



FACULTAD DE DERECHO

# UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LA PERSONA FÍSICA INSOLVENTE

Autor: María Cano Esteban

5º E3 A

Área de Derecho Civil

Tutor: María Reyes Corripio Gil-Delgado

Madrid  
Abril 2018

## Resumen

Este estudio analiza la situación de la persona física insolvente que ha permanecido olvidada en el sistema concursal español hasta la reforma introducida por la Ley de Segunda Oportunidad de 2015. La especial vulnerabilidad del individuo y la necesidad de proteger los derechos que lleva aparejados evidencian la importancia de adaptar la regulación concursal para incluir a la persona natural. Dicha regulación ha estado exclusivamente destinada a las personas jurídicas, no obstante, parece que actualmente se observa una cierta predisposición hacia la inclusión de las personas físicas, tanto empresarios como consumidores. Además, se estudiará una Propuesta de Directiva que manifiesta la tendencia de la Unión Europea hacia la armonización del Derecho Concursal y supone la oportunidad para reformar los mecanismos concursales en España. Las situaciones de insolvencia que han tenido lugar tras la crisis de 2008 reflejan las desigualdades que predominan en el ámbito de la recuperación del deudor cuando este carece de una actividad empresarial. El intento de acabar con estas desigualdades empieza por ofrecer a la persona física la posibilidad de optar por el beneficio de exoneración de deuda, el cual queda justificado cuando el sobreendeudamiento responsable o una serie de circunstancias sobrevenidas llevan a la persona física a caer en un estado de insolvencia.

**Palabras clave:** “persona física”, “consumidor”, “insolvencia”, “sobreendeudamiento”, “procedimiento concursal”, “exoneración de deudas”, “segunda oportunidad”.

## Abstract

This study analyses the situation of insolvent natural person who has remained forgotten in the Spanish bankruptcy system until the reform introduced by the Second Chance Law in 2015. The vulnerability of natural person and the need to protect its rights evidence the importance to adapt the regulation of bankruptcy in order to include the situation of natural person. This regulation has been exclusively designed for legal persons, however, it seems that currently there is a certain predisposition to include the situation of natural persons, not only consumers but also entrepreneurs. In addition, this study will analyse a proposal for a directive that reflects the trend of the European Union towards the harmonisation of bankruptcy law and which is an opportunity to reform bankruptcy mechanisms in Spain. Insolvency situations that have taken place after the crisis of 2008 have had a negative impact on the recovery of debtors. The attempt to bring an end to these inequalities begins to offer the natural person the possibility of choosing the benefit of the discharge, which is justified when responsible over-indebtedness or certain unexpected circumstances led natural person to fall in insolvency.

**Key words:** “natural person”, “consumer”, “insolvency”, “over-indebtedness”, “bankruptcy proceeding”, “discharge of debt”, “second chance”.

# ÍNDICE DE CONTENIDO

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	1
1. INTRODUCCIÓN .....	2
2. EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LA PERSONA FÍSICA .....	3
2.1. La crisis financiera española .....	3
2.2. El estado de insolvencia .....	6
2.3. La prevención del sobreendeudamiento.....	8
3. LA PERSONA FÍSICA.....	12
3.1. Una comparativa con la persona jurídica .....	13
3.2. Los derechos de la persona física.....	16
3.2.1. <i>El derecho a la igualdad</i> .....	16
3.2.2. <i>El derecho a no ser excluido socialmente</i> .....	18
3.2.3. <i>El derecho a una vivienda digna</i> .....	21
4. EL SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL.....	23
4.1. Las deficiencias del concurso en el sistema español.....	23
4.2. El tratamiento de la persona física: El nuevo sistema de exoneración de deuda.....	28
4.3. La Propuesta de Directiva .....	31
4.3.1. <i>El objetivo de armonizar</i> .....	32
4.3.2. <i>La exoneración de deudas</i> .....	33
4.3.3. <i>La disciplina de los créditos garantizados</i> .....	35
5. CONCLUSIONES .....	37
6. BIBLIOGRAFÍA.....	42
7. ANEXO DOCUMENTAL.....	47

## LISTADO DE ABREVIATURAS

<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889
<b>COD</b>	Procedimiento legislativo ordinario y antiguo procedimiento de codecisión (Tipo de procedimiento interinstitucional de la UE)
<b>COM</b>	Propuesta legislativa de la Comisión Europea (Tipo de documento)
<b>Coord.</b>	Coordinador
<b>DOGC</b>	Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya
<b>DOUE</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>LC</b>	Ley Concursal del 10 de Julio de 2003
<b><i>Op. Cit.</i></b>	<i>Opus citatum</i> (Obra citada)
<b>UE</b>	Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es analizar la situación de la persona física insolvente desde el enfoque de los derechos humanos. La crisis ha servido para tomar conciencia de las ineficientes estructuras de España a la hora de proteger a las personas más vulnerables. Entre estas estructuras se encuentran las del procedimiento concursal. La relevancia y necesidad de atender a la insolvencia de la persona física ha sido demostrada. De esta forma, surge la necesidad de regular la insolvencia de la persona física y de ajustar los mecanismos actuales del sistema concursal a dicha persona.

Para analizar esta situación, la autora realizará una revisión de literatura con el fin de profundizar en la insolvencia, sus causas y consecuencias, todo ello orientado a la persona física que carece de actividad empresarial. A esa persona se le podría llamar consumidor, en contraposición al empresario o persona jurídica que posee actividad empresarial. Por lo tanto, dentro de la persona física tenemos al empresario y al consumidor o persona natural. El olvido de esta última persona, en lo que respecta a su vulnerabilidad originada por la insolvencia, requiere ser estudiado con detenimiento. Por ello, se expondrán las diferencias del sujeto en relación a la persona jurídica y los derechos desprotegidos que hay detrás del estado de insolvencia de la persona.

A continuación, se examinarán las disposiciones relativas al tema, incluyendo tanto legislación actual como las futuras reformas. La reforma introducida en la Ley Concursal, a través del Real Decreto-Ley 1/2015<sup>1</sup>, mejora la situación de las personas físicas mediante la oportunidad de exoneración de la deuda tras el concurso. De esta forma, se limita la responsabilidad universal que marcaba de por vida a las personas que, tras un procedimiento de insolvencia, seguían ligadas a sus deudas hasta el cumplimiento íntegro de las mismas. La autora examinará el concurso desde la perspectiva de la persona natural y la mencionada reforma con el objetivo de llegar a posibles soluciones que mejoren la situación de estos sujetos. Además, se tendrá en cuenta la Propuesta de Directiva que está sobre la mesa a nivel

---

<sup>1</sup> Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Publicado en *BOE* núm. 51 de 28 de febrero de 2015. Vigencia desde 01 de marzo de 2015.

europeo, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/0359<sup>2</sup> (en adelante, Propuesta de Directiva), la cual podría ser una oportunidad para solventar las deficiencias de nuestro sistema concursal e involucrar a la persona natural, acabando con las desigualdades e injusticias que han salido a la luz con motivo de la crisis.

## **2. EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LA PERSONA FÍSICA**

La crisis que tuvo lugar en España en 2008 ha protagonizado un papel importante a la hora de hablar del sobreendeudamiento de una persona física. El incremento de personas que caen en una situación de insolvencia, es decir, personas afectadas por las consecuencias de la crisis, se ha convertido en una de las más graves preocupaciones de estos últimos años. Todo ello, ha suscitado la necesidad de hablar sobre medidas, derivadas del aprendizaje del sobreendeudamiento pasado y basadas en el aprendizaje de los errores cometidos, que puedan llevarse a cabo con el fin de evitar otra posible crisis o al menos paliar las consecuencias de una futura crisis.

### **2.1. La crisis financiera española**

Para hablar de insolvencia hay que remontarse a la crisis financiera de 2008. No obstante, esta crisis tiene su origen en una variedad de factores que, tras un largo proceso, han desencadenado graves consecuencias. La raíz del problema se encuentra en el error conceptual de someter la economía real a la economía financiera<sup>3</sup>. La cultura financiera ha provocado un excesivo endeudamiento, tanto para empresas como para particulares, y este endeudamiento se situaba muy por encima del nivel de producción. Por lo tanto, no se podía sostener tan alto nivel de endeudamiento.

---

<sup>2</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/0359 (COD) sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. Documento COM/2016/0723 final – Procedimiento 2016/0359/COD. (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0723>; última consulta 10/04/2018).

<sup>3</sup> Maroto, J. & Melle, M., “Sistemas financieros y economía real: modelos de relación y gobierno de las empresas”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, n. 48, 2001, p. 272.

Si bien es cierto que el endeudamiento no es problemático en sí, el sobreendeudamiento sí que lo es. El primero es una práctica habitual que, frecuentemente, fomenta el crecimiento y puede ser asumido sin desembocar en una situación de insolvencia. Por el contrario, el sobreendeudamiento provoca un exceso de deuda insostenible que derivará tarde o temprano en una situación de insolvencia. El grave problema es que la cultura adquirida en los años previos a 2008 promueve el endeudamiento, así como, propone inconscientemente endeudarse como símbolo de crecimiento. La sociedad consumista está marcada por la posibilidad de disfrutar de los bienes y servicios posponiendo el pago de los mismos. Esta tendencia hacia el endeudamiento nos ha convertido en dependientes del crédito<sup>4</sup>. Este optimismo hacia un excesivo endeudamiento privado sin consecuencias ha sido un importante detonador de la gran crisis, la cual continuó con un excesivo endeudamiento público.

La crisis se puede resumir en la *Burbuja inmobiliaria*. El comportamiento irresponsable de familias y entidades financieras en torno al crédito y al endeudamiento ha desencadenado una situación insostenible. El aumento de la demanda de créditos hipotecarios se debe a la seguridad que las familias percibían en cuanto a la propiedad de una vivienda, además, de ser entendida como un indicativo de riqueza. Las connotaciones sociales que conllevaba ser propietario de una vivienda creaba una necesidad de financiación que no podía ser asumida por el sector financiero<sup>5</sup>. A su vez, este sector comenzó a endeudarse para afrontar dicha demanda. Esta ambición del sector crediticio derivó en un comportamiento irregular de operadores motivados por un deseable aumento del volumen de negocio, es decir, el endeudamiento les beneficiaría. Sin embargo, el verdadero problema del mercado español no fue la concesión de préstamos a personas con el fin de que adquiriesen viviendas, el problema viene porque se conceden una inmensa cantidad de préstamos a promotores y constructores. Todo está relacionado, el sobreendeudamiento familiar conlleva una disminución del consumo que afecta a la viabilidad de las empresas. Al mismo tiempo, las dificultades por las que pasan las empresas conllevan medidas de despidos objetivos que afectan a

---

<sup>4</sup> Torrero, A., “La crisis financiera y sus efectos sobre la economía española”, *Instituto Universitario de Análisis Económico y Social*, n. 13, 2010, p. 14.

<sup>5</sup> Zunzunegui, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 129, 2013, p. 49.

consumidores, los cuales se ven inmersos en una situación imprevista de falta de ingresos. Igualmente, en estas empresas la financiación superaba los niveles de producción, así como, en las familias las deudas superaban los ingresos. Todo ello dio lugar a un endeudamiento por encima de sus posibilidades.

El optimismo del sector privado conlleva la asunción de un riesgo generalizado del que no es consciente dicho sector. Los préstamos se concedían a personas, físicas o jurídicas, que carecían de capacidad de pago. El riesgo que soportaban era excesivamente alto. Este sobreendeudamiento activo puede deberse a numerosos factores, tales como imprudencia del acreedor, el excesivo optimismo del deudor o la falta de información de alguna de las dos partes que no es informada por la otra, bien sobre su solvencia, o bien sobre las condiciones del préstamo<sup>6</sup>. Además, también son relevantes las situaciones sobrevenidas que puede atravesar un deudor, las cuales requieren un endeudamiento fuera de lo normal, como puede ser una enfermedad grave que necesite de tratamiento médico.

Se puede concluir que no hay un solo motivo o factor que justifique dicha crisis. Todos los agentes han colaborado: familias, empresas, sector público, entidades financieras... No se trata de buscar culpables, la imprudencia e irresponsabilidad de cada uno de los agentes es lo que ha originado esta recesión<sup>7</sup>. Lo que se debe hacer es tratar de evitar el crédito irresponsable, corrigiendo el comportamiento irregular de los operadores y reduciendo el exceso de deuda de los particulares. Por tanto, la solución debe orientarse e ir dirigida a todos los agentes. Tras esta experiencia, lo relevante es aprender de los errores, analizarlos y corregirlos, lo cual no tiene que implicar necesariamente una excesiva intervención.

---

<sup>6</sup> Sufán, N., “El sobreendeudamiento de las personas físicas y su posterior concurso”, *IN IURE Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales*, vol. 2, 2013, p. 198.

<sup>7</sup> Raga, J., “Parte I. El sobreendeudamiento privado en el contexto de la actual crisis económica, Capítulo I Sobreendeudamiento privado y crisis financiera”, Cuenca, M. (coord.) *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017. Obtenido de la base de datos online de Thomson Reuters Proview Library.



## 2.2. El estado de insolvencia

El artículo 2.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) establece la definición de la situación de insolvencia “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”<sup>8</sup>. Sin embargo, cabría preguntarse si esta definición puede aplicarse también a la persona natural sobreendeudada. Como ya se ha mencionado, el sobreendeudamiento no tiene por qué desembocar en una situación de insolvencia. Sin embargo, se puede dar la situación en la que el consumidor sobreendeudado contraiga una cantidad de deudas a las que posteriormente no pueda hacer frente debido a la ausencia de activos disponibles. Cuando esta situación se vuelve habitual es cuando el deudor se encuentra en una situación de insolvencia. No obstante, en la sociedad actual, el consumidor endeudado entra en una espiral, contrayendo deudas para pagar otras con el objetivo de no alcanzar el estado de insolvencia. De esta forma el consumidor dilata la obligación de solicitar el concurso que establece el artículo 5 LC<sup>9</sup>.

La insolvencia de la persona física que carece de actividad empresarial es distinta a la del empresario, en cuanto a que las obligaciones que tiene que satisfacer el consumidor son menores a las de una persona que posee una actividad empresarial. Las obligaciones de la persona natural pueden ser el pago de un crédito o hipoteca, de bienes y servicios básicos, impuestos... Por ello, la definición de insolvencia del consumidor no tendría tanto en cuenta la situación de incapacidad continuada para satisfacer las obligaciones exigibles, como la disminución de activos para satisfacer las necesidades vitales mínimas. El consumidor no suele entrar en estado de insolvencia por tener que satisfacer obligaciones, sino por no poseer ingresos para satisfacer necesidades básicas, lo que conlleva una carencia de vida digna.

Para solventar dicha situación de insolvencia se ha tratado de diseñar un sistema concursal que facilite satisfaga los intereses del acreedor sin perjudicar gravemente al deudor. Existen numerosas posturas acerca de la afirmación de un derecho concursal español diseñado *pro*

---

<sup>8</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Publicado en *BOE* núm. 164 de 10 de Julio de 2003. Revisión vigente desde 01 de enero de 2016.

<sup>9</sup> El artículo 5 LC establece una obligación para el deudor de solicitar concurso en un plazo de 2 meses tras saber que se encuentra en una situación de insolvencia. Además, dicho artículo, en su párrafo segundo, reconoce la presunción del conocimiento del estado de insolvencia.

*debitoris*. Esta afirmación podría basarse en que conseguir una declaración de concurso a solicitud de un acreedor resulta altamente improbable, y más aún cuando el deudor es una persona física no empresario. Se han introducido en la ley mecanismos desincentivadores de la acción del acreedor: a este, no solo se le hace cargar con la prueba de la insolvencia, además una insolvencia cualificada, sino que, al mismo tiempo, se le amenaza con la pena de tener que correr con los riesgos de la indemnización de los daños y perjuicios en el supuesto de que su pretensión no sea fundada. Además, la jurisprudencia, mediante su interpretación restrictiva, hace imposible que los hechos para fundar la declaración del concurso del artículo 2.4 LC encajen con la situación del consumidor insolvente<sup>10</sup>. Un acreedor que se disponga a perseguir a un deudor persona natural en situación de insolvencia, no hallará sentido alguno a la declaración de concurso, puesto que dicho sujeto no posee ni siquiera activos disponibles aptos para satisfacer los gastos que conllevarían dicho concurso.

Por tanto, no hay ningún incentivo para el deudor de adelantarse a una prácticamente inexistente acción de los acreedores. Esto produce una desviación muy grave del modelo legal, en la medida en la que el deudor no acude al concurso sino cuando ya la situación económica y financiera le resulta desesperante. Por ello, al no tener amenazas, aguanta hasta la situación última, hasta llegar a casos en los que la única solución razonable para ellos parecer ser el suicidio.

El origen de la insolvencia puede estar en un sobreendeudamiento pasivo o activo, dependiendo de la existencia de una conducta irresponsable del deudor<sup>11</sup>. El sobreendeudamiento pasivo se debe a la consecución de una serie de circunstancias no previstas que provocan un descenso en los ingresos que impiden mantener en nivel de vida con dignidad. La situación más común motivada por los años de crisis ha sido la pérdida de empleo tras el cierre de empresas o los recortes realizados en las mismas. Estas situaciones sobrevenidas son las que dan lugar a una situación de insolvencia en la que incurre un deudor

---

<sup>10</sup> Carrasco Perera, A., *Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores*, 2010, p. 272. (Disponible en [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13055/CC-112\\_art\\_8.pdf?sequence=1](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13055/CC-112_art_8.pdf?sequence=1): última consulta 12/04/2018).

<sup>11</sup> Cuenca Casas, M., “Presentación”, Cuenca, M. (coord.) *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017. Obtenido de la base de datos online de Thomson Reuters Proview Library.

de buena fe. Por otro lado, el sobreendeudamiento activo responde al fenómeno del consumismo, fomentado por la cultura actual, y lleva implícito un comportamiento irresponsable. En este caso no podemos hablar de buena fe, sino de actuaciones negligentes y posiblemente fraudulentas.

El sobreendeudamiento es, por tanto, un estado previo al de insolvencia, la cual se puede alcanzar si no se soluciona a tiempo el sobreendeudamiento. No obstante, el sobreendeudamiento no tiene por qué conllevar una situación de insolvencia. Para evitarlo es necesario disciplinar a la sociedad en cuanto a un consumo responsable ajustado a las capacidades de cada uno, lo cual se puede realizar a través de la prevención del sobreendeudamiento.

### **2.3. La prevención del sobreendeudamiento**

Con el objetivo de evitar el estado de insolvencia y las tremendas consecuencias de un concurso en el que la persona natural es la protagonista, se hace inevitable la imposición de medidas que deberían ser cumplidas tanto por parte del deudor como por parte del acreedor. Aunque estas medidas deberían ser actuaciones voluntarias y espontáneas, debido a la falta de cooperación de los distintos agentes, acreedores y deudores, deben ser obligatorias y establecidas por ley.

Deben regularse, en un primer momento, los criterios para la concesión de créditos, fomentando un crédito responsable. El excesivo margen que se le da a las entidades financieras provoca que su afán por atraer a clientes les lleve a conceder créditos a personas que no podrán pagar dicho crédito posteriormente. Las mismas entidades tienen conocimiento sobre la falta de capacidad de pago de esas personas, pero eso no les detiene. Esta práctica es una consecuencia del fenómeno de “compra ahora y paga después”, el cual forma parte de la cultura actual<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Cuenca Casas, M., “Reformas de la Ley Concursal e Insolvencia de la persona física”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 11, 2014, p. 172.

Por otro lado, las prácticas comerciales de las entidades financieras también deberían incluir publicidad e información veraz<sup>13</sup>. La información que difunden estas entidades, bien a través de la publicidad o bien a través de los intermediarios, suele estar distorsionada. A través de la misma, fomentan la facilidad de acceso al crédito, exaltando positivamente las consecuencias del compromiso crediticio y omitiendo información negativa que sería imprescindible para tomar la decisión de asumir el riesgo. La publicidad presenta el acceso al crédito como rápido y barato, simple y sin complicaciones, de esta forma atraen a una clientela que desconoce lo que esto supone y, por ello, decide contraer un crédito que no puede pagar. Estas expectativas generadas deberían compensarse con información completa y suficiente para facilitar la comprensión de un consumidor positivista e inconsciente de los posibles problemas que conlleva la asunción del crédito. Por tanto, la información precontractual debe ser objeto de regulación y control en relación a la diligencia profesional exigible a las entidades de crédito.

Esta diligencia debería llevar implícita una buena práctica por parte de los acreedores que incluyese la evaluación de la solvencia del deudor y, en base a dicha evaluación, los acreedores podrían rechazar o aceptar la concesión del crédito. Esta evaluación debería ser una acción voluntaria y habitual del acreedor, que tuviese lugar en toda posible concesión de crédito, es decir, en cuanto a todo tipo de crédito. El consumismo desmesurado también es promovido por las entidades de crédito al no impedir concesiones de créditos. Para favorecer a ambas partes, deudores en situación de insolvencia y acreedores que no recuperan el dinero prestado, la evaluación de la solvencia debería realizarse con exactitud y actuar como filtro en la concesión de un crédito. Puesto que no se lleva a cabo voluntariamente por los acreedores y que ha sido una de las causas de la crisis, parece ser imprescindible la imposición de medidas que sancionen dichas conductas abusivas<sup>14</sup>. Además, dentro de las prácticas abusivas hay que tener en cuenta el establecimiento de cláusulas de contratos que

---

<sup>13</sup> Cuenca Casas, M., “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito”, *InDret Revista para análisis del derecho*, n. 3, 2017, p. 10.

<sup>14</sup> Álvarez Olalla, P., “Parte III. Préstamo responsable: deberes del prestamista y derechos del consumidor. Sección tercera. La evaluación de la solvencia del cliente bancario Capítulo VI. La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, Cuenca, M. (coord.) *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017. Obtenido de la base de datos online de Thomson Reuters Proview Library.

dejen al deudor en una situación vulnerable. Estas podrían ser cláusulas que eviten el anticipo del pago de cuotas, que impidan la cancelación del crédito estableciendo condiciones excesivas u otras cláusulas similares que garanticen la permanencia del contrato de crédito<sup>15</sup>.

En cuanto a esta obligación de solvencia del deudor, se ha aprobado la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial<sup>16</sup>. Dicha Directiva obliga a los Estados Miembros a velar por la correcta evaluación de la solvencia del deudor previa a la concesión del crédito<sup>17</sup>. Sin embargo, la Directiva no impone el establecimiento de sanciones por el cumplimiento de dicha obligación, sino que deja margen a los Estados Miembros para que decidan si prever alguna sanción y también el tipo de sanción. El plazo de transposición de la Directiva terminó en marzo de 2016, pero, a pesar de ello, España todavía no la ha transpuesto, tan solo hay un Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>18</sup>, el cual recoge las disposiciones de la directiva sin incluir ninguna sanción en caso de incumplimiento de la obligación de evaluación de solvencia<sup>19</sup>. Esta Directiva podría ser una oportunidad para fomentar el crédito responsable, sin embargo, al no prever sanciones en caso de incumplimiento, parece que el anteproyecto no va a ser demasiado efectivo.

En España, la comunidad autónoma de Cataluña ha decidido adelantarse a la transposición de esta Directiva, reformando su Código de Consumo, con la Ley 20/2014 de modificación

---

<sup>15</sup> Culasso, M.F. & Tabares, J., “Enfoque jurídico del sobreendeudamiento y su incidencia sobre la calidad de vida de los consumidores”, *Trabajos del Centro*, n. 8, 2010, p. 62.

<sup>16</sup> 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 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010. Publicada en: *DOUE* núm. 60, de 28 de febrero de 2014, pp. 34-85.

<sup>17</sup> La Directiva 2014/17/UE, en su artículo 18 establece dicha obligación de evaluación de solvencia por parte del prestamista.

<sup>18</sup> Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, desde el Ministerio de Economía y Competitividad, el 26 de julio de 2016 (Disponible en <http://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/sleg7880.pdf>; última consulta 13/04/2018). En su artículo 5 establece las “Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios”, entre las cuales incluye la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia del deudor.

<sup>19</sup> Zunzunegui, F., “Efectos contractuales del deber de evaluación de la solvencia (STJUE 9/11/2016)”, *Hay Derecho*, 2017 (Disponible en <https://hayderecho.com/2017/01/24/efectos-contractuales-del-deber-de-evaluacion-de-la-solvencia-stjue-9112016/>; última consulta 13/04/2018).

de la Ley 22/2010 del Código de consumo de Cataluña<sup>20</sup>. Este Código en su artículo 263-2 prevé la obligación de evaluación de solvencia del consumidor anterior a la concesión del crédito y la forma de llevarse a cabo: “teniendo en cuenta, entre otros criterios, los ingresos presentes y futuros, los ahorros, las deudas y los compromisos financieros de la persona consumidora, de acuerdo con la información suministrada por esta”<sup>21</sup>. Además, define el incumplimiento de esta obligación como una “infracción en materia de normalización, documentación y condiciones de venta y en materia de suministro o de prestación de servicios” y lo califica de “Infracción grave”<sup>22</sup>. Esta Ley se puede considerar un avance en el sistema español, ya que impone una sanción ante el incumplimiento de dicha obligación, a diferencia del Anteproyecto mencionado que no prevé sanción alguna. De esta forma, a través del miedo ante una posible sanción, esta ley establece incentivos al acreedor para realizar la correcta evaluación de solvencia del deudor.

La obligación de evaluar la solvencia del deudor no puede llevarse a cabo sin el acceso a la información veraz. El beneficio de la información bancaria para el acceso al crédito, no debe ser un beneficio profesional, sino que debe estar abierto a otros operadores de mercado. El suministrador de la materia prima de la que depende el desarrollo de la empresa debe tener un conocimiento completo de cuál es el nivel de crédito de la empresa y sus posibilidades, lo cual es relevante para la obtención de un préstamo responsable<sup>23</sup>. Los datos del deudor deben de fluir para que el acreedor pueda tener unos datos fiables con los que evaluar la solvencia correctamente porque, sino, no se puede hablar de responsabilidad.

Además, falta una información, que es esencial, esto es el conocimiento público de procedimientos judiciales en curso contra los operadores financieros. Lo más importante no

---

<sup>20</sup> Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. Publicado en *DOG* núm. 6780 de 31 de Diciembre de 2014 y *BOE* núm. 18 de 21 de Enero de 2015. Vigencia desde 31 de Marzo de 2015.

<sup>21</sup> Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Publicado en *DOG* núm. 5677 de 23 de Julio de 2010 y *BOE* núm. 196 de 13 de Agosto de 2010. Vigencia desde 23 de Agosto de 2010. Revisión vigente desde 31 de Marzo de 2017.

<sup>22</sup> Artículo 331 – 4 y 332 – 3 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña.

<sup>23</sup> Cuenca Casas, M., “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n. 20, 2014, p. 175.

es saber el nivel crediticio del sujeto, sino saber cuál es su grado de cumplimiento de las obligaciones. Esta información la facilita también el dato del grado de obligaciones incumplidas y del grado de reacción judicial de los acreedores. Todo ello es necesario para adoptar medidas que eviten después el drama de la crisis ya irreversible que compromete por completo el futuro de una empresa o persona.

Para facilitar la situación al deudor insolvente se puede proponer la prolongación de los plazos de pago de los créditos concedidos. No obstante, más que una vía para evitar la situación de insolvencia, esto podría suponer la posposición de dicha situación, es decir, dilataría la solicitud del concurso<sup>24</sup>. Por ello, este remedio solo puede ser idóneo para el caso en el que se den unas circunstancias extraordinarias o situaciones anómalas que posteriormente podrán ser superadas.

La prevención de sobreendeudamiento debe introducirse poco a poco en la cultura del país con el fin de promover el crédito responsable y reducir las situaciones de insolvencia. Para ello, es preciso que tanto acreedores como deudores colaboren y modifiquen su comportamiento, el cual ha contribuido a la situación de crisis por la que ha pasado España. En este epígrafe se han abordado numerosas alternativas para incentivar el consumo responsable, sin embargo, todavía deben incorporarse a la legislación del sistema español, incluyendo consecuencias del incumplimiento, es decir, sanciones.

### **3. LA PERSONA FÍSICA**

La crisis pasada ha afectado tanto a empresas como a particulares. Sin embargo, parece que se le ha dado más importancia al efecto de la insolvencia de las personas jurídicas, sin atender al de las personas físicas. Este error ha provocado desigualdades e injusticias respecto a la posición de estos sujetos. Su situación es especialmente vulnerable, ya que hay que tener en cuenta la distinción entre ambos en cuanto a titularidad de derechos. Las personas físicas

---

<sup>24</sup> García Vicente, J. R., *¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes*, Universidad de A Coruña, 2010, p. 328. (Disponible en [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13056/CC-112\\_art\\_9.pdf?sequence=1](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13056/CC-112_art_9.pdf?sequence=1): última consulta 07/04/2018).

poseen una serie de derechos que necesitan de protección y, más aún, cuando estas personas se encuentran en situación de insolvencia.

### **3.1. Una comparativa con la persona jurídica**

Para afrontar de manera eficiente el sobreendeudamiento de los particulares, teniendo en cuenta las situaciones graves que se han vivido, tanto a nivel económico como político, hay que reconocer el impacto económico que tiene esta insolvencia y el coste para el Estado social de bienestar que tiene la recuperación de la persona natural. Por eso, no tiene sentido focalizarse solamente en la insolvencia de los empresarios e ignorar la de los que carecen de actividad empresarial.

La persona natural es muy distinta de la persona jurídica, por tanto, la situación de insolvencia de una persona física difiere mucho de la correspondiente a una persona jurídica. Cuando se habla de una persona física no se puede olvidar el abanico de derechos que hay detrás de ella. Estos derechos se han de preservar en todo momento y más aún cuando el individuo se encuentra en una situación de vulnerabilidad extrema, como es la insolvencia. Esa vulnerabilidad es mucho más grave en el caso de la persona natural, ya que, cuando una empresa no puede hacer frente a sus deudas, se liquida y se extingue. Por el contrario, eso no puede suceder en el caso de la persona física. Esta persona queda vinculada a sus deudas indefinidamente por el artículo 1911 del Código Civil<sup>25</sup>. Sus ingresos quedan condicionados a la satisfacción de las deudas, lo que limita absolutamente la capacidad de dichas personas para salir de tal situación y volver a tener una vida normal. Se podría hacer una metáfora de esta situación empleando el concepto de esclavitud. Esta situación de vinculación indefinida al pago de las deudas parece que procede del Derecho Romano, cuando el acreedor podía dirigirse tanto contra el patrimonio de la persona como contra la propia persona, y, en este

---

<sup>25</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Publicado el 25 de Julio de 1889. Vigencia desde 01 de mayo de 1889. Revisión vigente desde 15 de octubre de 2015 hasta 29 de junio de 2018. En su artículo 1911 establece “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.



último supuesto el deudor quedaba sometido a la esclavitud<sup>26</sup>. Esta responsabilidad universal condena al deudor al pago de sus deudas, sin limitación alguna en el tiempo.

Este mecanismo desmotiva al deudor, el cual carece de incentivos para superar dicha situación<sup>27</sup>. El deudor termina asumiendo que no puede mejorar y reduce sus esfuerzos. Por otro lado, la tendencia a la supervivencia inherente al ser humano lleva al deudor a optar por otros caminos, es decir, acude a la economía sumergida con el fin de no comprometer su futuro y poder recuperarse<sup>28</sup>. Son inembargables los bienes imprescindibles para cubrir las condiciones mínimas de vida, incluyendo el salario mínimo. Pese a ello, la renuncia a la calidad de vida anterior a la situación de insolvencia hace que los deudores tiendan a acudir a la economía sumergida o a la ocultación de bienes.

A pesar de la reciente tendencia a limitar esta responsabilidad universal de las personas físicas, no parece que se haya avanzado mucho en cuanto a este tema. El Real Decreto-Ley 1/2015 (en adelante, Ley de Segunda Oportunidad), podría ser el primer paso para solucionar estas desigualdades, sin embargo, todavía queda mucho camino por delante<sup>29</sup>. En la sociedad no tendría que haber diferencias cuando se llega al trámite de la exoneración de deudas. Esto se fundamenta en que cuando una persona no tiene capacidad para pagar sus deudas, la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC se produce con la misma intensidad al margen de como el deudor se gane la vida, sea empresario o sea consumidor. El que responde con sus bienes presentes y futuros lo hace de la misma forma, independientemente de su condición de persona física empresario o no empresario.

La insolvencia de la persona física también tiene graves consecuencias que afectan a gran escala. Cuando la persona física no posee ingresos o recursos para poder subsistir ni para

---

<sup>26</sup> Pérez-Ragone, A., “La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 41, 2013, p. 650.

<sup>27</sup> Ezcurra Rivero, H., “Insolvencia de empresas vs. insolvencia de personas naturales ¿se justifica regular la insolvencia de personas naturales?“, *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 44, 2002, p. 129.

<sup>28</sup> Cuenca Casas, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, *Indret Revista para análisis del derecho*, n. 3, 2011, p. 23.

<sup>29</sup> Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Publicado en *BOE* núm. 51 de 28 de febrero de 2015. Vigencia desde 01 de marzo de 2015.

poder satisfacer sus obligaciones, acude al Estado, por lo que se convierte en una carga para el mismo<sup>30</sup>. La insolvencia de una gran empresa a priori parece más relevante que la de las familias, sin embargo, la insolvencia de las familias también repercute en el Estado que debe hacer más gasto para evitar que las mismas acaben desprotegidas. Poco a poco va aumentando el número de personas físicas que acuden al Estado para poder vivir en condiciones dignas, es decir, para recibir ayudas que les garanticen los mínimos vitales. La principal ayuda es el paro que aumentó excesivamente con la cantidad de personas que fueron despedidas durante la crisis. Por ello, no hay que olvidarse de la importancia que debe darse a dichos sujetos vulnerables.

Esta vulnerabilidad se caracteriza por la necesidad de proteger la variedad de derechos que hay detrás de la persona. Aunque el Tribunal Constitucional haya reconocido ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas<sup>31</sup>, como puede ser el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho al honor, estos son derechos atribuidos básicamente a las personas físicas, que marcan un ámbito de especial protección dirigido a la preservación de la libertad y dignidad del ser humano, aspectos que deben inspirar la cuestión de la insolvencia de la persona física. La distinta naturaleza de las personas físicas y jurídicas permite diferenciar el sentido de reconocer o no la posibilidad de ser titular de un derecho en concreto. Asimismo, carece de sentido el reconocimiento de los derechos inherentes al ser humano, con ciertas excepciones, como la del derecho al honor<sup>32</sup>. Por lo tanto, podemos afirmar que la situación de vulnerabilidad y desprotección de una persona jurídica, en cuanto a derechos fundamentales, no es en absoluto parecida a la de toda persona natural.

Además, el legislador encuentra dificultades para regular la insolvencia de la persona física a partir de un marco jurídico específico para las personas jurídicas y cuyos principios difícilmente puede aplicar a la persona natural. Parece conveniente su regulación en todo caso, no obstante, habrá que tener en cuenta las particularidades de cada sujeto para que no

---

<sup>30</sup> Ezcurra Rivero, H., “Insolvencia de empresas vs. insolvencia de personas naturales ¿se justifica regular la insolvencia de personas naturales?”, *Op. Cit.*, p. 129.

<sup>31</sup> Gómez-Montoro, A., “La titularidad de Derechos Fundamentales por personas jurídicas (Análisis De La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Español)”, *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, p. 45.

<sup>32</sup> Gómez-Montoro, A., “La titularidad de Derechos Fundamentales por personas jurídicas: Un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22. n. 65, 2002, p. 64.

se produzcan desigualdades. La actividad empresarial tiene peculiaridades especiales, por ejemplo, en materia de contratos o en materia de paralización de ejecuciones. Estas peculiaridades justifican que haya una regulación específica distinta de la que corresponde a la persona que carece de dicha actividad, todo ello con el objetivo o la base de la idea de continuidad de la actividad empresarial. Sin embargo, esta idea se puede traducir en el ámbito de la persona natural a la idea de la supervivencia de la persona o la continuidad de existencia bajo unas condiciones aceptables.

### **3.2. Los derechos de la persona física**

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su artículo 2 la titularidad de los derechos humanos inherente a toda persona<sup>33</sup>. En este apartado se abordarán los derechos humanos o fundamentales que son predicables del sistema español y que guardan relación con la situación de insolvencia de la persona física.

#### ***3.2.1. El derecho a la igualdad***

Esta necesidad de un régimen de segunda oportunidad para los consumidores se apoya, en el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española<sup>34</sup>. El hecho de tener regulado un régimen de Segunda Oportunidad para la persona física que limite en cierto grado el acceso a ese régimen a la persona física no empresario, provoca una situación discriminatoria y desigual, la cual se basa en la ausencia de actividad empresarial.

Esta situación de desigualdad se plasma en la facultad que tienen las empresas de detener la ejecución de un inmueble necesario para la actividad, lo cual no es posible en el caso de la

---

<sup>33</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Su artículo 2 establece “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. (Disponible en <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Declaracion-DDHH1.pdf>; última consulta 03/04/2018).

<sup>34</sup> Constitución Española, 1978. Publicado en *BOE* núm. 311 de 29 de diciembre de 1978. Vigencia desde 29 de diciembre de 1978. Revisión vigente desde 27 de septiembre de 2011. En su artículo 14 establece, “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

persona que carece de actividad empresarial y es propietaria de una vivienda habitual que es imprescindible para vivir bajo unas condiciones mínimas<sup>35</sup>. Este es un beneficio que solo disfrutaban las personas que poseen una actividad empresarial. Ambos inmuebles son comparables, los dos son necesarios para continuar con la vida de la persona, sea física o jurídica. El hecho de beneficiar a una de esas personas y no a la otra, da lugar a una discriminación que debería ser subsanada mediante la introducción de algún mecanismo que proteja las condiciones de vida del deudor persona natural.

Por otro lado, el sistema de exoneración de deudas es mucho más flexible en el caso de las empresas, mientras que la persona natural queda supeditada a sus deudas por el principio de responsabilidad universal. Este principio debería estar limitado para todas las personas, ya que genera una desigualdad en cuanto a la posibilidad de recuperación del deudor. Una persona natural deudora que ha pasado por una situación de insolvencia se encuentra con restricciones a la hora de salir adelante y superar dicha situación. La obligación del pago de deudas a sus acreedores continua en el tiempo, lo cual impide la mejora de su situación. Por el contrario, la empresa que se ve beneficiada por la exoneración de deudas y la limitación de su responsabilidad, tiene los medios y las facilidades para recuperarse. Se puede ver como la recuperación es muy distinta dependiendo de la condición de la persona, física o jurídica.

Además, la presencia de este principio de responsabilidad universal una vez finalizado al concurso, desmotiva a los acreedores para la consecución del acuerdo<sup>36</sup>. Dichos acreedores quedan protegidos en cuanto a la recuperación de sus préstamos, ya que el deudor está eternamente obligado a la satisfacción de la deuda. Esto no supone otra cosa que una desigualdad en lo que respecta al procedimiento concursal, los deudores personas físicas disponen de menos posibilidades para solventar el estado de insolvencia a través del acuerdo, a diferencia de los deudores personas jurídicas. Por ello, para asegurar una igualdad de oportunidades habría que limitar este principio mediante un beneficio de exoneración de

---

<sup>35</sup> Zunzunegui, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>36</sup> Senent Martínez, S., *Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*. Tesis Doctoral: Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 60. (Disponible en <http://eprints.sim.ucm.es/28133/1/T35661.pdf>; última consulta 02/04/2018).

deuda para las personas naturales que sea aplicable a ambos sujetos y ajustado a cada uno de ellos.

### **3.2.2. *El derecho a no ser excluido socialmente***

Una situación de insolvencia puede derivar en exclusión social. Cuando una persona natural insolvente queda marcada por sus deudas, llega a una situación en la que los pocos ingresos que percibe, o bien son destinados a pagar sus deudas o bien no son suficientes para satisfacer un nivel de vida digno. De esta forma, la persona entra en el umbral de la pobreza. Tras la crisis, esta situación ha sido alcanzada por personas de gran variedad que no poseen recursos suficientes para vivir de un modo aceptable.

La doctrina tiende a definir la pobreza en cuanto a la renta, tomando de referencia la renta mediana en España. De manera que están en situación de pobreza las personas que carecen de ingresos, cuyas rentas son inferiores al 60% de la renta mediana en España<sup>37</sup>. Sin embargo, el concepto de pobreza no puede apreciarse de forma aislada. La medida para analizar una situación de pobreza es la de ingresos o recursos medios de la sociedad. Es decir, se compara dicha situación con la media de la sociedad en la que vive dicha persona. Por ello se dice que es una pobreza relativa<sup>38</sup>. Las situaciones normalizadas varían según el entorno en el que nos encontremos. De esta forma, un individuo en una sociedad desarrollada vivirá en un estado de pobreza en dicho ámbito, pero, si trasladase sus escasos recursos a un ambiente más subdesarrollado, su forma de vida no sería la propia de la pobreza y vivirá de una forma acomodada. Además, en el territorio interno de cada país también pueden apreciarse diferencias que condicionan la definición del bienestar social. De esta forma, en España, la situación en las diferentes comunidades autónomas provoca desigualdades que afectan al concepto del estado de pobreza o exclusión social<sup>39</sup>. En este sentido es importante tener en cuenta las diferencias en cuanto a la accesibilidad a las necesidades básicas o en cuanto a la simple categorización de los tipos de necesidades. Por tanto, el contexto es importante a la

---

<sup>37</sup> Pérez Mayo, J., “Dimensión territorial de la pobreza y la privación en España”, *Estudios de progreso. Fundación Alternativas*, n. 34, 2008, p. 13.

<sup>38</sup> Hernández Pedreño, M., “El estudio de la pobreza y la exclusión social. Aproximación cuantitativa y cualitativa”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, vol. 24, n. 3, 2010, p. 27.

<sup>39</sup> Pérez Mayo, J., “Dimensión territorial de la pobreza y la privación en España”, *Op. Cit.*, p. 14.

hora de definir el umbral de pobreza. Las condiciones de vida mínimas, el nivel de bienestar y los ingresos medios son conceptos que para ser entendidos necesitan analizarse desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto que convive en un entorno de características similares.

Esta situación de pobreza puede derivar en otra de exclusión social en la que las personas no queden integradas en la sociedad. La exclusión no solo se caracteriza por la ausencia de bienes o recursos, sino que también constituye una dificultad para el cumplimiento de los derechos sociales, una situación de marginación social caracterizada por la falta de participación en la sociedad, y un estado anímico de decadencia y frustración<sup>40</sup>. De esta manera, situaciones vulnerables se convierten en graves. Ya no solo la ausencia de recursos para afrontar unas condiciones de vida mínimas condiciona la vida a esa persona, sino que además esas personas se ven alejadas de la sociedad y rechazadas por la misma. Esta coyuntura provoca una sensación de fracaso y frustración de vida que frecuentemente da lugar a la pérdida de la identidad. Lo que empezó siendo una situación de vulnerabilidad que podía ser pasajera, desemboca en un estado de extrema gravedad.

La exclusión social es una limitación del derecho a la dignidad que posee todo ser humano por el hecho de serlo<sup>41</sup>. Una persona pobre o excluida de la sociedad carece de las condiciones mínimas que le permiten vivir dignamente. El derecho a la dignidad complementa el derecho a la vida. Todos tenemos derecho a la vida, sin embargo, esta debe ser una vida caracterizada por el bienestar, la libertad, sin menoscabar la dignidad intrínseca de cada ser humano. Sobre esta dignidad descansan todos los derechos humanos. Estos derechos tienen como objetivo favorecer ciertas condiciones de vida que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas de una persona, garantizan un nivel de vida al menos decente. De esta forma, cuando una persona se encuentra en una situación de exclusión social, sus derechos humanos se ven vulnerados.

---

<sup>40</sup> Linares Márquez de Prado, E., “Violencia, pobreza y exclusión social”, *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, n. 10, 2002, p. 254.

<sup>41</sup> Troncoso Muñoz, S., “La superación de la pobreza a la luz de los derechos humanos”, *Revista CIS*, vol. 16, n. 16, 2012, p. 18.

De esto se puede extraer que el Estado es responsable de evitar situaciones de pobreza y exclusión social, en cuanto a que tiene como función la protección de dichos derechos humanos<sup>42</sup>. Sin embargo, existen limitaciones que afectan a la posible intervención del Estado. Entre estos derechos se encuentra la libertad de la que gozamos los seres humanos. De manera que el Estado puede establecer medidas para evitar dichas situaciones de exclusión social, sin embargo, el ser humano es libre para seguirlas o ignorarlas. El Estado no puede obligar a una persona a participar de la sociedad. El individuo que se encuentre en situación de necesidad deberá acudir voluntariamente al Estado para solicitar ayuda, o deberá hacer uso de los recursos que el Estado pone a su disposición. El problema es que esto no se puede asegurar, por entrar en juego el derecho a la libertad de la persona. Algunas veces los individuos en situación de exclusión social desconocen sus derechos y otras veces su situación de vulnerabilidad les impide reclamar sus derechos o no les motiva a hacerlo<sup>43</sup>.

Por tanto, las personas en situación de insolvencia son tendentes a caer en una exclusión social, además, dicha exclusión se hace más probable cuando la insolvencia ha tenido su origen en situaciones imprevisibles y extraordinarias. En este marco, el derecho a la dignidad tiene que estar presente y protegido con el fin de evitar los peligros de la exclusión social. La ausencia de unas condiciones de vida digna, son un incentivo a la economía sumergida, a la que el deudor acude instintivamente para asegurar su bienestar social<sup>44</sup>. Para conseguir el objetivo de evitar que personas lleguen a estar en situación de insolvencia y de exclusión social, no hay que coger un único camino, sino que, el enfoque tiene que ser global. Cuando se habla de consumidor responsable, cabe tener en cuenta que el consumidor es una persona optimista y, por lo tanto, cuando se endeuda tiene la idea de que no le va a pasar nada, no se plantea la posibilidad de caer en situación de insolvencia.

---

<sup>42</sup> Pinto, M., “Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza”, *Revista IIDH*, vol. 48, 2008, p. 58.

<sup>43</sup> Abramovich, V. y Pautassi, L., *Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos*. Ponencia presentada en el Seminario Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad, Buenos Aires, 2006, p. 19.

<sup>44</sup> Cuenca Casas, M., “Reformas de la ley concursal e insolvencia de la persona física”, *Op. Cit.*, p. 177.

### 3.2.3. *El derecho a una vivienda digna*

La crisis ha provocado que numerosas personas se vean envueltas en una situación de vulnerabilidad, la cual requiere de protección con urgencia. La pérdida de la vivienda y las dificultades ante las que se encuentran los particulares a la hora de encontrar vivienda, alcanzaron su máximo con la situación de pérdida de empleo que se produjo con motivo de esta crisis. Las personas se encontraron sin trabajo, sus ingresos se vieron reducidos, de manera que la capacidad para la adquisición de una vivienda se veía limitada por la escasez de ingresos y la dificultad de acceso al crédito.

El derecho a la vivienda digna es un derecho social reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española<sup>45</sup>. No obstante, puesto que no ha sido reconocido como derecho constitucional, no dispone de las garantías que, actualmente, son necesarias para protegerlo. La ausencia de garantías provoca una falta de eficacia de este derecho que imposibilita el ejercicio del mismo, dejando en posición de vulnerabilidad a las familias e individuos. Al tratarse de un artículo que establece una obligación de medios, los poderes públicos deberían protegerlo, promoverlo y respetarlo, pero, además, este respeto también debe ser exigible a los sujetos privados<sup>46</sup>. Por ello, se puede afirmar que, tras las consecuencias de la crisis, los poderes públicos deberían revisar este derecho a una vivienda digna con el objetivo de asegurar su efectivo cumplimiento y prevenir su vulneración.

Las familias pierden sus viviendas cuando no pueden pagar la hipoteca. Sin embargo, no se liberan de sus deudas después de entregar la casa, sino que siguen vinculados a dichas deudas debiendo abonar la parte que corresponda para cubrir el valor restante, aunque ya no dispongan de la vivienda. Esta situación de vulnerabilidad debe ser solventada. Los poderes públicos deben proponer alternativas que sean factibles, es decir, que supongan o bien la

---

<sup>45</sup> La Constitución Española en su artículo 47 establece así, “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

<sup>46</sup> Ponce Solé, J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2013, p. 33.



entrega de la vivienda o bien la entrega del valor de la deuda. De esta forma no puede ser exigible que una deuda sobre un bien no se extinga con la entrega del mismo. Por ello, para evitar las situaciones de vulneración en las que se ven envueltos los deudores insolventes de buena fe, debería preverse un remedio que permita a dicho sujeto vivir dignamente. No puede ser admisible que dicho deudor quede sujeto al pago de la deuda, no pudiendo librarse del estado de insolvencia que le condiciona la vida.

Además, el pago del crédito hipotecario o alquiler supone uno de los mayores costes para la persona individual. Este sacrificio llega a su punto máximo en la situación de persona con ingresos bajos, el coste que le supone una vivienda digna es mucho más alto, en comparación con personas que perciben ingresos altos, lo que supone una importante reducción de su renta disponible<sup>47</sup>. No obstante, el derecho a una vivienda digna no supone necesariamente la adquisición de la propiedad de una vivienda. Este también puede ser satisfecho mediante el alquiler. Sin embargo, en España, el 80% de las familias prefiere la propiedad al alquiler, ya que denota independencia<sup>48</sup>. Esta aspiración a la propiedad de la vivienda es la culpable de los préstamos solicitados de manera irresponsable. Es un problema cultural de España que hay que solucionar, promoviendo el alquiler de viviendas para que no sea necesario solicitar una hipoteca a la que posteriormente no se pueda hacer frente.

A nivel europeo, la Carta Social Europea reconoce el derecho a la vivienda exigiendo el acceso a la misma, así como, la igualdad de oportunidades, la reducción de los sin techo y de los desahucios, todo ello con el fin de evitar la exclusión social y la pobreza<sup>49</sup>. Los sujetos que se encuentran en estas situaciones son especialmente vulnerables y están desprotegidos. De esta forma, personas que vivían en condiciones de vida aceptables, pasan a depender del Estado para poder sobrevivir. Por ello, es necesaria al menos una mínima intervención de los

---

<sup>47</sup> Fernández Vidaurreta, C., y Jiménez Magán, N., “La renta disponible de los hogares de la UEM”, *Boletín Económico del Banco de España*, 2010, p. 87. (Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/10/Dic/Fich/art4.pdf>; última consulta 11/03/2018).

<sup>48</sup> Sabater Fernández, C. y Giró Miranda, J., “La nueva pobreza. El desahucio como proceso de exclusión”, *Ehquidad International Welfare Policies and Social Work Journal*, n. 3, 2015, p. 91.

<sup>49</sup> Trilla, C., “Desigualdad y vivienda”, *ACE: Architecture, City, and Environment*, año 9, n. 26, 2014, p. 100.

poderes públicos que solvente dichas exclusiones sociales y que asegure la riqueza redistributiva, garantizando así los derechos de las personas físicas<sup>50</sup>.

#### **4. EL SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL**

El sistema concursal español se ha olvidado de la persona física durante mucho tiempo. Con la reforma de la Ley Concursal que tuvo lugar en 2015 parece ser que se empieza a incluir a la persona en el complejo sistema concursal. En esta apartado se abordará la situación de las personas físicas en el concurso, tanto antes como después de las reformas y en vistas a la Propuesta de Directiva que pretende cambiar el panorama concursal en la Unión Europea.

##### **4.1. Las deficiencias del concurso en el sistema español**

El sistema concursal en España está orientado a la persona jurídica, mientras que la persona física, tanto empresario como consumidor, queda excluida por la falta de adaptación del concurso a su situación<sup>51</sup>. Por ello, en la mayoría de concursos, el protagonista es una empresa.

La crisis económica ha afectado en gran medida al uso de los concursos de acreedores, de manera que, a nivel general, el concurso de acreedores se da en 15 de cada 10.000 empresas<sup>52</sup>. Además, uno de los motivos por los que se evita el concurso es que el 95% de las empresas que acuden al concurso acaban en liquidación, de manera que solo un 5% llega a alcanzar el convenio, y, respecto a este 5% restante, faltan datos para valorar cuantos concursos de ese porcentaje finalizan con un convenio que posteriormente se incumple. Por tanto, existe una disparidad entre la realidad y la legislación, de manera el modelo legal no se ajusta con la solución real que se lleva a cabo en la práctica. Cabe pensar que el modelo de concurso

---

<sup>50</sup> Ayala, L., “El impacto de la crisis sobre la desigualdad y la pobreza en la Unión Europea”, *Crisis y fractura social en Europa. Causas y efectos en España*, n. 35, Barcelona: Obra Social “la Caixa”, 2012, p. 56.

<sup>51</sup> Todo ello tiene lugar con anterioridad a la reforma de la Ley Concursal de 2015.

<sup>52</sup> García Posado, M. y Mora-Sanguinetti, J., “El uso de los concursos de acreedores en España”, *Boletín Económico del Banco de España*, 2012, p. 27. (Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/12/Dic/Fich/be1212-art3.pdf>; última consulta 05/03/2018).

establecido por la legislación española, coincide con un derecho *pro debitoris*. No obstante, los datos nos indican que predominan las liquidaciones del patrimonio, sin utilizarse apenas la reestructuración de la empresa mediante un convenio adecuado.

Por otro lado, si se clasifican las empresas que acuden a concurso, se puede ver cómo el número de concursados baja a tan solo 4 por cada 10.000 microempresas. España es un país en el que el 95% de las empresas son microempresas, es un país distinto al resto en cuanto a la estructura básica empresarial, pasadas las 10 grandes empresas pasamos a un régimen donde las pequeñas empresas son las mayoritarias y, entre estas, predominan las microempresas<sup>53</sup>.

En los últimos 10 años, los concursos en los que el protagonista es una persona física sin actividad empresarial, han alcanzado una relevancia notable. Según informes de Instituto Nacional de Estadística en el primer trimestre de 2009 se produjo un impactante aumento de los concursos de persona física sin actividad empresarial del 200%<sup>54</sup>. A partir de entonces, y con motivo de la crisis, el número de concursos de este colectivo ha variado, se ha mantenido, sin embargo, alto dentro de una franja que alcanzó el máximo de 321 concursos en el segundo trimestre de 2008 y no ha quedado nunca por debajo de la reducción a 128 concursos que tuvo lugar en el tercer trimestre de 2014<sup>55</sup>. En la actualidad, según los últimos datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística del último trimestre de 2017, el 22% de los concursos que tuvieron lugar fueron de consumidores<sup>56</sup>.

Por lo tanto, parece que cada vez son más relevantes los concursos de personas que carecen de actividad empresarial. No obstante, las deficiencias contenidas en la regulación impiden

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>54</sup> Cuenca Casas, M., “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 7, 2009, p. 267.

<sup>55</sup> Instituto Nacional de Estadística, “Informe trimestral del Instituto Nacional de Estadística de los deudores concursados personas físicas sin actividad empresarial desde 2005 hasta 2017”, *INE*, 2017 (Disponible en <http://www.ine.es/consul/serie.do?s=EPC5149&c=2&nult=0>; última consulta 2/01/2018).

<sup>56</sup> Instituto Nacional de Estadística, “Informe trimestral del Instituto Nacional de Estadística de los deudores concursados del último trimestre de 2017”, *INE*, 2017 (Disponible en [http://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550](http://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550); última consulta 2/01/2018).

el correcto funcionamiento de este mecanismo cuando el protagonista es el deudor persona física.

En España, en estos últimos años, la legislación concursal ha estado a cargo del Ministerio de Economía y Competitividad, y no del de Justicia, como correspondía originalmente. Esto ha provocado recientemente una pésima técnica legislativa que ha dado lugar a numerosos problemas de interpretación de normas. A pesar de que es cierto que frecuentemente surgen problemas de interpretación, anteriormente estos problemas eran menores o de menor calado, ya que el responsable de legislar en materia concursal era el Ministerio de Justicia, formado por expertos jurídicos y, por tanto, expertos en la redacción de leyes. Estos problemas de interpretación dificultan la correcta aplicación de la ley a la persona natural, es decir, el ajuste de los mecanismos del sistema concursal a dicha persona, para que pueda acceder a ellos.

Los redactores de estas leyes han pecado de procesalismo. En las normas legales, el procedimiento concursal es solo el sustento para solucionar o solventar la empresa y la situación vulnerable de la persona física, pero no puede convertirse en el protagonista. Sin embargo, hoy el protagonista del problema es el procedimiento concebido con rígidas condiciones. Además, la duración media de un concurso ordinario suele estar en torno a los 36 meses<sup>57</sup>. Por tanto, como estamos en un Estado con poca tradición de democracia, se produce una distorsión del objetivo del concurso con el fin de defender y proteger los derechos. El problema es que lo que debe ser una legítima aspiración de un Estado democrático, social y moderno, se convierte en una obsesión y, en consecuencia, se obtiene un régimen de recursos que puede paralizar por concreto la tramitación de un procedimiento. Esto es lo que provoca la larga duración de concursos que, sin tener mayor complejidad, puesto que el sujeto, empresa o individuo, dispone de más activo que pasivo, consigue extenderse durante años. De esta forma, frecuentemente se ha utilizado el concurso para dilatar la situación.

En segundo lugar, se encuentra el problema del mal funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil. Como consecuencia del aumento de los concursos, era de esperar un colapso de

---

<sup>57</sup> García Posado, M. y Mora-Sanguinetti, J., “El uso de los concursos de acreedores en España”, *Op. Cit.*, p. 33.

dichos juzgados por el exceso de trabajo. Un juez no puede atender un número inasumible de casos, en la actualidad los juzgados poseen un número insuficiente de jueces y un excesivo número de administrativos, es decir, hace falta mayor personal cualificado. El problema habrá que afrontarlo antes o después contratando personal que verdaderamente auxilie al juez y no impida la marcha de los procedimientos.

En el sistema español hay una tendencia a olvidar la importancia de la recuperación del deudor, el concurso solo tiene en cuenta la satisfacción de los intereses del acreedor<sup>58</sup>. Pero, además, el uso de los concursos se ve limitado debido a una serie de factores que dificultan el objetivo del concurso, la satisfacción de los intereses del acreedor. Los principales factores son los excesivos costes, la larga extensión, ya mencionada, y la no consecución de convenio, de manera que ninguno de ellos favorece la situación del deudor. Los mecanismos pre-concursales, introducidos tras las sucesivas reformas, han facilitado la solución extrajudicial como mecanismo alternativo<sup>59</sup>. No obstante, hasta la Ley de Segunda Oportunidad de 2015, las personas jurídicas eran las únicas que podían optar por estas alternativas. Entre estas se encuentra en un mecanismo introductorio básico de la Ley Concursal, este es el Convenio Anticipado o la Propuesta de Convenio Anticipado. A través de este convenio se pretende facilitar la situación del deudor, de manera que el deudor puede llevar una propia solicitud y en un plazo razonable de 2 o 3 meses podría finalizar el concurso de acreedores según el diseño de este mecanismo. Aquí se puede apreciar un derecho concursal *pro debitoris*, no obstante, para conseguir que este funcione es necesario introducir estímulos que insten al deudor a solicitar el concurso.

La escasa probabilidad de alcanzar un acuerdo es un claro determinante en el concurso. Según los datos obtenidos, parece que existen numerosas dificultades para obtener un convenio y que este sea cumplido. Los deudores reticentes a terminar en liquidación son los primeros interesados en no solicitar el concurso, además, son pocos los deudores que están dispuestos a aceptar una propuesta de convenio con todos los requisitos. Además, respecto de la persona física, la responsabilidad ilimitada hace que tanto el deudor como el acreedor estén reticentes

---

<sup>58</sup> Cuenca Casas, M., “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Op. Cit.*, p. 270.

<sup>59</sup> García Posado, M. y Mora-Sanguinetti, J., “El uso de los concursos de acreedores en España”, *Op. Cit.*, p. 35.

a solicitar el concurso, el primero debido al miedo de quedarse sin nada y de vincularse de por vida a las deudas y, el segundo, debido a la ausencia de incentivos, ya que tarde o temprano verá satisfecha su deuda. Por tanto, las sociedades tienden a acudir con mayor frecuencia al sistema del concurso debido a la responsabilidad limitada de la que gozan sus socios, así como, a la mayor facilidad que tienen para asumir los costes fijos que supone el concurso<sup>60</sup>.

Por tanto, exceptuando la reforma introducida con la Ley de Segunda Oportunidad, parece que es necesaria una profunda reforma del sistema concursal español mediante una serie de pasos. El primero es el de simplificar la Ley Concursal al máximo. Habrá que tener en cuenta los mecanismos que están inoperativos o que no funcionan correctamente. El objetivo va a ser facilitar la recuperación del deudor, sin olvidarse de la protección de los intereses del acreedor<sup>61</sup>. Es inútil que no se pueda empezar a liquidar desde el principio, sino que para ello sea necesario un plan sometido a decisión judicial que se dilate en el tiempo y retrase el proceso, sin beneficiar a ninguna de las partes deudora o acreedora. Además, la reforma debe facilitar la comprensión e interpretación de las normas, abogando exclusivamente por normas que no carezcan de funcionalidad. Se necesita un sistema más simple, sencillo, rápido y eficiente.

En segundo lugar, hace falta una seria regulación del privilegio de exoneración, hay que crear nuevas oportunidades a través de un derecho concursal que sea mucho más generoso. Para ello es imprescindible abogar por un tratamiento igualitario de todos los acreedores. No se puede permitir que continúe el privilegio del crédito público<sup>62</sup>. Este tipo de crédito es, junto con el crédito hipotecario, uno de los más relevantes para las familias e individuos que carecen de actividad empresarial. Sin embargo, no es susceptible de ser exonerado, lo cual tiene que cambiar.

No obstante, el gobierno no está en condiciones de llevar una reforma más o menos razonable. Entre tanto podemos estudiar el privilegio de exoneración: la necesidad de

---

<sup>60</sup> Carrasco Perera, A., *Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores*, *Op. Cit.*, p. 280.

<sup>61</sup> Cuenca Casas, M., “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Op. Cit.*, p. 278.

<sup>62</sup> Cuenca Casas, M., “Reformas de la Ley Concursal e Insolvencia de la persona física”, *Op. Cit.*, p. 179.

ampliación del ámbito subjetivo o reflexionar sobre los requisitos para acceder al privilegio. La actitud del legislador respecto del crédito público, se manifiesta no solo en los privilegios sustantivos y procesales que tiene, sino también respecto del régimen de los contratos con la administración pública. Todo esto hace que muchas empresas y deudores sin actividad empresarial, cuando entran en concurso, se encuentren en una situación de tal vulnerabilidad que sea prácticamente imposible llevar su desarrollo.

#### **4.2. El tratamiento de la persona física: El nuevo sistema de exoneración de deuda**

Las personas físicas, tanto consumidores como empresarios, son representativos en la situación de insolvencia de la actualidad. El 52% de la estructura empresarial representa a las personas físicas con actividad empresarial<sup>63</sup>. Tras la crisis, una gran cantidad de consumidores se vieron envueltos en una situación de insolvencia a la que se ha tratado de encontrar solución mediante las sucesivas reformas. Sin embargo, esto no se ha conseguido hasta la introducción del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho que introduce el Real Decreto-Ley 1/2015<sup>64</sup>.

La situación que predominaba con anterioridad a dicha reforma era ventajosa para las empresas. Para las personas físicas, tanto consumidores como empresarios, no se preveía la paralización de la ejecución hipotecaria cuando se solicitaba el concurso, ni se solucionaba la responsabilidad ilimitada que les condicionaba de por vida y tampoco podían optar a medidas como la Propuesta Anticipada de Concurso<sup>65</sup>. Todo ello limitaba la recuperación del deudor insolvente que quedaba coartado por dichas condiciones y desincentivaba a los acreedores en cuanto a la consecución de un acuerdo que finalice el concurso. La responsabilidad ilimitada beneficia al acreedor que siempre verá satisfechas sus deudas. Sin

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>64</sup> Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Publicado en: *BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 2015, pp. 19058-19101.

<sup>65</sup> Cuenca Casas, M., “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Op. Cit.*, p. 280.

embargo, es perjudicial para el deudor que queda desmotivado para superar la situación de insolvencia, prescinde de la búsqueda de empleo y acude a la economía sumergida.

No obstante, la Ley de Segunda Oportunidad de 2015 da un paso para solventar esta situación de desigualdad entre empresario y consumidor. La reforma permite el acceso de la persona natural al Acuerdo Extrajudicial de Pagos, estableciendo la paralización de la ejecución hipotecaria durante 2 meses para consumidores con el fin de llegar a dicho acuerdo y, se incluye la posibilidad de una exoneración del pasivo pendiente para toda persona física sin tener en cuenta la condición de poseer una actividad empresarial<sup>66</sup>. De esta forma se facilita a través del notario una alternativa al concurso, el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, permitiendo al deudor no tener que pasar por el concurso. Este acuerdo es a su vez condición necesaria para optar a la exoneración de deudas. Respecto a este sistema de exoneración de deudas, para acceder a ella, es necesario pasar previamente por el concurso y que este concluya con una liquidación o por insuficiencia de masa<sup>67</sup>. Por lo tanto, no se evita la ejecución hipotecaria, ya que al exigir la liquidación previa se ejecutará la garantía real previamente a la exoneración y solo se podrá exonerar la deuda que queda pendiente tras la ejecución. Además, se requiere la satisfacción de un pasivo mínimo de las deudas no exoneradas tras el transcurso de un plan de pagos de cinco años para hacer permanente la exoneración<sup>68</sup>. El problema de este mecanismo es que no satisface las necesidades del deudor que no posee una actividad empresarial. Para este deudor, los préstamos relevantes son los créditos públicos y los hipotecarios, los primeros no son susceptibles de exoneración y los segundos son ejecutados antes de la misma<sup>69</sup>. Por ello, esta solución de exoneración del

---

<sup>66</sup> Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente”, *Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS)*, n. 6, 2015, p. 24.

<sup>67</sup> La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, publicado en BOE núm. 164 de 10 de Julio de 2003, con vigencia desde 01 de septiembre de 2004, establece, tras la reforma, en su artículo 178.1 bis que “El deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa”. Artículo 178 bis redactado por el número dos del apartado primero del artículo 1 de Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social («B.O.E.» 29 julio), vigente desde el 30 julio 2015.

<sup>68</sup> Moralejo Menéndez, I., “La exoneración del pasivo insatisfecho por la persona natural en el Derecho español. Exoneración provisional, plan de pagos y exoneración definitiva”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, 2015, p. 40.

<sup>69</sup> Carrasco, A., “El mecanismo de Segunda oportunidad para consumidores insolvente en el RDL 1/2015: Realidad y mito”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 13, p. 6.



pasivo insatisfecho carece de verdadero valor y utilidad para la persona natural, aunque sí que constituye el primer paso de la limitación de la responsabilidad universal cuando la exoneración se hace permanente.

La exoneración de la deuda exige entre los requisitos que el deudor sea de buena fe<sup>70</sup>. La misma queda ligada a la honestidad. En el ámbito de la actividad empresarial, la honestidad tiene connotaciones distintas de las que tiene en el ámbito del consumo. La persona física consumidora contrae deudas para el consumo, para su propio interés. Sin embargo, el empresario contrae deudas para sacar adelante una actividad empresarial, además de para su propio consumo.

Al darle una segunda oportunidad al deudor, se está sacrificando el derecho de crédito legítimo del acreedor. Por ello, esa expropiación sin justiprecio tiene que estar justificada cuando se trata de un deudor honesto pero desafortunado. Es imprescindible distinguir entre deudores de buena fe y deudores de mala fe. En nuestro ordenamiento la buena fe se presume, por lo que hay que llevar un control de la honestidad del deudor según criterios objetivos. No obstante, no se puede establecer un sistema normativo de buena fe, sino valorativo con criterios objetivos.

Aunque no sería conveniente exigir que se pruebe el buen comportamiento, son necesarias unas condiciones para el acceso a la segunda oportunidad. Estas condiciones deben ser criterios valorativo-objetivos como pueden ser la naturaleza de los gastos que llevan a un deudor a la insolvencia, el perfil socio profesional del deudor, el tipo de sobreendeudamiento (si es irresponsable o no) o si la insolvencia es consecuencia de una situación fortuita (enfermedad, crisis matrimonial, mala suerte), es decir, hay que analizar la situación por la que ha pasado ese deudor y si esta situación justifica el endeudamiento.

Los sistemas de exoneración de deudas nos presentan una oportunidad para educar ex ante el comportamiento de la sociedad y de los empresarios. Para acceder a la exoneración es un requisito haber cumplido con las normas contables, lo que obliga al empresario a llevar formalmente un registro de la contabilidad de su actividad. Así mismo, en otros países, se

---

<sup>70</sup> Navazo Campos, A., “La insolvencia personal en el Real Decreto-Ley 1/2015: Segunda Oportunidad y acuerdo extrajudicial de pagos”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n. 6, 2015. p. 101.

requiere probar la búsqueda de empleo activa. Este tipo de medidas aparecen como requisitos para obtener la exoneración, pero además disciplinan el comportamiento en el ámbito empresarial.

### **4.3. La Propuesta de Directiva**

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2016<sup>71</sup> supone una oportunidad para reformar el sistema concursal con el objetivo de corregir las deficiencias actuales de la ley y regular el concurso de la persona natural, para evitar que dicha persona se vea inmersa en una situación de grave vulnerabilidad o exclusión social. Además, se realizará un análisis crítico de la Propuesta de Directiva para determinar si esta cumpliría con la función de armonización en cuanto a los países de la Unión Europea y si ofrece mecanismos que solventen verdaderamente las situaciones desiguales que tienen lugar en los distintos países en lo que respecta a la persona física.

La Propuesta de Directiva tiene aspectos muy positivos, pero falla en el amplio margen de maniobra que se deja a los estados en materia de persona física. En la exposición de motivos reconoce la importancia de que los consumidores o personas naturales tengan un régimen de segunda oportunidad adaptado a los mismos, aunque esto se queda en una mera recomendación<sup>72</sup>. Esta Propuesta solo establece una armonización para los empresarios y deja margen a los Estados Miembros para decidir si imponen el mismo régimen para los consumidores o no. En este sentido la Propuesta de Directiva fracasa en la pretendida armonización, la cual, tarde o temprano, se tendrá que volver a intentar. A pesar de las numerosas recomendaciones incluidas en las directivas sobre insolvencia y consumidores,

---

<sup>71</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/0359 (COD) sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. Documento COM/2016/0723 final – Procedimiento 2016/0359/COD. (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0723>; última consulta 10/04/2018).

<sup>72</sup> La Propuesta de Directiva, en su exposición de motivos, establece que, “(...) Por estas razones, aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes sobre el sobreendeudamiento de los consumidores, los Estados miembros deben poder aplicar también las disposiciones en materia de condonación a favor de los consumidores”.

parece ser que todavía no se ha provocado el efecto deseado, no se ha conseguido influir en los países para favorecer el cambio de la normativa de los mismos.

#### **4.3.1. El objetivo de armonizar**

En el marco de la globalización actual y, en concreto, de la Unión Europea, a la que cada vez se le ceden más competencias, lo deseable sería defender un régimen único de segunda oportunidad, para España y para Europa. En relación a los fallos de la Propuesta de Directiva, el principal fallo es el excesivo margen de maniobra que deja a los Estados Miembros. De esta forma, la finalidad de armonización queda muy reducida, ya que los Estados Miembros pueden crear sistemas muy diferentes. Por tanto, el riesgo de *Forum Shopping* no disminuye en este sentido. Por poner un ejemplo, al tenor de la Propuesta de la Directiva, el plazo para obtener la exoneración de deuda es de 3 años, como máximo<sup>73</sup>. Este plazo supone una oportunidad para España para mejorar las condiciones de acceso a la exoneración de la deuda permanente, reduciendo el plazo a 3 años como máximo. No obstante, este máximo no impone a los Estados Miembros un determinado plazo, por lo que puede darse el caso en el que, en algunos países, se pueda optar a exoneración directa, sin necesidad de esperar 3 años. Así, el deudor interesado elegirá este sistema más beneficioso y la pretendida eliminación del *Forum Shopping* y la armonización no serán efectivas.

Por otro lado, el *Forum Shopping*, no está pensado para la persona física, sino para la persona jurídica, puesto que practicarle suele requerir cierta cantidad de dinero del que normalmente no disponen las personas físicas. No tendría sentido que el pequeño empresario invirtiese dinero en obtener una exoneración rápida trasladándose al país que ofrezca dicha posibilidad. Además, puede haber buen *Forum Shopping*, que permite que los sistemas funcionen mejor o mal *Forum Shopping*, que busca eludir la legalidad. Por lo tanto, armonizar con el objetivo de prevenir el *Forum Shopping*, no tiene mucho sentido si se habla del pequeño empresario, al contrario de lo que enuncia la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva.

---

<sup>73</sup> La Propuesta de Directiva, en su artículo 20, en el apartado primero, establece que el plazo será inferior a tres años.

#### 4.3.2. *La exoneración de deudas*

En lo que respecta a la exoneración de deuda y las facilidades que deben de establecerse para incentivar al deudor insolvente que carece de actividad empresarial, la directiva no parece muy acertada. Pretende justificar un régimen especial de la deuda empresarial. Sin embargo, a su vez, establece un régimen especial de la deuda doméstica cuando la persona física es empresario, privando de este régimen al mero consumidor. Cuando el empresario llega a un procedimiento de insolvencia se le permite exonerarse de deuda doméstica, es más, especialmente se dice que sea en el mismo procedimiento<sup>74</sup>. La Propuesta, por tanto, les permite exonerarse de deuda doméstica solo por el hecho de ser empresarios, además de exonerarse de deuda empresarial. Por otro lado, el consumidor, por ser consumidor, queda privado de este derecho de exonerarse de deuda doméstica, a pesar de que este contrae deuda doméstica de la misma forma que el empresario persona física. Además, debe tenerse en cuenta que estos consumidores también pueden verse afectados por deuda empresarial. Este sería el caso de matrimonios en los que uno de ellos es empresario y el cónyuge avala dicha actividad empresarial. A pesar de ello, este último no tiene la condición de empresario y no puede disponer de este régimen de exoneración de deuda doméstica. De manera que, si este cónyuge llegara a estar en una situación de insolvencia, esta deuda no podría ser exonerada.

Esta diferenciación en el trato podría considerarse discriminatoria, ya que rompe con el principio constitucional de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, en cuanto a que no queda justificada la distinción según el sujeto, empresario o consumidor. No se puede justificar la exoneración de las deudas personales solo para empresarios y no para consumidores. Deberían aplicarse este beneficio sin discriminación.

Por el contrario, sí que podría estar justificada la distinción entre la deuda doméstica y la empresarial y esta no sería discriminatoria. La propia Propuesta en la exposición de motivos enuncia que el pasivo de las personas está mezclado. La comisión reconoce que el pasivo está mezclado, pero, además, reconoce que la insolvencia de los consumidores es importante,

---

<sup>74</sup> La Propuesta de Directiva, en su artículo 23, en el apartado primero, indica la posibilidad de que la persona física se exonere de deuda personal que contrajo fuera de la esfera de la actividad empresarial, permitiendo que todas las deudas se exoneren en el mismo procedimiento.

ya que de estos depende la viabilidad de las empresas<sup>75</sup>. Las empresas necesitan clientes que consuman, ya que, sino, se produciría el cierre de estas. Esta estrecha relación hace necesario ir un paso por delante y crear un régimen de segunda oportunidad también para los consumidores.

Aunque parezca que nos enfrentamos a una separación entre el régimen del empresario y la persona física no empresario, al final, en estos países nunca se ve una clara separación patrimonial entre los activos afectos y los no afectos. Es decir, aunque haya activos afectos y no afectos o deudas empresariales y no empresariales, esto no limita la capacidad de los acreedores, al final todos los bienes son de todos.

Un aspecto positivo de la Propuesta es la tendencia de adaptación a la situación del deudor que establece en el caso de los Estados Miembros en los que este beneficio de exoneración permanente requiera la satisfacción de parte de la deuda, como es el caso de España<sup>76</sup>. Esto facilitaría la recuperación de cada deudor ya que se tendría en cuenta la capacidad del deudor y su renta disponible. De esta forma, en España, la obligatoria satisfacción del pasivo mínimo para acceder a la exoneración permanente estará adaptada a cada deudor.

Otro problema, en relación con las deudas exonerables, es el amplio margen que tienen los Estados Miembros para determinar que deudas no son susceptibles de exoneración. La Propuesta de Directiva habla de deudas garantizadas debidas a sanciones penales y responsabilidad civil, en cuanto a no exonerables. Sin embargo, no hace mención alguna, entre estas deudas, a las deudas por alimentos las cuales, según nuestro ordenamiento, no deberían poder ser exoneradas. Además, el crédito público, según lo dispuesto en la

---

<sup>75</sup> La Propuesta de Directiva, en su exposición de motivos, establece que, “El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la reducción del exceso de deudas. Además, a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario ligadas a su consumo personal y las deudas derivadas de su actividad empresarial. Una segunda oportunidad para los empresarios no sería efectiva si el empresario tuviese que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de condonación, para obtener la condonación de las deudas profesionales y no profesionales. (...)”

<sup>76</sup> La Propuesta de Directiva, en su artículo 19, en el segundo apartado, dice así, “Los Estados miembros en los que la condonación total de la deuda esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se basa en la situación individual del empresario y es proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación”.

Propuesta de Directiva, no aparece entre los que no son susceptibles de exoneración<sup>77</sup>. Su exoneración no vulnera la regulación europea, se deja margen a los Estados para decidir sobre ello. Por tanto, el Estado no podrá escudarse en la regulación europea para impedir la exoneración de estas deudas. Esta falta de concreción en cuanto a las deudas no exonerables refleja una oportunidad para introducir en el Sistema Español la posibilidad de exonerar los créditos públicos, lo cual supondría un gran alivio para la situación del deudor sin actividad empresarial.

#### ***4.3.3. La disciplina de los créditos garantizados***

Cabe destacar, que la Propuesta de Directiva no hace mención alguna a la necesaria disciplina de los créditos garantizados para prevenir el sobreendeudamiento. Existe una directiva que obliga a los acreedores a realizar una evaluación de solvencia del deudor y, también, aconseja a los Estados Miembros imponer sanciones disuasorias y efectivas<sup>78</sup>. Esta obligación ya está presente en el ámbito hipotecario, en cuanto a créditos concedidos para bienes inmuebles de uso residencial, gracias a esta directiva. Por ello, pese a no estar transpuesta, se hace necesaria una conexión entre esta directiva y la normativa concursal. Sería preciso que el juez concursal pudiese entrar a juzgar la conducta del acreedor. De esta forma, el juez evaluaría si el acreedor ha concedido un préstamo responsable y si este ha tenido en cuenta la capacidad de reembolso del deudor<sup>79</sup>.

El prestamista es, por tanto, responsable de evaluar la solvencia y más concretamente en el ámbito hipotecario. En este ámbito el acreedor debe tener en cuenta la capacidad de

---

<sup>77</sup> Nebot Seguí, R., “Propuesta de Directiva de Insolvencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 6, 2017, p. 362.

<sup>78</sup> 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 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010. Publicado en: *DOUE* n. 60, de 28 de febrero de 2014, pp. 34-85.

<sup>79</sup> Cuenca Casas, M., “Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo...”, *Hay Derecho*, 2017 (Disponible en <https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/>; última consulta 11/04/2018).

reembolso del deudor y el valor del bien hipotecado como garantía<sup>80</sup>. Esto no implica asegurarse, exclusivamente, del valor del bien hipotecado e ignorar la falta de capacidad del deudor para devolver el préstamo. Ambas obligaciones deben ser exigidas y sancionadas en caso de incumplimiento de las mismas. Estas obligaciones constituyen deberes que no tienen sentido si no se establece consecuencia alguna para las entidades financieras que omitan dicha obligación.

A pesar de que el crédito esté garantizado, hay que disciplinar al acreedor, el cual no puede ser excluido del análisis de su comportamiento por el mero hecho de disponer de una garantía. Es importante evitar otra posible crisis que podría tener lugar si no se modifica el comportamiento que hace algunos años condujo a dicha crisis. Un acreedor que no tiene límites en la ejecución, tiene un incentivo en la concesión irresponsable de créditos<sup>81</sup>. Mientras se siga protegiendo al acreedor con garantías en el procedimiento concursal, sin imponer consecuencia alguna a un comportamiento irresponsable, volverán las tasaciones irregulares.

Conforme a la responsabilidad del acreedor, este debería valorar la capacidad de pago del deudor con independencia de la garantía<sup>82</sup>. Este acreedor suele ser el banco, el cual, como prestamista tiene esa obligación. Sin embargo, esta situación no se da en la realidad, en concreto con las microempresas. Para estas empresas los préstamos se conceden en base a unos algoritmos, por lo que no se analiza la verdadera capacidad de reembolso del deudor. Esta situación debe cambiar. No obstante, debe hallarse un equilibrio, ya que, si se endurecen las condiciones exigidas a los bancos para la concesión de préstamos, estos acreedores concederán menos préstamos. De esta forma, dificultarán el desarrollo de los negocios, ya que los empresarios carecerán de capital para seguir adelante. Por todo ello, la concesión de crédito debe ser responsable pero cuidadosa, ya que es imprescindible que los bancos sigan prestando dinero y, en particular, a las empresas.

---

<sup>80</sup> Zunzunegui, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios”, *Revista Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 16, 2014, p. 156.

<sup>81</sup> Cuenca Casas, M., “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n. 61, 2015, p. 471.

<sup>82</sup> Cuenca Casas, M., “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 764, 2017, p. 2880.

Hay que ser precavidos en la regulación, buscando el equilibrio para evitar que se encarezca la concesión de créditos o que, en el peor de los casos, se extinga y, por otro lado, que no se beneficie excesivamente al acreedor. Si para asegurar un mercado de crédito barato, se tiene que establecer un régimen *pro creditoris*, se estaría sosteniendo otra crisis financiera a corto plazo. Por tanto, hay que equilibrar el sistema, ni *pro debitoris* estableciendo un régimen de segunda oportunidad que deje entrar a todo deudor de comportamiento irresponsable, ni tampoco a favor de un acreedor que puede aprovecharse de cualquier situación sin consecuencia alguna. Como incentivo al comportamiento responsable en la concesión de créditos, reiterando lo dicho, se debería aprovechar la transposición de la directiva para introducir consecuencias del comportamiento del acreedor que se analizarán en la valoración de la aplicación del régimen de segunda oportunidad.

## **5. CONCLUSIONES**

PRIMERA. – La insolvencia de las personas naturales es sumamente relevante en el contexto actual dañado por la crisis pasada. Esta insolvencia de la persona física se caracteriza por una especial vulnerabilidad, por lo que surge una necesidad de protección de dicho sujeto con el fin de respetar las condiciones de vida mínimas. Ante esta situación que tiene su origen en el sobreendeudamiento excesivo, se hace imprescindible garantizar una vida digna amparando a los sujetos vulnerables. Además, esta protección queda plenamente justificada cuando dichos sujetos han sido víctimas de circunstancias sobrevenidas, como la pérdida de empleo, las cuales les han conducido a la insolvencia, a pesar de haber llevado a cabo un consumo o endeudamiento responsable.

SEGUNDA. – Se deben de imponer una serie de medidas que promuevan un consumo responsable con el objetivo de prevenir el sobreendeudamiento que ha conducido a la crisis. Estas medidas se destinarán a cambiar el comportamiento tanto de deudores como de acreedores. Para empezar, es necesaria la regulación de criterios para la concesión de créditos responsables. La información precontractual debe ser completa y veraz, prescindiendo de publicidad engañosa y fomentando el entendimiento de la asunción del riesgo. El deudor deber estar informado y ser consciente de las consecuencias que conlleva la concesión del



crédito. Entre las obligaciones de los acreedores, la evaluación de la solvencia debe ser imperativa y llevarse a cabo de manera diligente, actuando como determinante para la denegación de la concesión del crédito. El sistema concursal requiere una reforma que incluya consecuencias en forma de sanciones para el incumplimiento de dichas obligaciones. Solo de esta forma se aseguraría la concesión responsable de crédito. La diligencia de la entidad financiera es profesional, sin embargo, no solo el acreedor debe evaluar la capacidad de reembolso del acreedor, sino que también el deudor debe estar obligado a proporcionar al acreedor información veraz para facilitar al acreedor dicha evaluación de solvencia. Debe de haber dos niveles de diligencia, tanto del consumidor como del acreedor. Hay que disciplinar a ambas partes, y por eso el consumidor no debe de monopolizar sus datos de solvencia, ya que en ellos se basará la evaluación de solvencia.

TERCERA. – La insolvencia de la persona física y la de la persona jurídica poseen características diferentes, por lo que deben tener una regulación específica para cada uno o la misma pero adaptada a cada sujeto. La responsabilidad universal propia de la persona física y la variedad de derechos que posee, son un claro indicativo de la mayor protección que requiere la situación de insolvencia de la persona física, en contraposición con la jurídica. Por ello, no se puede sostener la exclusión de la persona física no empresario en lo referente al sistema concursal, ya que el objetivo de asegurar la continuidad de la actividad es comparable a la supervivencia o continuidad de vida de una persona.

CUARTA. – Entre los derechos de la persona natural, en el contexto de la insolvencia, se debe prestar atención a promover igualdad de condiciones y oportunidades independientemente de la condición del sujeto, sea empresario o no. Hay reformar el derecho concursal que no tiene en cuenta la insolvencia de la persona física, discriminándola respecto de la persona jurídica. La exoneración de deuda debe ser un mecanismo adaptado a cada sujeto, sin favorecer situaciones discriminatorias, y facilitando una verdadera recuperación del deudor. De esta forma, se incentivará al acreedor a alcanzar la consecución del acuerdo que concluya el concurso.

QUINTA. – La regulación de la insolvencia de la persona física debe de estar orientada en todo momento por la dignidad de la persona. La dignidad de la persona natural implica la disposición de unos recursos mínimos que garanticen una vida digna. Una persona que entra

en estado de insolvencia posiblemente deje de tener acceso a esos recursos, derivando de esta forma en una situación de pobreza. Además, cuando esta situación se vuelve extremadamente grave, la falta de integración en la sociedad y la sensación de frustración desembocan en exclusión social. En este momento el Estado debería verse forzado a intervenir para garantizar y salvaguardar los derechos de la persona natural. Por tanto, el Estado debe prever unas medidas adecuadas para la protección de este tipo de situaciones vulnerables e intervenir para proteger a los individuos en peligro de exclusión.

SEXTA. – El derecho a la vivienda digna debería estar protegido y garantizado en todo momento, más aún en situaciones de insolvencia. Las injusticias y desigualdades que han tenido lugar tras la crisis deben solventarse a través de una mínima intervención del Estado. En el procedimiento de insolvencia, la entrega de la vivienda debería satisfacer la deuda hipotecaria, quedando esta extinguida. Además, en la cultura actual, debería promoverse el alquiler de vivienda en lugar de acceder a la propiedad de la misma.

SÉPTIMA. – La persona física en el concurso ha sido olvidada durante muchos años, aunque parece que con la última Ley de Segunda Oportunidad se empieza a velar por este sujeto. Analizada la situación de este deudor, se puede concluir que los esfuerzos futuros deben de estar encaminados a simplificar la ley para facilitar la adaptación de la Ley Concursal a la persona física e incluir una verdadera recuperación del deudor que carece de actividad empresarial. Además, se deberían reformar las rígidas condiciones del procedimiento, que hacen que al individuo no le convenga solicitar el concurso, y promover soluciones extrajudiciales que eviten el paso por el concurso.

OCTAVA. – En cuanto al mecanismo de exoneración de deudas introducido por la Ley de Segunda Oportunidad, para facilitar la verdadera recuperación de deudor se deberían hacer una serie de modificaciones en el sistema concursal. Debería eliminarse el privilegio del crédito público y facilitarse la paralización de la ejecución hipotecaria, incrementando el tiempo previsto de dos meses. La responsabilidad ilimitada no incentiva al acreedor para llegar a un acuerdo, sin embargo, este mecanismo de exoneración de deuda provocará que los acreedores estén más interesados en la consecución del acuerdo. Uno de los requisitos para acceder a este mecanismo es la buena fe. Para justificar este régimen de exoneración sería preciso regular los criterios que describan cuando se considera que un deudor ha actuado

responsablemente: los gastos incurridos, el perfil socio profesional del deudor, el tipo de endeudamiento asumido o las posibles circunstancias sobrevenidas, es decir, hay que analizar la situación por la que ha pasado ese deudor y si esta situación justifica el endeudamiento.

NOVENA. – La Propuesta de Directiva presenta una oportunidad para modificar la normativa concursal e incluir a la persona física en el procedimiento concursal. Esta Propuesta prevé una serie de disposiciones que suponen un avance en cuanto al régimen concursal de la persona física.

En cuanto a la exoneración de deuda, con la transposición de la directiva se acortaría el plazo para optar a la exoneración definitiva. Actualmente este plazo es de cinco años, sin embargo, siguiendo las disposiciones de la Propuesta de Directa, este plazo pasaría a ser como máximo de tres años. España podría optar por acortarlo más o aplicar este máximo.

La obligatoria adaptación de los planes de pago a la capacidad real del deudor que establece esta directiva permitirá cambiar el procedimiento para obtener la exoneración permanente. Al tenor de la Ley de Segunda Oportunidad española, a los deudores se les exige un umbral de pasivo mínimo para optar al régimen de segunda oportunidad, es decir, tienen que pagar ciertas deudas antes de acceder a este régimen. Este umbral es objetivo, no tiene en cuenta la situación real del deudor, lo que puede provocar una situación muy criticable. Este plan de pagos no parece muy adecuado tras la liquidación, no tiene ningún sentido liquidar el patrimonio de una persona para después imponer un plan de pagos. Deberían ser dos alternativas distintas, o bien se liquida de manera eficaz para, a continuación, obtener la recuperación del deudor sin plazo, o bien se prescinde de la liquidación y, en su lugar, se establece un plan de pagos. Estos serían los dos itinerarios adecuados que debería seguir la ley española. De esta manera, los acreedores tendrían la forma de recuperar sus créditos, al mismo tiempo que el deudor dispondría de la posibilidad de recuperarse.

Además, debería incluirse en la regulación española la posibilidad de que el crédito público sea susceptible de exoneración. La Propuesta de Directa no establece las deudas que no pueden ser exoneradas, deja margen a los Estados Miembros. Este margen debería ser aprovechado a la hora de transponer la futura directiva y, de esta forma, facilitar la

recuperación del deudor persona natural, cuya deuda esta principalmente compuesta por el crédito público y el hipotecario.

El procedimiento concursal debería prever la obligatoria evaluación de solvencia por parte del acreedor y se debe establecer algún tipo de consecuencia. El juez concursal debería poder entrar a juzgar la conducta del acreedor y comprobar si ha habido una violación en la regulación en materia de concesión de préstamos. La imposición de una sanción incentivará a los acreedores a obrar diligentemente en la concesión de créditos.

En definitiva, el sistema concursal español debe ser reformado con el fin de adaptar el concurso y las alternativas extraconcursoales a la situación de la persona física insolvente, tanto empresario como consumidor. La transposición de esta futura directiva supondrá una excelente oportunidad para incluir todos los mecanismos mencionados.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. y Pautassi, L., *Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos*. Ponencia presentada en el Seminario Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad, Buenos Aires, 2006, pp. 1-40.

Álvarez Olalla, P., “Parte III. Préstamo responsable: deberes del prestamista y derechos del consumidor. Sección tercera. La evaluación de la solvencia del cliente bancario Capítulo VI. La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, Cuenca, M. (coord.) *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017. Obtenido de la base de datos online de Thomson Reuters Proview Library.

Ayala, L., “El impacto de la crisis sobre la desigualdad y la pobreza en la Unión Europea”, *Crisis y fractura social en Europa. Causas y efectos en España*, Barcelona, Obra Social “la Caixa”, 2012, pp. 56-70.

Carrasco, A., “El mecanismo de Segunda oportunidad para consumidores insolvente en el RDL 1/2015: Realidad y mito”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 13, 2015, pp. 1-9.

Carrasco Perera, A., *Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores*, 2010, pp. 271-296. (Disponible en [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13055/CC-112\\_art\\_8.pdf?sequence=1](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13055/CC-112_art_8.pdf?sequence=1): última consulta 12/04/2018).

Cuenca Casas, M., “Presentación”, Cuenca, M. (coord.) *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017. Obtenido de la base de datos online de Thomson Reuters Proview Library.

Cuenca Casas, M., “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 7, 2009, pp. 267-291.

Cuena Casas, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, *InDret Revista para análisis del derecho*, n. 3, 2011, pp. 1-56.

Cuena Casas, M., “Reformas de la Ley Concursal e Insolvencia de la persona física”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 11, 2014, pp. 168-185.

Cuena Casas, M., “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n. 20, 2014, pp. 161-185.

Cuena Casas, M., “El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente”, *Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS)*, n. 6, 2015, pp. 16-39.

Cuena Casas, M., “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n. 61, 2015, pp. 463-518.

Cuena Casas, M., “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 764, 2017, pp. 2871-2924.

Cuena Casas, M., “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito”, *InDret Revista para análisis del derecho*, n. 3, 2017, pp. 1-67.

Cuena Casas, M., “Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo...”, *Hay Derecho*, 2017 (Disponible en <https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/>; última consulta 11/04/2018).

Culasso, M.F. & Tabares, J., “Enfoque jurídico del sobreendeudamiento y su incidencia sobre la calidad de vida de los consumidores”, *Trabajos del Centro*, n. 8, 2010, pp.50-68.

Ezcurra Rivero, H., “Insolvencia de empresas vs. insolvencia de personas naturales ¿se justifica regular la insolvencia de personas naturales?“, *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 44, 2002, pp. 123-134.

Fernández Vidaurreta, C., y Jiménez Magán, N., “La renta disponible de los hogares de la UEM”, *Boletín Económico del Banco de España*, 2010, pp. 83-91. (Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BolletinEconomico/10/Dic/Fich/art4.pdf>; última consulta 11/03/2018)

García Vicente, J. R., *¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes*, 2010, pp. 297-338. (Disponible en [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13056/CC-112\\_art\\_9.pdf?sequence=1](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13056/CC-112_art_9.pdf?sequence=1); última consulta 07/04/2018).

García Posado, M. y Mora-Sanguinetti, J., “El uso de los concursos de acreedores en España”, *Boletín Económico del Banco de España*, 2012, pp. 27-38. (Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BolletinEconomico/12/Dic/Fich/be1212-art3.pdf>; última consulta 05/03/2018).

Gómez-Montoro, A., “La Titularidad De Derechos Fundamentales Por Personas Jurídicas (Análisis De La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Español)”, *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, pp. 23-71.

Gómez-Montoro, A., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: Un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22. n. 65, 2002, pp. 49-105.

Hernández Pedreño, M., “El estudio de la pobreza y la exclusión social. Aproximación cuantitativa y cualitativa”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, vol. 24, n. 3, 2010, pp. 25-46.

Instituto Nacional de Estadística, “Informe trimestral del Instituto Nacional de Estadística de los deudores concursados personas físicas sin actividad empresarial desde 2005 hasta 2017”, *INE*, 2017 (Disponible en <http://www.ine.es/consul/serie.do?s=EPC5149&c=2&nult=0>; última consulta 2/01/2018).

Instituto Nacional de Estadística, “Informe trimestral del Instituto Nacional de Estadística de los deudores concursados del último trimestre de 2017”, *INE*, 2017 (Disponible en

[http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550); última consulta 2/01/2018).

Linares Márquez de Prado, E., “Violencia, pobreza y exclusión social”, *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, n. 10, 2002, pp. 253-259.

Maroto, J. & Melle, M., “Sistemas financieros y economía real: modelos de relación y gobierno de las empresas”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, n. 48, 2001, pp. 262-293.

Moralejo Menéndez, I., “La exoneración del pasivo insatisfecho por la persona natural en el Derecho español. Exoneración provisional, plan de pagos y exoneración definitiva”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, 2015, pp. 33-46.

Navazo Campos, A., “La insolvencia personal en el Real Decreto-Ley 1/2015: Segunda Oportunidad y acuerdo extrajudicial de pagos”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n. 6, 2015. pp. 97-105.

Nebot Seguí, R., “Propuesta de Directiva de Insolvencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 6, 2017, pp. 352-365.

Pérez Mayo, J., “Dimensión territorial de la pobreza y la privación en España”, *Estudios de progreso. Fundación Alternativas*, n. 34, 2008, pp. 1-59.

Pérez-Ragone, A., “La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 41, 2013, pp. 641-678.

Pinto, M., “Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza”, *Revista IIDH*, vol. 48, 2008, pp. 44-64.

Ponce Solé, J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2013, pp. 1-134.



Raga, J., “Parte I. El sobreendeudamiento privado en el contexto de la actual crisis económica, Capítulo I Sobreendeudamiento privado y crisis financiera”, Cuenca, M. (coord.) *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017. Obtenido de la base de datos online de Thomson Reuters Proview Library.

Sabater Fernández, C. y Giró Miranda, J., “La nueva pobreza. El desahucio como proceso de exclusión”, *Ehquidad International Welfare Policies and Social Work Journal*, n. 3, 2015, pp. 77-106.

Senent Martínez, S., *Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*. Tesis Doctoral: Universidad Complutense de Madrid, 2014, pp. 1-524. (Disponible en <http://eprints.sim.ucm.es/28133/1/T35661.pdf>; última consulta 02/04/2018)

Sufán, N., “El sobreendeudamiento de las personas físicas y su posterior concurso”, *IN IURE Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales*, vol. 2, 2013, pp. 193-209.

Torrero, A., “La crisis financiera y sus efectos sobre la economía española”, *Instituto Universitario de Análisis Económico y Social*, n. 13, 2010, pp. 1-27.

Trilla, C., “Desigualdad y vivienda”, *ACE: Architecture, City, and Environment*, año 9, n. 26, 2014, pp. 95-126.

Troncoso Muñoz, S., “La superación de la pobreza a la luz de los derechos humanos”, *Revista CIS*, vol. 16, n. 16, 2012, pp. 9-26.

Zunzunegui, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, n. 129, 2013, pp. 35-76.

Zunzunegui, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios”, *Revista Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 16, 2014, pp. 141-160.

Zunzunegui, F., “Efectos contractuales del deber de evaluación de la solvencia (STJUE 9/11/2016)”, *Hay Derecho*, 2017 (Disponible en

<https://hayderecho.com/2017/01/24/efectos-contractuales-del-deber-de-evaluacion-de-la-solvencia-stjue-9112016/>; última consulta 13/04/2018).

## **7. ANEXO DOCUMENTAL**

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Publicado en *BOE* núm. 164 de 10 de Julio de 2003. Revisión vigente desde 01 de enero de 2016.

Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Publicado en *DOGC* núm. 5677 de 23 de Julio de 2010 y *BOE* núm. 196 de 13 de Agosto de 2010. Vigencia desde 23 de Agosto de 2010. Revisión vigente desde 31 de Marzo de 2017.

Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. Publicado en *DOGC* núm. 6780 de 31 de Diciembre de 2014 y *BOE* núm. 18 de 21 de Enero de 2015. Vigencia desde 31 de Marzo de 2015.

Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Publicado en *BOE* núm. 51 de 28 de febrero de 2015. Vigencia desde 01 de marzo de 2015.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Publicado el 25 de Julio de 1889. Vigencia desde 01 de mayo de 1889. Revisión vigente desde 15 de octubre de 2015 hasta 29 de junio de 2018.

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 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. Publicado en: *DOUE* núm. 60, de 28 de febrero de 2014, pp. 34-85.

Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Ministerio de Economía y Competitividad, el 26 de julio de 2016. (Disponible en <http://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/sleg7880.pdf>; última consulta 13/04/2018).

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/0359 (COD) sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. Documento COM/2016/0723 final – Procedimiento 2016/0359/COD. (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0723>; última consulta 12/04/2018)

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. (Disponible en <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Declaracion-DDHH1.pdf>; última consulta 03/04/2018).