



El impacto económico del *fresh start* o Ley de “segunda oportunidad”

MATILDE CUENA CASAS
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense

Mucho se está hablando en los medios los últimos días acerca de la procedencia de implantar un sistema de exoneración de deudas en el proceso concursal que dé una solución al problema de la insolvencia de las personas físicas, particularmente al deudor de buena fe que deviene insolvente por circunstancias que no puede controlar (paro, enfermedades, divorcios etc.). De hecho, se anuncia en la prensa que esta propuesta se va a implantar en la futura Ley de emprendedores.¹

Sobre la bondad de esta medida ya he escrito anteriormente, incluso en esta misma revista.² Con el derecho vigente, construido sobre la base del principio de responsabilidad patrimonial universal, el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros, de manera que liquidado su patrimonio en el proceso concursal, éste no le aporta ninguna solución porque sigue debiendo el pasivo pendiente y los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares para cobrar sus créditos en el caso de que el deudor consiga remontar. Con el *fresh start* (también denominado *discharge*) tal pasivo quedaría condonado y el deudor podría “volver a empezar” una nueva actividad, generando puestos de trabajo y dejando de consumir recursos sociales. Operaría en el ámbito de la responsabilidad patrimonial como las personas jurídicas que, una vez liquidadas, son disueltas y el pasivo pendiente queda insatisfecho.

En lo que quiero insistir ahora es en los obstáculos y temores que se tienen de cara a su implantación y, concretamente, si tal medida puede tener un impacto negativo en la economía. A mi juicio, ésta es una de las muchas modificaciones legales que hay que adoptar para que en España se instale el crecimiento económico. Man-

tener a los deudores en situación de exclusión social solo provoca más gasto público en partidas de ayudas sociales y más economía sumergida. El deudor que tiene la “espada de Damocles” de una ejecución singular tras el concurso, 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. *El derecho vigente estimula la rehabilitación del deudor al margen de la ley.*

El *fresh start* es una de las modificaciones legales que urge adoptar para que en España se instale el crecimiento económico

Por el contrario, si aplicamos el *fresh start* al consumidor, recuperamos al sujeto como consumidor potencial y se evita su exclusión social, medida que sin duda tiene impacto económico. Si se aplica al empresario, se recupera al sujeto para que realice funciones económicas activas. Con el sistema actual el empresario que arriesga en España hipoteca su futuro y si fracasa, pierde incentivos a encontrar un empleo o invertir de nuevo, pues si tiene suerte y remonta, su rendimientos futuros serán apropiados por sus acreedores. Y no se diga que este inconveniente solo tiene lugar para la persona física empresaria, ya que incluso aunque actúe a través de una sociedad, se produce lo que se ha denominado “*responsabilidad limitada imperfecta*”: 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 sistema vigente desincentiva la toma de riesgos, el consumo y

la inversión. Hemos construido un sistema rígido, que solo tutela los derechos de los acreedores con la idea de que ello abarata el crédito y favorece la inversión. Efectivamente, la excesiva tutela del acreedor le impulsa a conceder crédito sin las cautelas adecuadas porque no tiene límites en la ejecución. Es-

No es cierto que la exoneración de deudas suponga necesariamente un aumento de la morosidad. El moroso profesional no se puede nunca beneficiar del *fresh start*



Son evidentes los beneficios del *fresh start* y solo hace falta regularlo.

te error de base es el que nos ha conducido a la crisis actual. Todo crecimiento económico sustentado sobre una concesión generosa (e irresponsable) de crédito, es ficticio y hoy lo estamos experimentando. Está demostrado que cuanto mayores son las garantías que puede agredir el acreedor, menores son los incentivos a que realice una adecuada valoración del riesgo crediticio porque las garantías les protegen en caso de impago. De hecho, el origen de esta crisis financiera se sitúa en el mercado hipotecario, en el que no ha operado en ningún país el *fresh start* puesto que no es aplicable a deudas garantizadas. Sólo este remedio juega en el sobreendeudamiento hipotecario cuando, ejecutada la vivienda, subsiste pasivo pendiente insatisfecho que deja ya de estar garantizado y, por tanto, podría ser exonerado en el procedimiento concursal.

Se ha señalado que la **instauración del *fresh start* puede alterar la “cultura de pago”** y con ello un **aumento de la morosidad que afectaría negativamente a los balances de las entidades financieras recién rescatadas con dinero público.** Se considera que una legislación *blanda* en materia de insolvencia desincentiva al deudor a esforzarse en el cumplimiento del contrato. Este argumento nos llevaría a justificar

incluso la prisión por deudas y es fruto, a mi juicio, de una gran desinformación acerca del alcance del “*fresh start*” que no juega para el deudor que no paga voluntariamente. El beneficiario es el **deudor de buena fe**, aquél que, previo examen de sus circunstancias, tiene una *incapacidad de pago no imputable*. No se aplicaría en caso de concurso culpable, condena penal por delitos contra el patrimonio o cuando tal insolvencia sea el resultado de circunstancias previsibles o evitables, todo ello valorado por la administración concursal y el juez. El riesgo de abuso de esta medida es el que provocó en USA la aprobación de la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA) de 2005 que restringió el acceso al *fresh start*, imponiendo más requisitos para que el deudor pudiera acceder a tal remedio. El resultado es que el número de concursos de consumidor no disminuyó.³

Los deudores acuden al concurso porque están en situación de insolvencia y *no porque una medida de esta naturaleza estimule la insolvencia.* Son necesarios adecuados **mecanismos de control y límites a la condonación de deudas**, que ya existen en los países de nuestro entorno como, por ejemplo, establecer un periodo de tiempo para que un deudor

¹ http://cincodias.com/cincodias/2013/03/05/economia/1362509078_672180.html

² “Crédito responsable, ‘fresh start’ y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”. *El Notario*, Nº 43, mayo-junio 2012. Véase también, *Fresh Start and Loan Market*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920688

³ <http://www.abiworld.org/AM/AMTemplate.cfm?Section=Home&TEMPLATE=/CM/ContentDisplay.cfm&CONTENTID=65139>

que se ha beneficiado del *fresh start*, pueda nuevamente volver a acogerse a él. Además de establecerse ciertos obstáculos legales a la exoneración de deudas, se hace necesario permitir cierto margen de actuación al Juez a la hora de valorar la existencia de abuso por parte del deudor. Por otro lado, nada impide que la exoneración sea el último recurso tras el cumplimiento de un plan de pagos impuesto al deudor cuando sus perspectivas económicas lo permitan (lo que se ha denominado *earned new start*).

Es cierto que el *fresh start* impone límites a los acreedores para agredir *bienes futuros*, pero no limita la posibilidad de agredir la *totalidad del patrimonio presente* (a salvo el patrimonio inembargable), lo cual es ya una sanción razonable ante la imposibilidad de cumplimiento. Y todo ello sobre la base de que el *deudor no cumple porque no puede cumplir* y no porque *no quiera* cumplir. El *fresh start* no cuestiona el cumplimiento de los contratos, ni es contrario a la seguridad jurídica. Simplemente limita los derechos de los acreedores en un supuesto específicamente previsto por la ley y debiendo darse exhaustivos requisitos. Más nocivo para el cumplimiento de los contratos es precisamente una justicia lenta e ineficiente, pero no una limitación de la responsabilidad patrimonial para el deudor de *buena fe*. Por lo tanto, no es cierto que la *exoneración de deudas suponga necesariamente un aumento de la morosidad*. El moroso profesional no se puede nunca beneficiar del *“fresh start”*.

En segundo lugar, un temor fundado es la **sobrecarga de los juzgados mercantiles** por consecuencia de un “efecto llamada” al concurso de persona física que se produciría en el caso de que se aprobara la exoneración del pasivo pendiente. Este temor es lógico dada la escasez de medios con los que cuentan en la actualidad los juzgados mercantiles, saturados con al insolvencia de sociedades. Ahora bien, ello no sería consecuencia de la implantación del *fresh start*, sino del número de personas físicas insolventes que actualmente hay en España y que no acuden al procedimiento concursal porque éste no les aporta ninguna solución razonable. El escaso número de concursos de persona natural en España, en un contexto económico como el que vivimos con cinco millones de parados, con cifras que no alcanzan el 20% del total no es sino una prueba palpable del fracaso de nuestra legislación concursal que está hecha para resolver la insolvencia y a la que no acuden los deudores insolventes a pesar de que la ley les *obliga* a iniciar un procedimiento concursal que no les aporta ninguna solución. Querer

Es sencillo evitar el temido atasco judicial, por cuanto el *fresh start* produce un efecto disuasorio que favorece la salida convencional de la crisis y que cabe incentivar a través de una mediación previa que puede ser llevada a cabo perfectamente por el notariado

mantener la ineficiencia de la legislación con la excusa de evitar la sobrecarga judicial no es un argumento admisible. Es una manifestación clara de falta de valentía pues no se afronta el problema, sino que se *aparca*.

Es claro a mi juicio, que si el procedimiento concursal aporta una solución a la insolvencia, el deudor no evitará la declaración de concurso, ni llegará tarde realizando inversiones de alto riesgo que le den una tímida esperanza en la salida de su crisis. Esta actitud, estimulada por el derecho vigente, solo agrava la situación del deudor y dificulta aún más si cabe las posibilidades de cobro por parte de los acreedores, ya que el deudor llega exhausto al proceso concursal. Con el *fresh start*, el deudor no agravará su insolvencia y se declarará en concurso a tiempo pues ello no compromete su futuro y su buena fe le facilitará “volver a empezar”. Si el deudor llega sin activo al concurso, los acreedores no cobrarán, obviamente, y la *ausencia de rehabilitación legal del deudor impedirá el cobro futuro*.

Pero además, es sencillo, a mi juicio, evitar el temido atasco judicial. Y ello porque el *fresh start* produce un **efecto disuasorio que favorece la salida convencional de la crisis**. Actualmente pocos concursos de persona física concluyen con un convenio porque no existe ningún estímulo legal al mismo precisamente por la (falsa) seguridad que impone el principio de responsabilidad patrimonial universal y la posibilidad de agredir bienes futuros. No hay soluciones colectivas eficientes. Los acreedores “no se sientan a negociar” puesto que de no hacerlo no pierden nada. Ahora bien, si corren el riesgo de que se puedan ver afectados sus créditos por una condonación “impuesta”, evidentemente su predisposición a negociar sería mayor acordando quitas y esperas, sin necesidad de llegar a fase de liquidación y, por tanto, a la imposición de un *fresh start*.

El *fresh start* no tiene por qué suponer un incremento del coste crediticio, pues no implica necesariamente un aumento del riesgo que conlleve una mayor exigencia de provisiones por morosidad para las entidades financieras

Así mismo, la exoneración del pasivo pendiente, acompañada de un procedimiento prejudicial que bien puede arbitrarse como una **mediación previa obligatoria** que excepcione la obligación de declararse en concurso (tal y como sucede con el art. 5 bis LC), evita también el colapso judicial. Efectivamente, con una mediación previa que puede ser llevada a cabo sin problemas por el notariado, es factible una salida extrajudicial de la crisis. El *fresh start* actúa como auténtico *estímulo legal a la mediación* como mecanismo de resolución judicial de conflictos. Los acreedores tratarán de llegar a un acuerdo para evitar la entrada en un proce-

dimiento concursal que puede terminar con una pérdida total de sus derechos de crédito. Si con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles se pretende favorecer la mediación, también la legislación debe incluir estímulos legales a la misma y el *fresh start* es sin duda uno de ellos. En suma, *hay que introducir la exoneración del pasivo pendiente con el objeto de que por el efecto disuasorio que produce, no llegue a aplicarse* en la mayoría de los casos porque se logra una salida extrajudicial de la crisis y se evita con ello el tan temido colapso judicial.

A mi juicio, el *fresh start* no tiene por qué suponer un incremento del coste crediticio pues no implica necesariamente un aumento del riesgo que conlleve una mayor exigencia de **provisiones por morosidad para la entidades financieras**. El riesgo de falta de pago por parte del deudor insolvente no parece alterarse de manera notable por la presencia de la institución de la liberación de deudas. Tal miedo parte de que el riesgo de impago sería menor sin *discharge* y este planteamiento ha sido cuestionado. Si la insolvencia es la causa del incumplimiento por parte del deudor, el hecho de que exista una liberación del pasivo pendiente no altera la tasa de incumplimiento, pues, como he dicho, nunca el *fresh start* resultará de aplicación para el deudor que voluntariamente incumple sus obligaciones. El riesgo asumido por la entidad crediticia estará en función de su grado de diligencia a la hora de conceder el crédito. Si se ha concedido un préstamo de 150.000 euros a un deudor cuyos ingresos ascienden a 700 euros mensuales, es obvio que la imposibilidad de cumplirlo es alta, con o sin *fresh start*. El hecho de afectar sus ingresos futuros al pago de la deuda, no aumenta significativamente las posibilidades de cobro por parte del acreedor ¿Cabe decir que el deudor insolvente que no es rehabilitado acaba cumpliendo sus obligaciones? Con o sin *discharge*, el deudor insolvente no paga porque no tiene recursos con los que pagar. Como se ha señalado, *el incremento de las posibilidades de cobro en un sistema sin *fresh start* es insignificante si no se incrementan las posibilidades de rehabilitación del deudor*. Este efecto



La excesiva tutela del acreedor le impulsa a conceder crédito sin las cautelas adecuadas.

Por último, se alega en contra de la implantación del *fresh start* el **encarecimiento del coste crediticio** (provocando un efecto perverso contrario al crecimiento económico que se pretende) porque implicaría un aumento del riesgo que el acreedor compensaría elevando el precio, y ello produciría alteraciones en el mercado de crédito. Es cierto que un bajo coste crediticio por un lado incentiva la inversión (y también el consumo irresponsable), pero tal estímulo puede verse compensado con el alto riesgo que asume el deudor en caso de incumplimiento al comprometer todo su patrimonio presente y futuro, lo cual le retrae de la asunción de riesgos. Una excesiva y unilateral protección de los acreedores que permita un coste crediticio bajo puede desincentivar la inversión productiva y arriesgada dado que el deudor hipoteca su futuro de por vida.

to está contrastado en la mayoría de los países de nuestro entorno que acogen en *fresh start*.

Sí es cierto que, producida la exoneración, el crédito que aparece como dudoso, se convierte en pérdida definitiva. Sin embargo, siendo esto verdad, no se trata de un efecto inmediato y el papel disuasorio del *fresh start* atemperaría sus efectos sobre los balances de las entidades financieras en cuanto favorece las quitas y esperas acordadas entre acreedor y deudor.

Lo que sí parece estimular el *fresh start* es la **concesión responsable de crédito** con objeto de evitar la selección adversa y situaciones de riesgo moral. Este aspecto es sumamente relevante. No es bueno para la economía que el crédito fluya sin una adecuada valoración del riesgo. La insolvencia de persona física tiene un efecto sistémico claro, tal y como se ha puesto de manifiesto en el reciente informe del Banco Mun-

dial (*Draft Report on the Treatment of the insolvency of Natural persons*)⁴.

En España es preciso modificar el sistema de concesión de crédito en el que *no existe una adecuación real del coste crediticio a la prima de riesgo* y ello por la existencia de un importante déficit de información financiera fruto de la normativa contenida en la Ley de Protección de datos personales.⁵ Es preciso implantar los ficheros de solvencia positivos, que informen sobre el comportamiento financiero del deudor, sin que sea preciso el consentimiento de éste. En la actualidad solo la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) ofrece información positiva con efectos muy limitados.

No solo el patrimonio del deudor debe ser valorado en la concesión de crédito, sino también su *comportamiento crediticio* y el proyecto a financiar, dando oportunidades al proyecto del joven emprendedor que carece de patrimonio personal que lo garantice, pero que goza de un buen comportamiento crediticio. Para ello es básico que la información financiera fluya sin restricciones lo cual fomenta la competencia entre entidades de crédito, ya que no monopolizan la información crediticia de sus clientes. Ubicar al deudor en una banda crediticia con discriminación de coste crediticio en función de la prima de riesgo constituye un *prius* fundamental para optimizar el mercado crediticio y para que el deudor con buen comportamiento no vea afectado su coste por la mala actuación del cliente *subprime*. El coste crediticio debe ser alto para el cliente de alto riesgo y no para todos. Sólo así evitaremos que el mal comportamiento de unos se propague al resto y se producirá un estímulo para el buen pagador. Con



Si aplicamos el *fresh start* al consumidor, recuperaremos al sujeto como consumidor potencial y se evitará su exclusión social.

este planteamiento, un deudor que se haya beneficiado de una exoneración de deudas soportará un mayor coste crediticio, pero este efecto no tiene por qué propagarse al que cumple adecuadamente sus obligaciones. Éste es el sistema adoptado en USA, donde la vigencia del *fresh start* data del año 1898 y ello no ha supuesto un bloqueo del mercado crediticio.

En suma, creo que son evidentes los beneficios del *fresh start* y solo hace falta regularlo, pero hay que hacerlo bien y tocando todas las aristas del sistema que se ven afectadas por un problema tan grave como es el del sobreendeudamiento privado. No olvidemos que *el problema de España es básicamente un problema de deuda privada* que se está trasladando al Estado que a su vez está recurriendo al endeudamiento para cubrir los gastos sociales de ese deudor al que la legislación condena a la exclusión social. ■

⁴ <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>

⁵ Más extensamente, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920688

Resumen

La autora analiza como los argumentos que se han utilizado tradicionalmente contra la implantación del *fresh start* en España –alteración de la cultura de pago, aumento de la morosidad, sobrecargo de los juzgados mercantiles, encarecimiento del coste crediticio, etc.- no tienen apenas fundamento económico real, y son claramente superados por las ventajas de un sistema que permite al deudor “volver a empezar” una nueva actividad, generando puestos de trabajo y dejando de consumir recursos sociales.

Abstract

The author analyses the lack of a real economic rationale behind the arguments against the “fresh start” in Spain: change in payment behaviour, increasing defaulting, overloaded Commercial Courts, higher credit cost, etc. However, those negative arguments are clearly overcome by the advantages resulting from a system that allows debtors “to make a new start” in a new activity, and subsequently to create jobs and stop receiving social benefits.