Examina el nuevo régimen introducido por las normas citadas, lo cual exige analizar los requisitos que la LC establece para que el deudor logre la exoneración del pasivo que no ha abonado una vez concluido el concurso, por liquidación de su patrimonio o por insuficiencia de la masa activa. Luego examina si esa liberación del pasivo es, o no, aplicable a las deudas derivadas de la adquisición de la vivienda, que en la mayoría de los casos están garantizadas con hipotecas. Es muy significativo que los Informes económicos que publica el Banco de España, ponen de manifiesto que a partir del año 2006, entre el 30 y el 50% de la renta disponible en las familias se dedica al pago de la compraventa de la vivienda; y que desde 2008 el esfuerzo económico de los hogares españoles está reduciéndose en este campo, pues a partir de la supresión de las deducciones fiscales por adquisición de viviendas (desde enero de 2013), ya no hay diferencia entre el esfuerzo teórico para adquirir la vivienda, con y sin deducciones. Por último, estudia posibles soluciones alternativas.

La bibliografía española se ha desarrollado una vez iniciado ya el presente siglo: Cabe mencionar por orden cronológico, Trujillo Díez (2003); Quintana Carlo (2005); Gutiérrez de Cabiedes (2009); Carrasco Perera (2009). A estos autores cabe añadir la larga lista de aportaciones de Matilde Cuenca Casas que se inicia en 2008 y se prolonga hasta 2015. Las referencias comparativas se centran en Italia por ser el último país, junto a nosotros, en introducir el mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho a favor del particular no empresario.

IV. El sobreendeudamiento no se encuentra definido en ninguna norma, si bien hace tiempo que se está a la búsqueda de un concepto unitario que sea comúnmente aceptado, tanto a nivel europeo como a escala mundial, faltando acuerdo acerca de los

indicadores que deberían emplearse para medir las dificultades financieras de un deudor; para algunos autores una persona o una familia están sobreendeudadas cuando sus atrasos en el pago son de carácter estructural o están en riesgo de convertirse en estructurales, y para otros es el supuesto que se da cuando los planes de gastos de una familia, financiados a través del crédito, no son compatibles con los potenciales flujos de ingresos de esa unidad familiar. Si bien la autora encuentra ciertos elementos comunes, como son el aspecto subjetivo (consumidor, persona física no empresario, unidad familiar), y la dificultad para pagar las deudas contraídas ejemplificadas en los retrasos, normalmente estructurales, en su abono. De aquí que en los últimos años la doctrina recomienda mayoritariamente incluir en la definición del sobreendeudamiento los siguientes elementos:

- (i) el hogar como unidad de medida apropiada para cuantificar el sobreendeudamiento;
- (ii) los compromisos financieros adquiridos, entre los que han de incluirse los créditos hipotecarios, el crédito al consumo y las facturas de servicios básicos;
- (iii) los compromisos informales adoptados por una familia o una comunidad;
- (iv) la incapacidad de pago, referida a gastos corrientes y a compromisos adquiridos e informales;
- (v) el sobreendeudamiento estructural referido a la continuidad y persistencia de los problemas financieros;
- (vi) el mantenimiento del nivel de vida digno, permitiendo compatibilizar los compromisos financieros sin reducir los gastos mínimos vitales; y
- (vii) la insolvencia se presentaría cuando la unidad familiar no podría resolver su situación financiera mediante sus activos financieros y de otro tipo.

¿Cómo deslindar el endeudamiento excesivo de la insolvencia? La autora se hace eco de la diversidad de opiniones doctrinales si bien, siguiendo a Trujillo Díez, se inclina por un concepto flexible del primero, que se adapte a la gran variedad de casos que pueden presentarse en la práctica y, sobre todo, que conecte el patrimonio y los ingresos previsibles del deudor con la posibilidad real de hacer frente a los compromisos adquiridos; y coincidiendo con Carrasco Perera sostiene también que un deudor sobreendeudado es un deudor en peligro de inminente impago de sus obligaciones

vencidas. A su juicio, cabría definir el sobreendeudamiento como aquella situación financiera caracterizada porque el deudor, o la unidad familiar, han asumido una cantidad excesiva de deudas en relación con su patrimonio actual y sus ingresos regulares, lo que generalmente desembocará en dificultades insalvables para afrontarlas en plazo, lo que llevará al deudor persona física no empresario a un estado de insolvencia (lo que no se produce en el caso de la unidad familiar). Luego habrá que analizar si ambas situaciones merecen el mismo o distinto trato jurídico.

El sobreendeudamiento activo se asocia con una asunción excesiva de deudas, haciendo referencia a un consumidor que no atiende a su nivel de renta ni a sus posibilidades de pago, vinculándose a una adicción al consumo o, al menos, a un consumo irreflexivo estimulado por la publicidad y por la disponibilidad inmediata de financiación a través de las tarjetas de crédito. Se le califica de pasivo cuando se debe a circunstancias sobrevenidas y en gran parte imprevisibles (muerte, enfermedad grave, paro) que generan un aumento de gastos y una disminución de ingresos disponibles. El sobreendeudamiento subjetivo se da cuando el consumidor siente que no es capaz de hacer frente al pago de sus deudas, mientras que el objetivo se aprecia a través de indicios de esta naturaleza.

V. Tratamiento del sobreendeudamiento. La autora llama la atención sobre los llamados remedios preconcursales, aludidos en el Reglamento UE 2015/848, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), en cuyo preámbulo se alude de forma expresa a «los procedimientos dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es sólo una probabilidad», que nuestra doctrina denomina *preconcursalidad*; al que ha comenzado a prestar atención el RD-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, que modifica la LC e introduce los acuerdos de refinanciación de deuda. A su juicio deberían desenvolverse en un marco extrajudicial, posiblemente más efectivo y más recomendable que el procedimiento concursal. El modo más razonable de abordar la situación de sobreendeudamiento es la adopción de medidas preventivas que tengan en cuenta los calificados por Carrasco Perera como los tres pilares de protección del consumidor, a saber: (i) la obligación de proporcionar información al consumidor; (ii) el establecimiento de medidas y reglas que garanticen prácticas responsables en todas las fases de la relación crediticia; y (iii) el reconocimiento del derecho de desistimiento del

contrato de crédito *ad nutum*, sin penalización. A ellos añade otras propuestas contenidas en documentos elaborados por organismos internacionales, como recopilar información y elaborar estadísticas sobre tasas de endeudamiento de personas y familias, lo que permitiría a los poderes públicos preparar estrategias para abordar la situación; ofrecer educación financiera a los consumidores; facilitar información imparcial a quienes tuvieran dificultades y dudas acerca de su personal situación financiera.

Cuando estas medidas preventivas fueran insuficientes, los remedios a emplear serían de carácter mixto, preventivo-curativo; lo primero respecto al concurso, que debe ser evitado siempre que sea posible, y lo segundo en relación con la insolvencia en la que ya ha incurrido el deudor consumidor. Todo ello a través de los acuerdos informales o amistosos a los que se refiere la doctrina y diversos documentos de trabajo de organismos internacionales, así como a través de la composición del conflicto mediante la intervención de terceros (mediación, arbitraje, conciliación).

Llegado ya el deudor a la situación de insolvencia no parece necesario insistir en las desventajas de aplicarle la LC tal como la práctica está demostrando y ha recogido la doctrina. En su lugar la autora propone articular un régimen especial, de carácter mixto, que combine soluciones preconcursales y remedios concursales, caracterizado por ser ágil, simple y económico, y que esté orientado a lograr un equilibrio entre los intereses de las partes involucradas. Convendría, por tanto, institucionalizar una solución particular que podría articularse en dos fases, una preconcursal preferiblemente de carácter extrajudicial, que podría contemplarse dentro o al margen de la LC. Si tales medidas no funcionaran debería establecerse la obligatoriedad de pasar por una etapa preconcursal, no la actualmente prevista sino otra de nuevo cuño o especial, que ya fue prevista en la Disp. Adicional única de la Ley 38/2011, de reforma de la LC, pero que nunca ha sido desarrollada. Aquí se presenta la oportunidad de institucionalizar la llamada segunda oportunidad.

VI. En el derecho comparado se distinguen dos modelos de régimen de segunda oportunidad. El primero es típico de los países anglosajones (*fresh start, discharge*) y está dirigido a la rehabilitación del deudor persona física y a la recuperación de la empresa, para lo cual se promueve un nuevo comienzo financiero a favor del deudor honesto pero desafortunado, a través de la liquidación de todo el patrimonio no exento del deudor y, a continuación, se otorga la exoneración directa del pasivo insatisfecho

con ciertos límites (impuestos, deudas por alimentos, multas etc.); adviértase que aunque el deudor obtuviera nuevos ingresos en el futuro, el acreedor no puede reclamar el pago de las deudas que han sido remitidas. El segundo, denominado «modelo de rehabilitación o reeducación», es el que contempla el Derecho alemán a partir de la modificación de la *Insolvenz Ordnung* en 1994; parte de la idea del deudor culpable y gira en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan de pagos, sin exoneración automática de las mismas, la cual se producirá cuando hubiera tenido un comportamiento honesto y de buena fe (*earned start*).

Son muchas las ventajas que la doctrina atribuye a la segunda oportunidad: Impacto positivo en la economía, elemento favorecedor de la salida convencional a la crisis, estímulo a la concesión responsable del crédito y su efecto desincentivador de la economía sumergida, rehabilitador del deudor persona física que devuelve a una vida económica normal. La autora explica el retraso de nuestro legislador en introducirla (hasta 2013) por el temor a los posibles efectos adversos sobre los acreedores y el mercado crediticio, favoreciendo el sobreendeudamiento de los deudores y la posibilidad de su empleo abusivo; todo ello junto a las dificultades de acceso y el encarecimiento del crédito.

En el cap. III de la obra se analizan en profundidad lo que se denominan «primeros pasos» del art. 178.2 LC, en su redacción por Ley 14/2013, y su escasísima aplicación por los Tribunales, debido según la doctrina a los siguientes aspectos: (i) Su reducido ámbito de aplicación al exigirse un pasivo mínimo satisfecho muy elevado; (ii) a la determinación de los créditos que son exonerables y los que no lo son en función de su clasificación en el concurso; (iii) a la no exigencia de la buena fe en el deudor insolvente para acogerse al mecanismo de la segunda oportunidad; y (iv) a la inexistente regulación de sus efectos en relación con los obligados solidarios, fiadores y avalistas. Subraya significativamente, además, que entretanto no se ha producido ninguna de las catastróficas consecuencias que algunos vaticinaban. Luego analiza el nuevo art. 178 bis LC, redactado por el RD-Ley 1/2015, en cuya E. de M. pueden incluso encontrarse reproducidas algunas de las críticas doctrinales vertidas sobre el trato desigual dispensado al deudor no empresario, así como alabanzas a la segunda oportunidad. Concluye que, si bien parece encomiable la intención que guió la reforma, subsisten importantes deficiencias, siendo poco significativa la jurisprudencia

que ha podido analizar la autora. Analiza con detalle los presupuestos para la exoneración concursal del pasivo insatisfecho tras la corrección del art. 178 bis LC por la LSOP (requisitos para la liberación provisional de las deudas; la posibilidad de revocar el beneficio; y la exoneración definitiva). Acomete finalmente el supuesto de mayor transcendencia social: La aplicación del régimen de segunda oportunidad a las deudas derivadas de la adquisición de la vivienda, siendo de gran relevancia la modificación introducida en el art. 579. 2 LEC permitiendo lo que la doctrina denomina «*quasi-discharge*», «*discharge legal*» o «*discharge hipotecario*»; se refiere a la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual del deudor, en la que el precio obtenido en el remate o la adjudicación es insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante; en consonancia con los arts. 1911 Cc y 105 LH se dispone que no se suspenderá la ejecución por la cantidad pendiente, si bien regula una serie de especialidades que dan lugar a la exoneración de parte del pasivo insatisfecho (abonando en el quinquenio siguiente el 65% de la deuda pendiente, se remite el 35% restante; si en el decenio siguiente abona el 80%, se exonera el 20% en iguales condiciones), y si en los plazos indicados se produce una ejecución dineraria que excede dichos porcentajes, el remanente se pone a disposición del deudor. Finaliza analizando el supuesto de no haberse garantizado la adquisición con hipoteca.

VII. ¿Hay alternativas? A modo de conclusiones afirma que el camino es complejo y se basa en articular un procedimiento autónomo para el consumidor insolvente compuesto por dos fases: Una de carácter preconcursal, que podría concebirse como obligatoria y que se tramitaría en vía extrajudicial con la finalidad de llegar a un acuerdo entre acreedores y deudor, incentivando esperas, quitas y rebaja de intereses. Si esta fase fuera infructuosa se declarararía el «concurso especial del consumidor», que debería caracterizarse por ser simple, rápido y barato, y como solución final debería permitir la exoneración total del pasivo insatisfecho, incluso del garantizado, cuando el deudor fuera de buena fe, su sobreendeudamiento pasivo y el acreedor hubiera incumplido las reglas del préstamo responsable. Cuando el crédito estuviera garantizado con hipoteca podrían añadirse mecanismos que procurasen un incremento en el precio mínimo de adjudicación del inmueble en la ejecución (permitiendo el avalúo en ese momento procesal), y que se atendiera a las especialidades que plantea la pérdida de la vivienda habitual.

VIII. El recensor debe destacar la insegura y deficiente reforma normativa que nuestro legislador, acaso con disculpable precipitación, acometió tras la decisiva resolución comunitaria de 2013, que ha obligado a la autora a una minuciosa labor reestructora, expuesta siempre a la crítica. La ha realizado en esta monografía con prudencia y objetividad, así como con excelente información bibliográfica, coadyuvando así a que se consolide la incipiente doctrina jurisprudencial española ya recaída. Excelente contribución doctrinal que, sin duda, contribuirá a esa reforma más a fondo que la ejecución hipotecaria deberá experimentar, sin duda, a no muy largo plazo entre nosotros.

Fecha de recepción: 26.06.2017

Fecha de aceptación: 26.06.2017