

Fresh Start y mercado crediticio

Matilde Cuenca Casas

Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

*Abstract**

Se analizan en el presente trabajo las consecuencias que tiene en el mercado crediticio la implantación del denominado "fresh start" o liberación del pasivo pendiente al deudor insolvente persona física. La experiencia estadounidense es sumamente reveladora de esta realidad dado que la figura tiene larga tradición y constituye el modelo más liberal de recuperación de la persona física insolvente, en cuanto prevé una automática exoneración de deudas. Se valora el impacto de esta limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal en el coste crediticio y en la iniciativa empresarial, así como los mecanismos de obtención de información financiera del deudor. Se concluye con el posible impacto que tal medida tendría de implantarse en el Derecho español y los posibles obstáculos que podría encontrar, dado nuestro sistema de concesión de créditos y los mecanismos de medición del riesgo financiero, afectados por la legislación de protección de datos personales.

This paper assesses the credit market implications of the so-called "fresh start" or release of the outstanding liability to the debtor insolvent individual. The U.S. experience is highly revealing in this regard, since it has a long tradition and it constitutes the liberal model of recovery for the insolvent person as it provides an automatic debt relief. It values the impact of the limitation on the principle of unlimited liability on the credit costs and the entrepreneurship, as well as the mechanisms for obtaining the debtor's financial information. I conclude with the possible impact that such measure would have in the Spanish law and the obstacles it might find, given our credit concession system and risk measurement procedures, which are indeed affected by the current Spanish Data Protection Act.

Title: Fresh Start and Loan Market

Palabras clave: responsabilidad patrimonial universal, persona física insolvente, ficheros de solvencia, protección de datos

Keywords: Unlimited Liability, Bankruptcy, Consumer, Credit Score, Personal Data Protection, Reckless Consumer Lending, Discharge, Fresh Start

* Para la elaboración del presente trabajo, de carácter multidisciplinar y básicamente sobre el derecho estadounidense, he contado con la ayuda de varios profesionales que públicamente quiero agradecer: Don Sebastián Sastre Papiol, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona. Director Ejecutivo de la Asesoría Jurídica la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, Don José Manuel Casals Carro, Director del Departamento de Modelos Cuantitativos de Riesgos de Caja Madrid (Bankia). Don Manuel Antonio Balbuena Rivera, Area de Riesgos de Santander Consumer Finance. Don José Raga Gil, Catedrático de Economía Política y Hacienda Pública. Universidad Complutense de Madrid. En relación con el Derecho estadounidense, ha sido muy importante la ayuda recibida por Roger Bertling, Clinical Instructor in the Predatory Lending / Consumer Protection Clinic; Lecturer on Law (Harvard Law School), a quien quiero agradecer el tiempo dedicado durante mi estancia en la Universidad de Harvard (Junio 2010), así como a Melissa B Jacoby, George R. Ward Professor of Law. The University of North Carolina a Chapel Hill, North Carolina. (USA), por su orientación en la aportación de materiales.

Este trabajo ha contado con la financiación I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación, a través del Proyecto SEJ 2007-60719, del que soy investigadora principal.

Sumario

1. Introducción
2. La prevalencia del concurso del consumidor en Estados Unidos
 - 2.1. El *Discharge* o *Fresh Start*
 - 2.2. Patrimonio inembargable: *Exemptions*
3. Rasgos generales de la regulación de la liberación de deudas o *Discharge*
4. El riesgo de abuso del consumidor: la reforma operada por la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA) de 2005. Un punto de inflexión en la política americana en materia de insolvencia
5. Liberación del pasivo pendiente o *Fresh Start* e iniciativa empresarial
6. Impacto del *Fresh Start* en el mercado crediticio
 - 6.1. Un apunte sobre el sistema crediticio americano: la calificación crediticia o *Credit Score*
 - 6.2. *Fresh start* y tipos de interés
7. *Fresh Start* y mercado crediticio español. Los obstáculos de la legislación en materia de protección de datos. Conclusiones
8. Bibliografía

1. Introducción

En los últimos meses los medios de comunicación se han hecho eco de dos resoluciones judiciales que han provocado un gran revuelo a todos los niveles. Se trata del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17.12.2010 (AC 20100\1) y de la Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26.10.2010 (AC 2010\1828). Aún refiriéndose a cuestiones diferentes (el primero a un proceso de ejecución hipotecaria y el segundo a un proceso concursal de persona física), ambas resoluciones judiciales presentan un denominador común: limitan la aplicación legal del básico principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 CC. En el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17.12.2010 (AC 20100\1)¹, se impide a la entidad financiera acreedora del préstamo hipotecario agredir otros bienes del deudor cuando el valor de la finca hipotecada es insuficiente para el pago de la deuda hipotecaria. Se le da el tratamiento de una hipoteca de responsabilidad limitada, aún cuando la misma no se haya pactado en el momento de la constitución de la hipoteca, a pesar de exigirlo así el art. 140 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH).

Por su parte, el Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26.10.2010, en el marco de un proceso concursal de dos personas físicas y tras haber procedido a la liquidación del patrimonio de los deudores, concluye el procedimiento concursal por inexistencia de bienes y derechos con base en el art. 176 de la Ley Concursal (en adelante, LC), declarando extinguido el pasivo pendiente de los deudores una vez que se han agotado todas las vías concursales para la satisfacción de los créditos. Lo contrario, implicaría condenar al deudor a la exclusión social o dejar al sujeto al albur de la beneficencia pública o privada².

Estas resoluciones judiciales cuyo resultado, a mi juicio, no tiene base legal siquiera por vía de la interpretación de la normativa vigente, lo que evidencian es la necesidad de revisar algunos principios hasta ahora incuestionables en España, aunque sí excepcionados en otros países.

Estas resoluciones judiciales suponen una llamada de atención al legislador acerca de las injusticias que el sistema está generando para las economías domésticas, provocado por la

¹ En concreto, los antecedentes del caso consistían en lo siguiente: una entidad bancaria, ante el impago de las cuotas de un préstamo hipotecario, dio por resuelto dicho préstamo y procedió a la ejecución de la hipoteca. Al resultar desierta la subasta, el banco obtuvo la adjudicación del inmueble por un importe muy inferior que el que reflejaba la tasación originaria recogida en la hipoteca, por lo que el banco incoó un nuevo procedimiento al objeto de lograr la ejecución sobre el patrimonio de los deudores por la cantidad restante, tal y como permite el artículo 1.911 de Código Civil. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia determinó que no había lugar a la continuación del procedimiento de ejecución, puesto que el inmueble había sido adjudicado al propio banco hipotecante, quien en la escritura de préstamo hipotecario había aceptado un determinado valor de tasación del inmueble, superior al valor del principal del préstamo. Por lo tanto, entendió la juzgadora de instancia que el valor de la finca, no obstante a lo obtenido en la subasta, era suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada, más cuando el banco mismo valoraba dicho bien por un importe muy superior al obtenido en la subasta. MARTIN PASTOR (2011) y NÁJERA PASCUAL (2011).

² Véanse los comentarios a esta resolución judicial de RUBIO (2011, p. 245) y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2011).

potencia con la que juega el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1.911 del CC: “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. Obvio es decir que el elemento responsabilidad es consustancial al derecho de crédito, en cuanto no puede existir un deudor en sentido jurídico que no responda de sus obligaciones. No procede cuestionar dicho principio esencial, sino reflexionar si convendría en determinadas hipótesis mitigar su intensidad, restricciones que ya existen en nuestro ordenamiento jurídico cuando aborda el patrimonio inembargable en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 605 y ss.).

En la mayoría de los países de nuestro entorno³ se ha restringido el principio de responsabilidad patrimonial universal en el marco del procedimiento de insolvencia de persona física, con el objeto de recuperar al deudor insolvente. De hecho, a nivel europeo se aconseja una intervención en esta materia a nivel comunitario⁴.

Básicamente existen dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente. El modelo anglosajón “volver a empezar” (*fresh start* o *discharge*), adoptado también en algunos países europeos se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de la deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no condonables. Este modelo tiene como fundamentos la responsabilidad limitada del deudor, la división del riesgo con los acreedores y la necesidad de recuperar lo más rápidamente posible al deudor para la actividad económica y el consumo, además de una clara voluntad de no estigmatizar a la persona sobreendeudada.

Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe, el pasivo restante queda exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el

³ Francia, Estados Unidos, Alemania, Suecia, Portugal, Italia, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Reino Unido, Austria, Finlandia. Un estudio comparativo a nivel europeo, Véase el Proyecto de la Dirección General de Empresa de la COMISIÓN EUROPEA (2003), “Procedimiento Best” sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo informe final del grupo de expertos (ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf). En este proyecto se realizan recomendaciones a los Estados miembros y entre ellas destaca: “La rápida liberación de responsabilidad por deudas pendientes es decisiva para promover los nuevos comienzos y la actividad empresarial. Dado que, hasta cierto punto, implica un tratamiento *de gracia*, tal exoneración debe estar sujeta a ciertas condiciones (por ejemplo, el consentimiento de los acreedores; el pago de la parte de las deudas, cuando sea posible; el examen de la conducta del deudor o la cooperación con el administrador judicial y la plena información sobre los activos y el pasivo). Ciertas deudas podrían quedar excluidas (aquéllas que la legislación nacional establezca)”.

⁴ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “*El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia*” (DOCE 2008/C 44/19): “La diversidad de los sistemas establecidos en cada uno de los países que los han desarrollado, no sólo en Europa sino también en el resto del mundo, combinada con su ausencia en otros países, favorece una situación de desigualdad de oportunidades que genera injusticia social, por un lado, y que distorsiona y obstruye la plena realización del mercado interior, por otro. Eso justifica una intervención proporcional de la Unión Europea, cuyo fundamento jurídico indispensable puede encontrarse en el derecho primario.”

deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, éstos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso. El deudor puede “volver a empezar”, iniciar una nueva actividad empresarial o profesional con la tranquilidad de que los nuevos ingresos que genere podrán ser utilizados para crear más actividad económica y no serán embargados por los acreedores que no consiguieron cobrar en el procedimiento concursal. Como trataré más adelante, constituye una medida fundamentada en razones humanitarias y económicas en cuanto incide en la productividad económica⁵. La figura de la exoneración del pasivo pendiente está pensada fundamentalmente para las personas físicas, pues las personas jurídicas que se liquidan en el procedimiento de insolvencia, se extinguen y también el remanente de la deuda pendiente.

El otro modelo vigente es el *modelo de la rehabilitación*⁶, que prevalece en algunos países europeos, y se basa en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, pero no por ello debe ser exonerado pura y simplemente del deber de cumplir con sus obligaciones (*pacta sunt servanda*). Este modelo, que se fundamenta en la idea de sobreendeudamiento “culpable”, ya sea por falta de previsión o simple negligencia, se centra en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan global de reembolso. Este plan puede negociarse en los tribunales o por vía extrajudicial, y es importante el papel que desempeñan los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas. La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana. El deudor tendrá que pasar un período de prueba, durante el que destinará una parte de su renta al reembolso de la deuda restante. Sólo después de eso, y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse de la condonación⁷.

En el presente trabajo no se pretende realizar una descripción del régimen de liberación de deudas o *fresh start* como solución a la insolvencia de la persona física⁸. Mi objetivo es analizar el impacto económico de esta figura en el mercado crediticio: su incidencia en los costes del crédito, si supone o no un freno a la concesión abusiva de crédito al fomentar la prudencia en la valoración y concesión de créditos.

Para ello creo que resulta extraordinariamente útil mirar al exterior para comprobar la experiencia de otros ordenamientos que durante mucho tiempo acogen este sistema. A estos efectos, me ha parecido destacable observar lo que ha acontecido en el derecho estadounidense,

⁵ WEISTART (1977, p. 107).

⁶ Es el adoptado, entre otros países, en el derecho alemán. FERRÉ (2006, pp. 205-226) y ZABALETA DÍAZ (2005, pp. 911-922).

⁷ Excepcionalmente en el caso de Francia, la supresión de la deuda es posible desde el principio del procedimiento cuando el juez considera que no puede esperarse una mejora de la situación de la persona.

⁸ Véase el reciente trabajo publicado por SERRANO GÓMEZ, ANGUIA VILLANUEVA y ORTEGA DOMENECH (2010, pp. 24 y ss.), RUBIO VICENTE (2007, pp. 133 y ss.), FERNÁNDEZ CARRÓN (2008, pp. 122 y ss.), GUTIERREZ DE CABIEDES, (2009, pp. 201 y ss.), JACOBY (2009, pp. 381 y ss.).

dado que la figura del discharge data de 1898, y por lo tanto tiene una larga tradición constituyendo el modelo más liberal de recuperación de la persona física insolvente, en cuanto prevé una automática exoneración de deudas.

No pretendo plantear como objetivo la implantación sin más del sistema estadounidense en España (modelo con virtudes, pero también con importantes defectos), sino más bien analizar las variables que se ven afectadas por una figura de esta naturaleza, con el objeto de que si en algún momento decidiera el legislador español (al igual que la mayoría de los países de nuestro entorno) abordar esta problemática, la reforma se lleve a cabo tocando todas las piezas del sistema que se verían afectadas por la misma. Como trataré de justificar en las páginas que siguen, la exoneración de deudas debe introducirse con suma prudencia en el derecho español, pues aunque pudiera hacerse desde una reforma de la LC, son muchas las piezas del sistema que pueden verse implicadas, sobre todo la forma en la que en España se concede crédito teniendo en cuenta las dificultades legales de acceso a la información crediticia del deudor (ficheros de solvencia). El tema me parece de extraordinaria importancia, dada la incidencia que el acceso al crédito tiene en la actividad económica. Se trata, pues, de dar una solución a la persona física insolvente sin que ello suponga un bloqueo o restricción excesiva del mercado crediticio que podría tener lamentables consecuencias para nuestra ya maltrecha economía.

Según la vigente legislación en materia de insolvencia de persona física, cuando el concurso concluye por inexistencia de bienes y derechos del deudor, los acreedores pueden iniciar ejecuciones singulares (art. 178 LC), por lo que el deudor puede encontrarse en la misma situación que al inicio del procedimiento concursal. La reciente reforma de la LC vuelve de nuevo a ignorar la problemática de la insolvencia de la persona física. Se ignoran las iniciativas procedentes del ámbito de la Unión Europea como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “el crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia” de 16.2.2008, en donde se propugna una limitación de la responsabilidad patrimonial del deudor persona física como medida comunitaria para el tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares⁹.

En España hay acuerdo en que el concurso de persona física constituye una figura estéril que no consigue ningún efecto práctico y que explica el escaso uso que del mismo están haciendo los particulares, a pesar de la obligación contenida en el art. 5 LC¹⁰. Concluido el proceso sin convenio (poco estimulado pues si el mismo no se alcanza, el acreedor no pierde ninguna garantía de su crédito), la situación del deudor concursado es la misma que al iniciar el mismo, pues sigue pesando sobre él todo su pasivo pendiente, sin posibilidad alguna de recuperación,

⁹ DOUE 2008/C 44/19. Véase el Proyecto de la Dirección General de Empresa de la Comisión Europea (2003), “Procedimiento Best” sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo informe final del grupo de expertos (ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf).

¹⁰ En el último trimestre de 2010, en plena crisis económica y habiendo alcanzado los cuatro millones de parados, de un total de 1.489 concursos, sólo 284 lo fueron de persona física con y sin actividad empresarial. Por lo tanto, el 19% del total, cifra ridícula, como veremos, si la comparamos con lo que ocurre en otros ordenamientos y, particularmente, con el estadounidense, en el que la cifra de insolvencia empresarial es residual (www.ine.es).

habida cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones. Sólo si el concurso concluye con la aprobación de un convenio (anticipado o no), cabe una liberación de deudas dentro de los límites que para la quita establece el art. 100 LC en el caso de cumplimiento íntegro del convenio (art. 136 LC). Pero no existe mecanismo liberatorio si el concurso concluye en liquidación, lo que provoca que los acreedores no favorezcan la conclusión del concurso por aprobación del convenio. Para el legislador español es irrelevante el comportamiento del deudor anterior, coetáneo o posterior a la declaración de concurso, las razones de su insolvencia, el carácter fortuito o no de la misma. La condena es la misma para todos: la exclusión social.

Por lo tanto, la situación es tan absurda como que el deudor, liquidado su patrimonio en el proceso concursal, tendría, de nuevo, obligación legal de declararse en concurso de acreedores (art. 5 LC). Situación absolutamente perversa en palabras del Magistrado J.M. Fernández Seijo en la citada sentencia de 26.10.2010, lo que llevaría al deudor a una situación de concurso permanente.

El resultado es que con el derecho vigente, los acreedores siguen sin ver satisfechos sus derechos ante un deudor insolvente y éste reinicia su actividad a través de testaferros o actuando en la economía sumergida para evitar que sus ganancias sean agredidas por los acreedores insatisfechos. Todo ello para salvaguardar la vigencia del principio de responsabilidad universal que se revela antieconómico en este contexto al comprometer la recuperación futura del deudor de buena fe¹¹.

Aunque el sistema económico en España, al igual que en muchos países europeos, ha estimulado el crédito al consumo como medio de activación del crecimiento económico (penalizando fiscalmente el ahorro)¹², naciendo una cultura que potencia el endeudamiento¹³, a través de una publicidad constante y agresiva por parte de las entidades financieras, incentivando el acceso al crédito como un recurso rápido y fácil (favorecido en determinadas épocas por bajos tipos de interés), lo cierto es que esta estrategia no ha venido acompañada de medidas paliativas para el deudor insolvente. Ello genera un sistema sumamente injusto. Se invita a que el consumidor viva por encima de sus posibilidades recurriendo al crédito para obtener bienes no esenciales, lo cual unido a una escasa cultura del ahorro, provoca que los ciudadanos carezcan de margen de

¹¹ Esta circunstancia es ya tenida en cuenta en nuestra legislación, por ejemplo, el art. 11 de la Ley de Venta a Plazos de bienes muebles que dispone que “los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago”.

¹² Según el último informe publicado por el Banco de España, el gasto en consumo de los hogares alcanza el 86% de la renta bruta disponible y la tasa de ahorro ha disminuido al 13.8% en 2010. El nivel de endeudamiento de los hogares ha seguido ascendiendo hasta alcanzar el 98% de la Renta bruta disponible (www.bde.es/webbde/es/secciones/informes/boletines/Boletin_economic/anoactual/yoma2011/art5.pdf).

¹³ HERNÁNDEZ BATALLER (2009).

maniobra ante “los imprevistos de la vida” (paro, divorcios, enfermedades, subida de tipos de interés).

Ante esta situación, auspiciada desde el propio sistema en muchos países, la solución de la exoneración del pasivo pendiente viene a suponer un contrapeso a esta política de estímulo al consumo masivo como mecanismo generador de crecimiento económico. Sin embargo, en España, la concesión abusiva de crédito y el sobreendeudamiento familiar, carece de contrapeso. El consumidor sobreendeudado que deviene insolvente por “imprevistos de la vida” está condenado a la exclusión social, de la mano de la actuación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal. Al margen de la necesidad de adoptar medidas en relación con la educación del consumidor (dentro del sistema educativo obligatorio) y control sobre la concesión abusiva de crédito, la insolvencia de la persona física debe encontrar una urgente respuesta por parte del legislador español, incorporando la exoneración del pasivo pendiente como medida subsidiaria y controlada de protección de la persona física.

A mi juicio, una de las razones que está suponiendo un freno a la instauración de una figura en el ámbito del procedimiento concursal por parte del legislador¹⁴, único competente para hacerlo, es

¹⁴ No han faltado intentos de instaurar esta figura en el Derecho español. El art. 250.2 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (elaborado por el Profesor ROJO) se preveía una solución a la extinción de concurso por inexistencia de bienes y derechos: “En el caso de que transcurran cinco años sin que se hubiera alzado la suspensión del concurso, el Juez, de oficio, pronunciará sentencia declarando extinguidos los créditos concursales en la parte que no hubieran sido satisfechos y concluido el procedimiento”. No se trataba de una exoneración automática que permitiera la recuperación del deudor, pero al menos se concedía una solución. Así mismo, a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LC, no faltaron iniciativas de algunos grupos parlamentarios que plantearon enmiendas con el objeto de establecer una exoneración del pasivo pendiente complementada con un plan de pagos. Se trata de las enmiendas 321 y 322 planteadas por *Convergencia I Unió* en el Senado. Concretamente, la 322 establecía los siguientes requisitos:

“Artículo 178 bis.Exoneración de deudas residuales del deudor persona física.

1.En los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de bienes y derechos del deudor persona física, éste podrá solicitar que se le exonere de las deudas que no hayan sido satisfechas con el producto de la liquidación, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

1º.La sentencia de calificación haya declarado el concurso como fortuito.

2º.El deudor se comprometa a ceder al administrador judicial designado por el juez, el importe de los salarios, sueldos, pensiones, retribuciones o sus equivalentes embargables según lo dispuesto en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante un período de cinco años contado desde la clausura del concurso.

3º.El deudor haya solicitado esta exoneración de las deudas residuales antes de la conclusión de la fase común del concurso.

2.El juez del concurso decidirá mediante auto sobre la petición del deudor, previa audiencia de los acreedores y de la administración judicial. Si el juez concede al deudor la exoneración de las deudas residuales, designará al administrador judicial a quien el deudor ha de realizar los pagos para la

la duda acerca del impacto que tiene tal medida en el mercado crediticio. El temor a una subida generalizada del coste crediticio y una restricción en la concesión del mismo, con la trascendencia que ello puede tener a nivel económico, unido al riesgo de abuso por parte del deudor, constituyen frenos importantes a la hora de plantear seriamente la instauración de esta necesaria medida en nuestro Derecho. El objetivo del presente trabajo es, a la luz de la experiencia estadounidense, analizar el impacto económico que puede tener una medida.

Pues bien, aunque suponga adelantar conclusiones, cabe observar que tal figura constituye una auténtica medida de política económica que sería aconsejable introducir en España y que podría contribuir a la salida de la crisis económica que actualmente nos asola, en la medida en que estimula el espíritu emprendedor¹⁵, tan decisivo para la generación de actividad económica y creación de empleo. Establecer el sistema de exoneración de deudas para la persona física requiere no solo la modificación de una norma (la LC), sino un cambio de filosofía económica e incluso del propio fundamento del concurso de acreedores que dejaría de ser un mero mecanismo de satisfacción de los derechos de los acreedores para pasar a integrar otras finalidades. En las páginas que siguen se tratará de las razones que me llevan a hacer esta afirmación.

satisfacción de los acreedores concursales, fijará la remuneración del administrador y su régimen de actuación.

3. Los efectos de la exoneración se extienden a todos los acreedores concursales. Sin embargo, a solicitud del administrador judicial o de cualquier acreedor concursal, el juez de concurso revocará la exoneración de deudas residuales cuando el deudor incumpliere el compromiso de cesión, o cuando durante dicho período hubiere sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

Se justificó dicha enmienda en los siguientes términos: “Con la adición del último inciso en el apartado 2 del artículo 178, y la inclusión del nuevo artículo 178 bis, se pretende introducir un régimen de exoneración para aquellos concursados personas físicas honestos, en relación con las deudas que no hubieran sido satisfechas con el producto de la liquidación concursal. Se trata pues, de procurar a estos deudores honestos una segunda oportunidad, un *«fresh start»*, como ocurre en otros ordenamientos: así en la regulación estadounidense, en la belga de 1997 y, muy especialmente, en los 286 a 303 de la *«Insolvenzordnung»* alemana”. BOCCG, Senado, VII, Serie II: Proyectos de Ley 9.5.2003. Núm. 120 (Cong. Diputados, Serie A, núm. 101).

Es claro que el legislador es consciente de la carencia que supone la ausencia de un expediente de liberación de deudas. Lo que falta es voluntad legislativa para llevarlo a cabo.

¹⁵ La vinculación entre la regulación concursal y la actividad económica por cuenta propia es analizada por PAIK (2010); ARMOUR y CUMMING (2008, pp. 303 y ss.).

2. La prevalencia del concurso del consumidor en Estados Unidos

La prevalencia del concurso del consumidor sobre la insolvencia empresarial es en Estados Unidos extraordinariamente llamativa¹⁶, superando el 90% del total de concursos, siendo llamativo el contraste si se compara con el porcentaje de concursos empresariales. Tradicionalmente se ha justificado esta prevalencia del concurso del consumidor en la excesiva protección que brinda la legislación americana al deudor persona física. Sin duda esta protección existe. El problema será determinar si esta protección legal se limita a dar solución a la

¹⁶ Annual Business and Non-business Filings by Year (1980-2010).

Año	Concursos totales	Concursos empresas	Concursos consumidor	Porcentaje concursos de consumidor respecto total concursos
1980	331,264	43,694	287,570	86,81%
1981	363,943	48,125	315,818	86,78%
1982	380,251	69,300	310,951	81,78%
1983	348,880	62,436	286,444	82,10%
1984	348,521	64,004	284,517	81,64%
1985	412,510	71,277	341,233	82,72%
1986	530,438	81,235	449,203	84,69%
1987	577,999	82,446	495,553	85,74%
1988	613,465	63,853	549,612	89,59%
1989	679,461	63,235	616,226	90,69%
1990	782,960	64,853	718,107	91,72%
1991	943,987	71,549	872,438	92,42
1992	971,517	70,643	900,874	92,73%
1993	875,202	62,304	812,898	92,88%
1994	832,829	52,374	780,455	93,71%
1995	926,601	51,959	874,642	94,39%
1996	1,178,555	53,549	1,125,006	95,46%
1997	1,404,145	54,027	1,350,118	96,15%
1998	1,442,549	44,367	1,398,182	96,92%
1999	1,319,465	37,884	1,281,581	97,12%
2000	1,253,444	35,472	1,217,972	97,17%
2001	1,492,129	40,099	1,452,030	97,31%
2002	1,577,651	38,540	1,539,111	97,56%
2003	1,660,245	35,037	1,625,208	97,89%
2004	1,597,462	34,317	1,563,145	97,85%
2005	2,078,415	39,201	2,039,214	98,11%
2006	617,660	19,695	597,965	96,81%
2007	850,912	28,322	822,590	96,67%
2008	11,117,771	43,546	1,074,225	96,10%
2009	1,473,675	60,837	1,412,838	95,87%
2010	1,593,081	56,282	1,536,799	96,47%

Fuente:

www.abiworld.org/AM/AMTemplate.cfm?Section=Home&TEMPLATE=/CM/ContentDisplay.cfm&CONTENTID=63164

insolvencia de la persona física o, por el contrario, constituye un estímulo a la declaración de concurso. Hay que dilucidar si, a la luz de la experiencia estadounidense, el exceso de concursos se debe a un sobreendeudamiento excesivo de la persona física que se transforma fácilmente en insolvencia cuando acaecen hechos que no puede controlar o, por el contrario, el proceso concursal o los “beneficios” que establece, generan un abuso del sistema provocando la avalancha de procesos. De hecho este riesgo es el que se teme en España cuando se plantea una reforma de LC.

La protección que brinda la legislación concursal norteamericana a la persona física pivota sobre dos pilares fundamentales: la liberación del pasivo pendiente (*discharge o fresh start*) y la cuantía del patrimonio inembargable (*exemptions*).

La regulación concursal en USA es federal, contenida en el US Code que dedica el Título 11 a los distintos procedimientos concursales. Dicho título 11 es denominado Código de Insolvencia (*US Bankruptcy Code*), y aborda con carácter general la insolvencia de la persona física y la insolvencia de sociedades.

2.1. El *Discharge o Fresh Start*

El deudor persona física que cumpla determinados requisitos a los que posteriormente me referiré, puede acogerse al *discharge*: una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor, el pasivo restante queda exonerado por efecto del fallo judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, éstos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso. De ahí que también se denomine “*fresh start*”, puesto que el deudor puede “volver a empezar”, iniciar una nueva actividad empresarial o profesional con la tranquilidad de que los nuevos ingresos que genere podrán ser utilizados para generar más actividad económica y no serán embargados por los acreedores que no consiguieron cobrar en el procedimiento concursal. El pequeño empresario encuentra aquí un estímulo al inicio de una nueva actividad económica, sin que el fracaso de la anterior le condicione su existencia futura. De ahí, como veremos, la incidencia de la política concursal en los porcentajes de actividad empresarial por cuenta propia en USA.

La liberación del pasivo pendiente constituye el eje fundamental de la política de insolvencia en USA¹⁷, hasta el punto que se ha llegado a decir que una legislación concursal sin *discharge* es inimaginable¹⁸. La finalidad del proceso concursal en Estados Unidos no se centra

¹⁷ Que la liberación de deudas es la pieza clave y sobre el que gira todo el sistema concursal americano es reconocido por la generalidad de la doctrina especializada. DREHER y ROY (1993, p.57): “The most sleeping remedy available to a debtor in bankruptcy is the discharge of the debtor's personal liability to his or her creditors”; JACKSON (1985, p. 1393): “Discharge, the doctrine that frees the debtor's future income from the chains of previous debts, lies at the heart of bankruptcy policy.”; SHUCHMAN (1973, p. 420): “The most significant aspect of [debtors'] bankruptcies is the granting of the discharge, which serves as a legally effective bar to further collection efforts by most creditors”.

¹⁸ TABB (1991, p. 328).

exclusivamente en la satisfacción de los derechos de los acreedores, sino que introduce la rehabilitación del deudor como elemento determinante de toda su política concursal con el objeto de alcanzar la eficiencia económica en la asignación de los riesgos de pérdida relacionada con la falta de pago¹⁹.

Con todo, la instauración de la liberación del pasivo pendiente del deudor insolvente de buena fe fue el resultado de una larga evolución rodeada de importante polémica. Fueron varias las leyes federales concursales promulgadas, algunas con periodos extraordinariamente cortos de vigencia, existiendo largos intermedios entre derogaciones y nueva promulgación de leyes en las que no existió legislación federal vigente²⁰.

Hasta la *Bankruptcy Act* de 1898, la exoneración de deudas debía contar con el consentimiento de los acreedores. Se trataba más bien de una quita en el seno de un convenio, en parecidos términos al vigente en nuestra legislación concursal. No existía pues *discharge* en sentido propio hasta que en 1898 se suprime la necesidad de ese consentimiento por parte de los acreedores. Es en ese momento cuando emerge con identidad propia el expediente de liberación de deudas como figura distinta a la quita. El fundamento de la concesión de tal derecho se justifica en la

¹⁹ HOWARD (1987, p. 1048).

²⁰ Sobre la evolución histórica del “fresh start” en USA, véanse COUNTRYMAN (1982, pp. 809 y ss.) y TABB (1991, pp. 325 y ss.). La primera Ley concursal federal data de 1800, la cual fue muy restrictiva en la medida en que solo afectaba concurso necesario y deudores comerciantes. No existía el *discharge* tal y como lo prevé la legislación vigente, sino que la exoneración del pasivo pendiente debía contar con el acuerdo de las dos terceras partes de los acreedores. El sistema varía notablemente en 1841 donde se altera notablemente todo el planteamiento de la legislación concursal dejando de constituir un instrumento dirigido exclusivamente a la satisfacción de los intereses de los acreedores y se construye el sistema con el objeto de dispensar protección a los deudores fomentando su rehabilitación y permitiéndose por primera vez el concurso voluntario al margen de la consideración del deudor como comerciante o no. Este cambio de planteamiento planteó un importante revuelo doctrinal, hasta el punto de que se llegó a cuestionar la constitucionalidad de la ley, la cual fue derogada en 1843. En esta regulación, la liberación de deudas sigue estando supeditada al consentimiento de un porcentaje de acreedores que pasa de ser de dos tercios, a una mayoría simple. Desde 1843 hasta 1867 deja de haber en USA una legislación concursal federal regulándose de manera independiente por cada estado, normativas en las que no estaba presente el *discharge*. Tras la crisis económica de 1857 y la guerra civil, se vuelve a plantear la necesidad de una regulación concursal a nivel federal y se promulga la *Bankruptcy Act* de 1867 con el objetivo de aliviar la difícil situación de los deudores (“relieve the plight of debtors”). La novedad de esta regulación es la inclusión de una normativa federal en materia de bienes inembargables, compatible con la regulación específica de cada estado. Por su parte, se exige que el deudor haya pagado el 50% de sus deudas para poder acceder a una exoneración del pasivo pendiente, la cual debía ser autorizada por el 50% de los acreedores. La Ley de 1867 fue derogada en 1878 y hasta la *Bankruptcy Act* de 1.7.1898 no existió regulación concursal federal. Será la ley de 1898 la que finalmente eliminó la necesidad del consentimiento de los acreedores para que el deudor se vea liberado del pasivo pendiente. Con todo, la ley de 1898 fue objeto de importantes reformas en 1938 y más profundamente con la *Bankruptcy Reform Act* de 1978.

“honestidad del hombre”²¹. Es su comportamiento honesto y adecuado el que le hace acreedor de tal concesión. Se establece en la legislación federal pues se entiende que el Estado al que pertenezca el deudor es irrelevante, habida cuenta que es su comportamiento adecuado lo único relevante. Aparece, pues, por primera vez la noción de “deudor honesto pero desafortunado” (*honest but unfortunate debtor*) sobre el que gira toda figura de la exoneración de deudas. Su evaluación constituye el punto débil del sistema ya que supone el control frente al abuso, objetivo fundamental de la reciente reforma operada por la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA)* que entró en vigor el 17.10.2005.

Conviene destacar el fundamento del discharge que, desde sus inicios en la ley de 1898, se concibe como un instrumento de política económica²². A pesar de que a priori parece que el sistema absorbe la mala suerte del deudor, particularmente sus acreedores, se entiende que toda la sociedad se beneficia de la liberación del deudor, en tanto, exonerado de su pasivo pendiente, ésta recupera un miembro que puede ser productivo para la sociedad. Es la denominada teoría de la utilidad social o teoría humanitaria²³. Cuando un hombre honesto tiene mala suerte y quiebra financieramente, la sociedad no gana nada manteniéndolo hundido y, sobre todo, ello no beneficia a los acreedores puesto que de igual manera no van a ver satisfechos sus créditos por cuanto la supervivencia de sus derechos de crédito bloquea la capacidad productiva del deudor y por tanto, la posibilidad de cobro por parte de aquéllos²⁴. El sistema nace, pues, con un planteamiento claro: la rehabilitación del deudor honesto, lo cual contrasta con la mayoría de los sistemas europeos en los que como gráficamente se ha señalado “la filosofía anti-deudor prevalece”²⁵. Por el contrario, la política concursal en USA que viene a ser complemento de la política social estatal dirigida a proteger al deudor, a los trabajadores, a la comunidad en su conjunto, evitando que se generen situaciones de exclusión social²⁶. Predomina la idea de que la legislación concursal debe tender a la recuperación económica del deudor y su reintegración en el proceso productivo²⁷.

²¹ Así se justificó en los debates parlamentarios del congreso: “The granting of a discharge is justified by a wise public policy. The granting or withholding of it is dependent upon the honesty of the man, not upon the value of his state” H.R. Rep. Núm. 1228, 54th Cong, 1st Sess.

²² Sobre la función económica de la legislación concursal, véase GEORGAKOPOULUS (2002).

²³ HOWARD (1987, p. 1048).

²⁴ Discurso Henderson, representante de Iowa en el Congreso. Speech of Hon. Dav. Henderson, in the House of Representatives, February 16th, 1898, A National Bankruptcy Law. Cita tomada de TABB (1997, p. 365). Sobre el fundamento del *fresh start*, WARREN (1997, p. 493). GEORGAKOPOULUS (2002, p. 55): “el *Fresh start*, evita la destrucción de la productividad individual, incentivándola”.

²⁵ TABB (1997, p. 370).

²⁶ BLUM (1997, p. 3).

²⁷ El estado de la cuestión es analizado por HOWARD (1987, pp. 107 y ss.); JACKSON (1985, pp. 1403).

El siguiente hito importante en la evolución del sistema concursal americano tiene lugar con la importante reforma operada por la *Bankruptcy Reform Act* de 6.11.1978, motivada entre otras razones, por el incremento de los casos de concurso, particularmente de consumidores, el importante gasto administrativo del proceso, la amplitud con la que se contemplaba el fresh start, la falta de uniformidad en el trato de los deudores, derivado las diferencias existentes entre los distintos Estados en materia de bienes inembargables (*exemptions*)²⁸.

En la reforma de 1978 se introdujeron importantes novedades en el ámbito procesal creando una jurisdicción especial para insolvencia tanto de consumidores como de empresarios, normativa federal en materia de bienes inembargables, compatible con la existente en cada uno de los Estados. Por otro lado, se refunden en dos capítulos la regulación de la insolvencia del consumidor. A través del procedimiento contemplado en el Capítulo 7, el deudor liquidaba todo su patrimonio y se podía beneficiar de la exoneración de deudas al margen del consentimiento de los acreedores y sin exigirse un pago mínimo de pasivo. Por el contrario, para los consumidores que contaban con cierto patrimonio, se crea el Capítulo 13 en el que el deudor conservaba la propiedad de sus bienes, pero tenía que asumir un plan de pagos a medio plazo, plan que debía ser aprobado por el juez. Es el denominado "proceso de reorganización", que retrasaba el acceso al discharge supeditándolo a la ejecución de dicho plan de pagos. Lo llamativo del sistema y un vicio del mismo era que era el propio deudor el que elegía el procedimiento (Capítulo 7 o Capítulo 13) en función de sus posibilidades de ingresos futuros, de manera que se daban casos en los que el deudor acudía al Capítulo 7 cuando en realidad estaba en disposición de llevar a cabo un plan de pagos vía Capítulo 13. Pero el acceso a este procedimiento era voluntario²⁹. Las dos posibilidades se diseñaron en la reforma de 1978, la cual también limitó las deudas que podían ser exoneradas. El objetivo fue tratar de cohonestar intereses de acreedores y deudores, manteniendo el sistema de exoneración, pero al mismo tiempo limitándolo al preverse otro procedimiento alternativo en el Capítulo 13.

Lo cierto es que tras la reforma de 1978, se produjo un incremento notable de casos de declaración de concurso que puso en pie de guerra a la industria crediticia que consideró que el consumidor estaba abusando del sistema, acudiendo a la liquidación del patrimonio y exoneración inmediata de deudas ex Capítulo 7, en supuestos en los que el deudor tendría patrimonio y expectativas suficientes para acudir al procedimiento del Capítulo 13. Se pretende que el deudor pase un "*means test*" por virtud del cual se le autorice a acudir al procedimiento de exoneración del Capítulo 7. Claro que ese control introducía un factor de discrecionalidad judicial inadmisibles y de ahí que se pretendiera objetivar lo máximo posible, tal y como estableció la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA)* que entró en vigor el 17.10. 2005, norma que analizaré posteriormente al tratar del riesgo de abuso del sistema por parte del consumidor.

²⁸ POSER (1997, p. 68).

²⁹ TABB (1995, p. 32).

En definitiva, la existencia del discharge, resultado de larga evolución que se acaba de exponer, supone una solución para el tratamiento de la insolvencia de la persona física que justifica el alto número de concursos en Estados Unidos. El procedimiento concursal es utilizado porque ofrece una solución. Ahora bien, lo que no está tan claro es si el sistema favorece la insolvencia del consumidor además de darle una solución. Es decir, el hecho de que el deudor tenga la posibilidad de exonerarse de las deudas pendientes ¿favorece el sobreendeudamiento del mismo? Sobreendeudamiento irresponsable va estrechamente unido a concesión irresponsable de crédito. La cuestión que está por determinar es si la limitación al principio de responsabilidad patrimonial universal que supone la liberación de deudas, supone o no un instrumento para controlar la concesión abusiva de crédito en tanto que el acreedor debe medir la solvencia del deudor al concederle crédito³⁰, dado que de lo contrario puede verse afectado por la exoneración o discharge.

Lo que es un hecho incontestable es que el sobreendeudamiento de los particulares en USA no ha parado de crecer en los últimos años³¹, a la par que el tremendo incremento de declaraciones de insolvencia, el cual ha sido progresivo al margen de la coyuntura económica, es decir, no se han producido incrementos solo en época de crisis económica, sino que también se han producido en época de bonanza. El aumento ha sido progresivo y constante, salvo un ligero punto de inflexión en los años 2006 y 2007, fruto de la reforma 2005, pero tal disminución concluye en 2008 donde vuelven a aumentar los concursos de forma espectacular, influido este aumento probablemente por la vigente crisis financiera mundial.

Y es que hay que tener presente que en USA hay una escasa cobertura social³². El sobreendeudamiento de los particulares no puede adjudicarse a un consumismo excesivo o exceso de gasto. Necesidades básicas como la educación y la sanidad carecen de cobertura social, teniendo los particulares que acudir al mercado crediticio para atender necesidades fundamentales. De ahí que se haya dicho que la generosidad de la legislación concursal estadounidense compensa el escaso nivel de asistencia social que brinda el Estado, constituyendo aquélla una parte importante de la red de seguridad social³³. La inestabilidad laboral junto con los problemas de salud viene a ser una de las causas más importantes de insolvencia de los particulares³⁴.

³⁰ Para JACKSON (1989, p. 249) existe tal vinculación.

³¹ Datos disponibles en <http://www.federalreserve.gov/releases/g19/hist>. De una cifra en diciembre de 1980 de 180215,00 (miles de millones de dólares) a la correspondiente a marzo de 2011: 1057810,21.

³² Esta conexión entre la legislación concursal y cobertura social es analizada por PULGAR EZQUERRA (2008, pp. 43 y ss.).

³³ LAWLESS y WARREN (2006).

³⁴ SULLIVAN, WARREN y WESTBROOK (1989, p.166); y JACOBY (2003, pp. 283 y ss.).

Son muchos los esfuerzos doctrinales tendentes a tratar de explicar las altas estadísticas del concurso de particulares y, particularmente, las de su sobreendeudamiento. La teoría del consumo excesivo se ha considerado un mito que no responde a la realidad³⁵. En ausencia de un auténtico Estado social, de mecanismos de protección estatal, en USA se traslada al mercado a través del discharge, las consecuencias de la imposibilidad que tiene el ciudadano de atender necesidades básicas con sus propios recursos. La legislación concursal vendría a cumplir también una finalidad social asegurativa³⁶.

2.2. Patrimonio inembargable: *Exemptions*

Otra manifestación del favor debitoris que inspira el derecho estadounidense es la normativa generosa respecto al patrimonio inembargable³⁷. No todos los bienes del deudor pueden ser liquidados en el proceso concursal. Los tipos de bienes que quedan exentos están explicitados en la regulación federal (§ 522 título 11 USC), pero cada Estado de la unión tiene autonomía legislativa para ampliar el elenco de bienes exentos. Por eso, Estados con una mayor cantidad de bienes exentos son más atractivos para los pequeños empresarios³⁸. Ello provoca también el

Estadísticas sobre perfil de personas declaradas en concurso y sus perfiles, pueden consultarse en content.healthaffairs.org/content/early/2005/02/02/hlthaff.w5.63.short. Véase HIMMELSTEIN, WARREN, THORNE y WOOLHANDLER (2005).

³⁵ WARREN y WARREN (2003, pp. 15 y ss.) en donde abordan lo que denominan “the over-consumption myth”. El alto coste de bienes esenciales como la vivienda, la salud y la educación, hacen a las familias especialmente vulnerables por cuanto tienen que recurrir al sobreendeudamiento para cubrir necesidades básicas. De ahí que las deudas hipotecarias que pesan sobre la vivienda familiar no se originan solo para lograr un capital que permita el acceso a la misma, sino que para cubrir necesidades de salud y educación, muchas familias se ven obligadas a gravar con hipoteca su vivienda familiar. El aumento de deuda hipotecaria ha exigido que los dos cónyuges tengan que realizar actividades laborales, por lo que si uno de ellos perdía el trabajo, los ingresos del otro no pueden afrontar el sobreendeudamiento generado. Es lo que se denomina “la trampa de los dos ingresos”. Creo que estas consideraciones sociológicas son perfectamente extrapolables a la realidad española: las familias se han sobreendeudado en función de dos ingresos, por lo que la pérdida de uno de ellos genera insolvencia porque el aumento del gasto es proporcional al del ingreso, sin margen de ahorro.

³⁶ FEIBELMAN (2005, p. 180).

³⁷ Aunque la Constitución americana de 1789 concedía al Congreso la competencia en materia concursal, la misma no fue ejercitada hasta el año 1800, siendo en realidad la *Bankruptcy Act* de 1898, la regulación más estable en materia concursal, dado que las regulaciones anteriores de 1800, 1841 y 1874 fueron derogadas poco después de su aprobación. Hasta dicha fecha, la regulación en materia de derecho de obligaciones era diferente en cada Estado y, particularmente, lo referente a los bienes que responden del incumplimiento de las obligaciones del deudor. Esta diversidad en materia de bienes inembargables se mantuvo tras la aprobación de la ley federal. SULLIVAN, WARREN, WESTBROOK (1989, p. 27).

³⁸ WHITE y BERCOWITZ (2004, pp. 69-84).

llamado “forumshopping”³⁹, dado que las ventajas que se pueden obtener en cada Estado son distintas en función de las denominadas “exemptions”. Illinois, por ejemplo, es el Estado con menos exenciones. Hay que tener presente que las exenciones afectan a los créditos no garantizados, particularmente, deudas de tarjetas de crédito y préstamos al consumo. Es en este tipo de créditos en los que el acreedor encuentra como límite las exenciones propias de cada Estado. Estos límites no afectan a los créditos garantizados, por ejemplo, con hipoteca. De ahí que no sea infrecuente la práctica de algunos consumidores que abonan parte del préstamo hipotecario recurriendo a las tarjetas de crédito⁴⁰. De esta forma, convierten una deuda no afectada por el discharge en una que sí se podría beneficiar potencialmente del mismo.

Dentro de los bienes exentos, destaca la inembargabilidad total de la vivienda familiar (homestead exemption) En siete Estados la vivienda familiar es totalmente inembargable: Arkansas, Florida, Iowa, Kansas, Minnesota, Oklahoma y Texas. En otros Estados la exención por vivienda familiar (Homestead exemption) es parcial, de manera que los acreedores puede ejecutarla, pero del dinero que obtengan tras la ejecución, deberán darle una cantidad al deudor. En muchos Estados estas exenciones superan los 100.000 dólares.

El nivel de bienes inembargable tiene una importante incidencia en la actividad económica de cada Estado, hasta el punto que resulta determinante para fijar el lugar de residencia y de realización de actividad económica. En Estados en los que hay una exención total de la vivienda familiar, el número de propietarios que tiene su propio negocio es un 35% superior respecto de Estados en los que no existe tal nivel de protección⁴¹. Ello pone de manifiesto que un alto nivel de protección en el ámbito de la insolvencia de los particulares, potencia la actividad económica y, concretamente, la actuación en nombre propio. Estos cambios de comportamiento se observan en empresarios individuales y no se detectan en empresarios que actúan a través de persona jurídica. Obviamente, porque estos últimos no responden personalmente de las deudas de la sociedad. El nivel de bienes exentos o inembargables afecta también a la forma en la que se lleva a cabo la actividad empresarial. Si hay altos niveles de exención, el porcentaje de empresarios individuales es un 37% superior que en Estados en los que el nivel de exención es menor y actúan a través del mecanismo societario⁴².

³⁹ Para evitar este efecto, entre otras medidas, la reforma de la LC operada en 2005 estableció que al deudor que cambió su domicilio a otro Estado en los dos años anteriores a la declaración de concurso le serán de aplicación las *exemptions* correspondientes al Estado en el que residió los 180 días antes del inicio del periodo bienal, PAIK (2010, p. 9).

⁴⁰ GROPP, SCHOLZ y WHITE (1997, pp. 223).

⁴¹ Datos extraídos del informe gubernamental: *Survey on Income and Program Participation*. Esta correlación ha sido puesta de manifiesto por WHITE y BERCOVITZ (2004, p. 3) y FAN y WHITE (2003, pp. 543-567).

⁴² FAN WEI y WHITE (2010).

Como contrapartida, un nivel alto de exención o bienes inembargables incide de manera notable en las dificultades para acceder al mercado crediticio y es polémica la implicación en el aumento de declaraciones de concurso⁴³. Las posibilidades de que un empresario individual vea denegada su solicitud de préstamo es un 40% superior que en Estados con un nivel menor de bienes inembargables⁴⁴. Así mismo, hay que destacar que las empresas societarias ven rechazado su solicitud de préstamo un 30% más en Estados con un alto nivel de bienes exentos. Obviamente, esta circunstancia no debiera afectar a las empresas societarias, pero el dato pone de manifiesto que el porcentaje de rechazo de crédito en dichos Estados es similar para empresarios individuales que para empresas societarias⁴⁵.

Ello evidencia la trascendencia de la protección de la persona física desde el punto de vista de los límites de su responsabilidad patrimonial (*exemptions* y *discharge*) en el ámbito económico, hasta el punto que se ha llegado a decir que una política limitativa en este punto, como la llevada a cabo por la BAPCPA, provoca restricciones en la toma de decisión de la población acerca del inicio de una nueva actividad empresarial, en la medida en que los riesgos que se asumen son mayores pues hay que tener en cuenta que, a diferencia del *discharge*, la inembargabilidad no se determina en función de la conducta del deudor. Pero por otro lado, un trato menos favorable respecto de la persona física insolvente tiene como contrapartida una mayor facilidad a la hora de acceder al crédito en la medida en que los acreedores asumen menos riesgos. Se ha considerado que la mejora en la accesibilidad al crédito no compensa el efecto negativo del freno a la proliferación de actividad económica que tiene un mayor impacto en cuanto a que afecta a la creación de puestos de trabajo⁴⁶.

3. Rasgos generales de la regulación de la liberación de deudas o Discharge

Dentro del Título 11 del *U.S.Code*, la persona física puede optar por cuatro procedimientos: Capítulo 7 (liquidación), Capítulo 11 (reorganización), Capítulo 12 (explotación agraria o pesquera familiar) y Capítulo 13 (personas físicas con ingresos regulares). En la práctica, los procedimientos más utilizados son realmente dos: Capítulo 7 y 13. Cualquiera que sea la vía utilizada, la declaración de concurso provoca la paralización de las ejecuciones individuales, incluso aquellas que son consecuencia de un crédito con garantía real. No hay distinciones al

⁴³ Son múltiples los estudios realizados acerca de la incidencia de los niveles de bienes inembargables y las estadísticas de declaración de concursos. Expone las distintas posiciones EDMISTON (2006, p. 58).

⁴⁴ WHITE y BERKOWITZ (2004, pp. 69-84).

⁴⁵ WHITE y BERKOWITZ (2004, p.80); GROPP, SCHOLZ y WHITE (1997, p.223). El distinto nivel de bienes inembargables tiene efecto en el coste del crédito. Estados con un nivel inferior de bienes inembargables tiene un coste crediticio superior. FEIBELMAN (2005, p. 67). También se observa una mayor incidencia en la declaración de concurso en Estados en los que el nivel de bienes inembargables es mayor, particularmente sobre la vivienda familiar. Véase AGARWAL, LIU y MIELNICKI (2003, p. 284).

⁴⁶ WHITE y BERKOWITZ (2004, pp. 69-84).

respecto en función de los bienes sobre los que recaigan, a diferencia de lo que sucede en los arts. 55 y 56 de nuestra LC.

Si el deudor opta por el procedimiento del Capítulo 7, se procede a la liquidación de su patrimonio no exento y el pasivo pendiente queda exonerado (salvo determinadas deudas que no se liberan) de manera automática. El único requisito que deben cumplir las personas que opten por este procedimiento es recibir un asesoramiento crediticio en los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

Uno de los riesgos más importantes que presenta el *discharge* es el establecimiento de medidas de control que eviten el abuso del deudor. Este control se realiza por varias vías. Por un lado, declarando no exonerables determinadas deudas que denotan una actitud fraudulenta por parte del deudor⁴⁷ o incluso por conductas que nada tienen que ver con la actuación financiera del deudor pero que denotan un comportamiento antisocial que no merecen ser exoneradas⁴⁸, cumpliendo el proceso concursal un función moralizadora⁴⁹. Determinadas conductas del deudor pueden provocar la conversión del procedimiento del Capítulo 7 en el 13⁵⁰ (sobre todo producidas tras el inicio del procedimiento judicial) o le impiden directamente acudir al procedimiento del Capítulo 7, aportar información financiera falsa, distraer activo, incluir pasivos inexistentes, falta de colaboración en el procedimiento judicial, haber sido condenado por sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública⁵¹.

Los acreedores pueden oponerse al *discharge*, entre otras razones, probando la conducta fraudulenta del deudor⁵². Admitida la misma, el deudor no podrá exonerar sus deudas. Cosa distinta es que un acreedor se oponga a la exoneración del derecho que ostenta contra el deudor, lo cual, si es admitido, solo afectará al acreedor solicitante.

El riesgo de abuso se centra básicamente en la constatación de la insolvencia y, como veremos, este es uno de los extremos afectados por la reforma 2005, que a través del test de medios (*means*

⁴⁷ MORINGIELLO (2011, p. 25).

⁴⁸ Obligaciones de indemnización por lesionar intencionadamente a otra persona, daños causados por conducción de vehículos de motor siempre que se demuestre que los causó por estar bajo sustancias tóxicas. § 523 (A) USCode.

⁴⁹ HOWARD (1987, p. 1052).

⁵⁰ Title 11, Chapter 7, Subchapter II, § 707.

⁵¹ Title 11, Chapter 7, Subchapter II, § 727.

⁵² Title 11, Chapter 7, Subchapter II § 523. Conductas como firmar cheques sin fondos, aportar información falsa en la solicitud de crédito, superar determinados límites de gasto en tarjeta de crédito, actuar con identidad falsa o por medio de testafierros.

test) trata de evitar que se acojan a la exoneración deudores que tienen medios para acogerse a un plan de pagos.

Ahora bien, un déficit importante del sistema es el de no tener presente la responsabilidad del deudor al incurrir en sobreendeudamiento. No hay obstáculo legal a que sea honesto el deudor que se sobreendeuda y después deviene en estado de insolvencia por circunstancias que no puede controlar (paro, divorcios). El comportamiento imprudente en el acceso al crédito no impediría el acceso al *discharge*⁵³, introduciendo la ley un *elemento paternalista* verdaderamente discutible que trata de contrarrestar la agresividad del mercado crediticio.

Ahora bien, siendo esto así, veremos que el sistema americano está construido sobre la expansión del crédito al consumo y el comportamiento del acreedor a la hora de valorar el riesgo crediticio debe ser tenido en cuenta. En este punto, la exoneración de deudas podría ser el contrapunto que compense la concesión abusiva de crédito. El acreedor debe medir el nivel de sobreendeudamiento del deudor y si, no obstante, concede crédito, el *discharge* actúa como contrapeso.

A mi juicio, el comportamiento preconcursal del deudor a la hora de asumir obligaciones debería valorarse a la hora de enjuiciar su buena fe⁵⁴. De lo contrario, la imprudencia, la imprevisión no tienen sanción aunque la insolvencia obedezca a razones imprevisibles. Siendo realistas, si el sobreendeudamiento activo auspiciado por el sistema con la privatización de servicios básicos impidiera el *discharge*, ello podría tener impacto en la ralentización del crédito al consumo, algo que se quiere evitar a toda costa, habida cuenta de su impacto en el crecimiento económico del país.

La idea de que una persona con un endeudamiento excesivo no sólo debe asumir la responsabilidad de sus "culpas" (pagando, en principio, todas las deudas que contrajo), sino que simultáneamente debe ser ayudada y reeducada, siempre que la situación en que se puso no hubiese sido en modo alguno intencionada, sino que fue debida a circunstancias que no podía prever o controlar.

El porcentaje de procedimientos del Capítulo 7 en los que el deudor es persona física y se liquidan bienes en beneficio de sus acreedores es menos del 5%. El resto son procedimientos considerados sin activos⁵⁵. Por lo tanto, si un deudor sin activos acude al procedimiento del

⁵³ BAIRD (2006, p. 25), JACKSON (1985, p. 1404), ZEIGREL (1989, p. 895) y DREHER y ROY (1993, pp. 56 y ss.).

⁵⁴ Así lo ha puesto de relieve ZYWICKI (2000, p. 1541). Véase gráfica sobre la evolución de los tipos de interés antes y después de la reforma 2005 en: <http://ssrn.com/abstract=1157158>, p. 14.

Antes las dificultades financieras de los particulares se resolvían con el control del gasto y la política de ahorro. Ahora se resuelven declarándose en concurso.

⁵⁵ JACOBY (2009, p. 391).

Capítulo 7, en el caso de que sea considerado honesto, verá exonerado el pasivo pendiente, salvo en las deudas que están exceptuadas del *discharge*⁵⁶, como por ejemplo, las deudas garantizadas. Obsérvese que la exoneración no se hace depender en ningún caso de un intento de acuerdo o de un plan de pagos. Es automática si se producen los requisitos legales y el deudor no tiene patrimonio embargable. Es la versión más agresiva, a mi juicio, de la liberación del pasivo pendiente y, por ello, extremadamente utilizada⁵⁷.

Las créditos garantizados se ejecutan salvo que el deudor llegue a algún acuerdo con el acreedor (*reaffirmations*). Ahora bien, si la ejecución de la garantía real no es suficiente para el pago de la deuda, el remanente quedaría exonerado⁵⁸. El deudor no puede solicitar una nueva exoneración hasta que no hayan transcurrido al menos 8 años⁵⁹.

El procedimiento contemplado en el Capítulo 13 o de reorganización consiste en la elaboración de un plan de pagos. Acceden a este procedimiento personas naturales con ingresos regulares y un pasivo limitado. La exoneración de deudas queda supeditada al cumplimiento de un plan de pagos que se llevará a cabo en 3 ó 5 años. No se lleva a cabo en este procedimiento la liquidación del patrimonio del deudor. Durante la vigencia del plan, subsiste la suspensión de las ejecuciones individuales y las que gocen de garantía real solo pueden llevarse a cabo con autorización judicial. Se debe garantizar a través de este plan de pagos que los acreedores recibirán como mínimo lo que obtendrían de haber liquidado el patrimonio si se hubiera acudido al Capítulo 7. Este procedimiento evita que se ejecute el patrimonio del deudor y este conserve los bienes no exentos, a cambio de comprometer sus ingresos futuros al cumplimiento del plan. Cumplido el plan de pagos, se produce la exoneración del pasivo pendiente (Tit. 11 Cap. 3, § 1328 U.S.Code). La utilidad de este procedimiento para el deudor radica en que los acreedores que se ven afectados por el mismo no son sólo, como en el capítulo 7, los no garantizados, sino también los asegurados con cualquier garantía real. Y precisamente esta es la razón por la que los particulares acuden a este procedimiento⁶⁰: resolver los problemas asociados a los créditos hipotecarios o a

⁵⁶ Contempladas en el Título 11, Capítulo 5 & 523. Así, por ejemplo, no se pueden liberar refinanciaciones de deuda como extensión de crédito al consumo que sumen más de 750 dólares y se hayan realizado en los 70 días anteriores a la declaración de concurso. (apartado 2C), préstamos a estudiantes (apartado 8), pensiones por alimentos a hijos y excónyuge resultado de un procedimiento de separación o divorcio.

⁵⁷ Los datos relativos al año 2010 son extraordinariamente reveladores. De un total de 1.593,081 concursos en 2010, 1.536,799, lo fueron de particulares, de los cuales, 1.100,116 se resolvieron por el procedimiento del Capítulo 7:

www.scuramealey.com/blog/2011/02/office-of-us-courts-statistics-on-2010-bankruptcy-filings-in-each-chapter.shtml

⁵⁸ JACOBY (2009, p. 389).

⁵⁹ Title 11, Chapter 7, Subchapter II § 727. A) 8).

⁶⁰ Para acceder al procedimiento del Capítulo 13 deben cumplirse determinados requisitos señalados en & 109, Tit. 11 USCode. Puede tratarse de un particular, empresario o no, si su pasivo no excede de \$360,475 en deudas no

los préstamos para la adquisición de coches⁶¹. Obsérvese que el plan de pagos se impone a los acreedores con garantía real que no deben prestar su consentimiento, lo cual constituye otro rasgo al favor de los deudores que impregna toda la regulación norteamericana.

Aparentemente el procedimiento del Capítulo 13 beneficia más a los acreedores, pero de hecho, no consiguen cobrar con los ingresos futuros del deudor más que una pequeña parte de la deuda, operando finalmente el discharge.

De esta somera descripción del régimen se aprecia la extraordinaria protección del deudor persona física, particularmente si acude al procedimiento del Capítulo 7. Inicialmente, el deudor elegía libremente entre el Capítulo 7 y 13, lo cual provocó que el mercado crediticio considerara que se estaba abusando del sistema, pues deudores que cumplirían los requisitos para aceptar un plan de pagos por la vía del Capítulo 13, estaban acudiendo indiscriminadamente al proceso del Capítulo 7, en definitiva, que el consumidor estaba abusando del sistema.

4. El riesgo de abuso del consumidor: la reforma operada por la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA) de 2005. Un punto de inflexión en la política americana en materia de insolvencia

Una de las razones de la reticencia en España a instaurar un sistema de exoneración de deudas es precisamente el temor a un abuso en el acceso de este remedio por parte de la persona física, el cual podría desestabilizar al sistema financiero⁶². El análisis de la experiencia estadounidense en este terreno es, a mi juicio, especialmente relevante. ¿Estimula el *fresh start* un sobreendeudamiento irresponsable de los particulares y un abuso por parte de los mismos de este remedio?

Las estadísticas de concursos de persona física en USA parecían revelar que tal abuso se estaba produciendo, pues no paraban de crecer progresivamente los números de insolvencias al margen de la coyuntura económica. Se pasa de 287 concursos en el año 1980 a 1.563.111 en el año 2004⁶³. El incremento no se interrumpía ni siquiera en época de bonanza económica.

garantizadas y respecto de las que sí lo están, no puede exceder de \$1,081,400, cantidades que se actualizan cada año con el incremento del coste de la vida. Es necesario que el deudor reciba un asesoramiento financiero en los 180 días anteriores a la declaración de concurso (claro que este requisito es exigible a cualquier deudor al margen del procedimiento que escoja).

⁶¹ JACOBY (2009, p. 393).

⁶² JIMENEZ PARIS (2010). Advierte también del importante impacto en el mercado crediticio, RUBIO VICENTE (2011, p. 245).

⁶³ En el año 2004 se produjeron 1.562,521 concursos y en el año 2005 se llega a los 2.039,214, aumentando un 31 por ciento (www.abiworld.org American Bankruptcy Institute). En las dos semanas anteriores a la entrada en vigor

El diagnóstico, a juicio de las entidades financieras, era claro: se está produciendo un abuso del sistema por parte de las personas físicas. Para ello impulsan la reforma del régimen vigente que se concretó en la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* aprobada en 2005. El abuso por parte del consumidor se erigió en argumento central de la reforma, sin tener en cuenta, que el incremento de las declaraciones de concurso fue paralelo al incremento brutal y progresivo del crédito al consumo⁶⁴.

Las limitaciones que se impusieron en la reforma para el acceso al procedimiento concursal fueron importantes⁶⁵. Para que pueda ser aceptada la solicitud, el consumidor está obligado a pasar por un asesoramiento crediticio dentro de los 180 días precedentes a la fecha de solicitud de concurso (Tít. 11, § 111 U.S.Code). El asesoramiento crediticio debe haber sido proporcionado por un asesor de una lista que aprueba el Ministerio de Justicia estadounidense. Puede llevarse a cabo a través de Internet y los proveedores de esos servicios aseguran que viene a durar unos 20 minutos y tiene un coste de unos 50 dólares⁶⁶. Sin el certificado del asesoramiento crediticio, el consumidor no puede acceder al procedimiento concursal. Este aspecto relativo a la educación del consumidor, a mi juicio, es esencial en todos los ordenamientos, si bien para que resulte efectivo, no basta que se lleve a cabo con carácter previo a la declaración de concurso, ni constituir un mero trámite como parece que es en lo que se ha convertido en USA con el objeto de asesorar al deudor sobre el procedimiento que debe escoger. El deber de informar al consumidor y el conocimiento de elementos básicos del sistema crediticio por parte del mismo sólo puede conseguirse de manera efectiva si se inserta esta materia en el sistema educativo⁶⁷, en el ámbito de la enseñanza obligatoria.

No obstante, en USA además del asesoramiento previo, el deudor que se ha beneficiado de una exoneración de deudas debe también llevar a cabo con posterioridad al proceso concursal, un curso de educación financiera que deberá certificar una agencia de asesoramiento crediticio acreditada. Estos cursos deben ser financiados por el deudor y tienen un coste aproximado entre 50 y 100 dólares⁶⁸. Si el deudor no lleva a cabo el asesoramiento crediticio que le impone la ley,

de la ley, 600 deudores se declararon en concurso, lo cual supuso un notable incremento si se tiene en cuenta que usualmente eran 30 las declaraciones de concurso semanales. MIRZA (2005).

⁶⁴ LAWLESS (2006).

⁶⁵ HOUSTON BROWN (2005, pp. 419 y ss.)

⁶⁶ LAWLESS (2008, p. 108).

⁶⁷ En este sentido, BLOCK-LIEB S y JANGER (2006, p. 1.561).

⁶⁸ En materia de asesoramiento crediticio en USA, véase el informe llevado a cabo por la Subcomisión permanente de Investigaciones de la Comisión de Seguridad Nacional y Asuntos Gubernamentales del Senado de Estados Unidos, *Profiteering in a non-profit industry: abusive practices in credit counseling*, disponible en frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/useftp.cgi?IPaddress=162.140.64.88&filename=sr055.pdf&directory=/diskb/wais/data/109_cong_reports.

pierde el derecho a liberar el pasivo pendiente, al margen de las circunstancias del caso concurrentes.

El aspecto, quizá, más relevante de la reforma es la restricción al acceso al remedio del Capítulo 7 exigiendo una evaluación previa o “means test” por el que se verifique que el deudor realmente no puede asumir un plan de pagos y, por lo tanto, reduciendo el acceso directo al procedimiento del capítulo 7 que opera, como se ha señalado, de manera automática el *discharge*. Se trata de una compleja fórmula que somete a prueba la capacidad patrimonial del consumidor para el pago de sus deudas (§ 707 U.S.Code). Si el deudor no supera el “means test”, entonces deberá solicitar el concurso por el Capítulo 13, en lugar de escoger el del Capítulo 7. Este test de recursos trata de verificar si el deudor tiene ingresos por encima o por debajo de la media para las unidades familiares de las mismas características del estado del deudor. Si el deudor está por debajo de la media, podrá acudir al procedimiento del Capítulo 7. Si se supera ese límite, se procede a determinar si tiene ingresos disponibles suficientes para justificar un plan del Capítulo 13⁶⁹. Si es así, la solicitud directa al Capítulo 7 se presume abusiva y se le remite al proceso del Capítulo 13. El sistema se ha complicado sobremanera⁷⁰ y sobre todo, ha aumentado escandalosamente los costes del procedimiento⁷¹.

Por otro lado, el abogado tiene la responsabilidad de que los informes del patrimonio y deudas del deudor sean correctos. De no llevar a cabo esta verificación el abogado puede ser sancionado e, incluso, obligado a abonar las costas del proceso. También se imponen auditorías aleatorias sobre la información proporcionada por el deudor en la solicitud de concurso. Este aumento de responsabilidad del abogado, así como la verificación del means test y el asesoramiento crediticio han provocado un aumento de costes del procedimiento. De costar de 800-1.400 dólares, ha pasado a costar entre 2.500 y 3.500 dólares⁷².

Todo ello se llevó a cabo con el objeto de provocar un notable descenso en las declaraciones de concurso. Pues bien, tal reducción de solicitudes se produjo de manera espectacular en el año 2006 alcanzando el 70%. Se pasa de 2.039.214 solicitudes a tan solo 597.965 en todo el año 2006. Sin embargo, tal descenso no se prolonga en el tiempo y pareció deberse a la inexperiencia del mercado respecto de los nuevos parámetros que marcaba la ley⁷³. En el año 2007 se incrementan de nuevo las solicitudes de concurso en un 31% respecto al año 2006, alcanzándose la cifra de

⁶⁹ Tit. 11 & 707 U.S. Code.

⁷⁰ GROSS, HEIDT y LUPICA (2006). Sobre la forma de llevar a cabo el “means test” véase ÁLVAREZ RUBIO (2008, pp. 242 y ss.).

⁷¹ JACOBY (2009, pp. 115-121).

⁷² PAIK (2010, p. 10).

⁷³ MIRZA (2005, p. 3).

822.590 concursos, cifra que se incrementa en el año 2008 hasta 1.046,548 concursos (un 32% respecto 2007) y en año 2010 alcanza la cifra de 1.536.799, ascenso justificado también por la actual crisis económica.

Hay que destacar el dato de que tanto antes de la reforma como después de su entrada en vigor, el 70% de los concursos de persona física se tramitan conforme al Capítulo 7, es decir, acogiéndose al discharge sin plan de pagos, por lo que no se ha conseguido el objetivo de reducir los deudores que se acogen a este remedio, quizá porque el presunto abuso que del mismo se decía se había producido, era mas aparente que real. Tampoco la reforma ha alterado la dinámica iniciada con anterioridad de la absoluta prevalencia del concurso del consumidor frente al concurso empresarial. En el año 2010, el 96,47 % de los concursos lo son del consumidor. Y es que el exceso de concursos no necesariamente tenía por causa la regulación concursal, sino más bien el sobreendeudamiento y la insolvencia de los particulares. De hecho, el crecimiento de los concurso fue paralelo al del crédito al consumo⁷⁴. Como se ha señalado, “culpar al sistema concursal por las solicitudes de concurso es como culpar a los hospitales de las enfermedades graves. Implica mezclar la causa (dificultades financieras) con su tratamiento (el procedimiento concursal)”⁷⁵. Ello a diferencia de lo que sucede en España, donde la insolvencia de los particulares es extraordinaria y los procedimientos concursales ridículos. Aquí sí tiene la culpa la lamentable regulación concursal en tanto que no ofrece ninguna solución a la insolvencia de la persona física. En USA el proceso concursal sí ofrece una solución y por eso se utiliza, pero ello no significa que esta circunstancia provoque las situaciones de insolvencia. El sobreendeudamiento facilita que se produzcan situaciones de insolvencia que el proceso concursal en USA resuelve de forma efectiva. En España, el excesivo sobreendeudamiento de la persona física también facilita las situaciones de insolvencia, pero el proceso concursal no las resuelve y, por eso, no se utiliza. Se trata, pues, de dos cuestiones distintas. La reforma en España de la legislación concursal en la dirección seguida en USA, provocaría un aumento de concursos, sin duda, pero porque previamente hay situaciones de insolvencia. Lo criticable es que exista en España situaciones de insolvencia que no reciben respuesta en la legislación concursal. En este caso, el fallo se encuentra en ésta.

En USA, el hecho de que la reducción de concursos no se haya producido tras la restricción de la regulación, pone de relieve que el origen del problema está básicamente en las dificultades financieras de los particulares generadas en gran parte por un excesivamente generoso mercado crediticio (tesis mantenida por los denominados “sociólogos del derecho”)⁷⁶ y que no era tanto el abuso que se decía que del procedimiento estaban haciendo los particulares (tesis de los economistas que veían en la legislación concursal el origen del exceso de concursos)⁷⁷. Es

⁷⁴ LAWLESS y WARREN (2006).

⁷⁵ LAWLESS (2008, p. 110).

⁷⁶ POTTOW (2007, pp. 405-466) y PORTER (2008).

⁷⁷ BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1496).

evidente, que no es posible identificar una única causa en el origen del escandaloso número de concursos y que la bondadosa legislación concursal incide también en dicho efecto, en tanto que ofrece una solución a la insolvencia del deudor, pero los datos ponen de relieve esta circunstancia no es la más relevante, aunque sin duda afecta. Parece, pues, que presiones del sistema financiero (con su teoría económica) son las que terminaron provocando la reforma, las mismas que en España están impidiendo que el *fresh start* se regule⁷⁸.

Por otro lado, se ha evidenciado que tal reforma que restringe el acceso a la liberación de deudas ha tenido un impacto negativo y ha agudizado de manera notable la actual crisis financiera. El hecho de que se disminuya el número de deudas que pueden ser liberadas, ha provocado según se ha señalado, que el deudor concentre sus recursos en el mercado hipotecario⁷⁹. Con todo, merece la pena llamar la atención sobre las críticas que recibió la reforma 2005 restringiendo el acceso al *discharge* y el negativo impacto económico que ha tenido, al romperse una pieza del sistema concursal tan importante para la salida de la actual crisis⁸⁰. De hecho, se ha evidenciado una reducción notable de la actividad económica por cuenta propia⁸¹, a pesar de que las restricciones al acceso del *discharge* derivadas del *means test* no afectan a pequeños empresarios cuyas deudas sean mayoritariamente empresariales. Tales restricciones afectan fundamentalmente a las deudas derivadas del crédito al consumo. Sin embargo, como se ha señalado, en la práctica, tal distinción es difícil de delimitar en la práctica, puesto que en una economía familiar las deudas empresariales están entremezcladas con las deudas personales⁸².

El hecho de que tras la restrictiva reforma de 2005 no se haya producido un descenso en el número de concursos (aunque hay que tener en cuenta que la fecha prácticamente ha coincidido con el inicio de la actual crisis financiera) pone de relieve que la causas de las cifras concursales había que buscarlas sobre todo en el extraordinario sobreendeudamiento⁸³ de los particulares provocado en parte por la escasa protección social estatal y por el propio diseño del mercado

⁷⁸ Sobre las razones políticas que animaron el cambio legislativo y la presión del sistema financiero en contra del *discharge* véase. WARREN (2004) y (2002); y MARKELL (2001).

⁷⁹ MORGAN, IVERSON y BOTSCH (2008).

⁸⁰ JACOBY (2009, p. 120).

⁸¹ PAIK (2010, p. 8).

⁸² PAIK (2010, p. 8).

⁸³ Sin embargo, los datos han puesto de relieve (LAWLESS, 2007, p. 370) el paradójico efecto del crédito al consumo sobre las declaraciones de concurso, observándose que incrementos de endeudamiento se asocian con descensos a corto plazo de declaraciones de concurso. Tal efecto parece justificarse en el recurso al crédito para evitar la declaración de insolvencia. Por ello, una restricción del acceso al crédito puede provocar un “efecto rebote” de incremento de casos de declaración de concurso a corto plazo.

crediticio⁸⁴ al que posteriormente me referiré. La gran expansión del crédito al consumo⁸⁵ propiciada desde el propio sistema provoca que los particulares carezcan de margen de maniobra sobre situaciones que no pueden controlar: paro, divorcios, desempleo. En este contexto, cabe apreciar una correlación entre la expansión del crédito al consumo y el aumento de concursos⁸⁶.

Y es que la política concursal incide de manera notable en el comportamiento no tanto del deudor, como del acreedor. Este punto de vista no ha sido suficientemente evaluado. Hay que valorar en qué medida los acreedores son responsables del sobreendeudamiento del consumidor y cómo la legislación concursal modula su comportamiento⁸⁷. La realidad ha puesto de manifiesto que no parece que ese temido abuso del consumidor sea la causa determinante del exceso de número de concursos. Tras la reforma 2005 no solo no ha disminuido el número de concursos de persona física, sino que el coste crediticio ha aumentado⁸⁸, aunque evidentemente, este efecto no tiene como única causa la regulación concursal, sino también otras circunstancias, como la situación de crisis financiera que se empezó a gestar pocos años después de la reforma.

⁸⁴ Son muchos las teorías que pretenden justificar el elevado número de concursos en USA. Divorcios, paro y problemas médicos (WARREN, SULLIVAN y WESTBROOK, 2001, p. 239), el sobreendeudamiento del consumidor (STANLEY y GIRTH, 1971) y la concesión abusiva de crédito MOSS y JOHNSON (1999, p. 345.). La liberalización de los tipos de interés se considera un factor determinante del sobreendeudamiento de consumidores con bajos ingresos, lo que ha favorecido el notable incremento en casos de concurso de consumidor; ELLIS (1998).

⁸⁵ Véanse los datos sobre el extraordinario incremento del crédito al consumo en USA www.federalreserve.gov/releases/g19/hist/cc_hist_sa.html. En diciembre de 1980, la cifra total fue de 351.920,05 millones de dólares. En mayo de 2011, la cifra asciende a 2.432.184,83 millones de dólares. Aumento, por tanto, espectacular.

⁸⁶ BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1.525).

⁸⁷ PORTER (2008).

⁸⁸ LAWLESS y WARREN (2006). Por su parte, AUSBEL (1991, p. 69) destaca que el mantenimiento de los costes crediticios al margen del riesgo es constante el mercado de tarjetas de crédito, por falta de competitividad entre estas empresas.

5. Liberación del pasivo pendiente o Fresh Start e iniciativa empresarial

Al margen de las restricciones operadas por la reforma de 2005, la regulación americana incide de manera notable en el espíritu emprendedor de sus ciudadanos. La política en materia de insolvencia tiende a revitalizar la productividad del deudor (*self made man*)⁸⁹. Lejos de estigmatizar y fomentar la exclusión social del empresario que fracasa, se le concede una segunda oportunidad con la esperanza de que llegue a tener éxito⁹⁰.

Ahora bien, el enfoque de la política concursal sobre la base de la recuperación del deudor que se logra, entre otras vías, por el discharge, tiene sin duda un aspecto negativo que no cabe ignorar: la posición jurídica del acreedor que por ser recuperado el deudor, puede aquél a su vez desembocar en situación de insolvencia. Efectivamente, la otra cara del discharge es el impacto que tal medida tiene en la posición acreedora y convertirse a su vez en causa de insolvencia de terceros. De ahí que el riesgo que supone el dejar de cobrar los créditos por obra de la liberación de deudas, teóricamente, deba ser compensado con un aumento de coste crediticio que cubra tal riesgo, transfiriéndolo a toda la colectividad. Los prestamistas dejan de cobrar sus créditos y para compensar tal pérdida, en buena lógica, incrementan los tipos de interés⁹¹.

Al margen de lo que señalaré al tratar del impacto del discharge en el mercado crediticio, la circunstancia que no puede obviarse es que el riesgo de falta de pago por parte del deudor insolvente no parece alterarse de manera notable por la presencia de la institución de la liberación de deudas⁹². La crítica señalada parte de que el riesgo de impago sería menor sin discharge y este planteamiento ha sido cuestionado⁹³. Si la insolvencia es la causa del

⁸⁹ GEORGAKOPOULUS (1997, p. 94): “en una economía capitalista queremos que los individuos se reintegren en el sistema y realicen actividad económica por cuenta propia asumiendo riesgos. Ello activa la economía y evita que el individuo se convierta en un desagüe por el que se escapan los escasos recursos sociales”. Planteamiento opuesto al mantenido en nuestro país, organizado sobre la base de la subvención (no indefinida) del Estado a los ciudadanos para evitar su exclusión social. Más correcto, a mi juicio, es estimular su incorporación al sistema económico.

⁹⁰ MARTIN (2006) y JACKSON (1989, p. 229). Sin embargo, PORTER y THORNE (2006, p. 67), ponen de relieve las dificultades que tienen los particulares para remontar a pesar del *fresh start*, en tanto que las causas que provocan la insolvencia (paro, divorcios, enfermedades) subsisten tras la exoneración e impiden la recuperación financiera.

⁹¹ WHITE (1987, p.2); MECKLING (1977, p.13) y SOUSA (2010, pp. 610 y ss.). Como señala GEORGAKOPOULUS (2002, p. 10), el razonamiento que mantienen los que consideran que el *fresh start* aumenta los tipos de interés es el siguiente: un prestamista que tiene un riesgo de coste de oportunidad del capital del 10% , debería cobrar mucho más del 10% para no sufrir pérdidas. Si el promedio de fracaso es uno entre cien cada año, los 99 deudores restantes deberían pagar el 110% que el prestamista ha perdido (capital más interés), que se calcula en un interés adicional anual del 111.11%.

⁹² WHITE (1987, p. 284).

⁹³ GEORGAKOPOULUS (2002, p. 10).

incumplimiento por parte del deudor, el hecho de que exista una liberación del pasivo pendiente no altera la tasa de incumplimiento.

Las causas de éste parecen encontrarse, mayoritariamente, en las dificultades financieras (al margen de los residuales supuestos de deudores oportunistas) del deudor y ello se produce, se declare el deudor en concurso o no⁹⁴. No es que el deudor se declare en concurso para no pagar, sino que son las dificultades financieras las que impiden el cumplimiento y no necesariamente la legislación concursal. Evidentemente, producido el incumplimiento, la liberación de deudas provoca que el acreedor no llegue a cobrar ni siquiera si el deudor llega a mejor fortuna. Por lo tanto, la liberación de deudas debe invitar a realizar una adecuada valoración del riesgo y sobre esa base establecer el coste del crédito. ¿Cabe decir que el deudor insolvente que no es rehabilitado acaba cumpliendo sus obligaciones? Con o sin discharge, el deudor insolvente no paga porque no tiene recursos con los que pagar. Como se ha señalado, el incremento de las posibilidades de cobro en un sistema sin *fresh start* es insignificante si no se incrementan las posibilidades de rehabilitación del deudor⁹⁵.

Prueba de lo dicho es el escaso éxito de los planes de reorganización realizados con arreglo al capítulo 13. Sólo un tercio de los deudores que se acogen a este procedimiento consiguen concluir el plan de pagos impuesto⁹⁶. Ello pone de relieve que las posibilidades de cobro del acreedor sobre bienes futuros son, en la práctica, escasas (aunque no nulas). Los acreedores garantizados son los primero en cobrar sus créditos y en muchas ocasiones los acreedores no garantizados no consiguen cobrar sus créditos puesto que los escasos recursos del deudor deben imputarse al pago de abogados y gastos administrativos⁹⁷. De ahí que se haya criticado la duplicidad de procedimientos, puesto que la experiencia ha demostrado que los acreedores no garantizados no consiguen cobrar sus créditos por procedimiento del Capítulo 13 y sí lo hacen los que tienen créditos que no se podrían ver afectados por el discharge directo del Capítulo 7, como sucede con los acreedores garantizados. Por ello, se ha propuesto la instauración de un único procedimiento que aúne los dos vigentes, permitiéndose un discharge sometido a un plan de pagos modesto y realista⁹⁸.

La protección del acreedor frente al riesgo de falta de cobro del deudor no se consigue exclusivamente con la subida de los tipos de interés⁹⁹, sino también a través de un

⁹⁴ WARREN (2004, p. 82).

⁹⁵ GEORGAKOPOULUS (2002, p. 10).

⁹⁶ NORBERG y VELKEY (2006).

⁹⁷ JACOBY (2009, p. 395).

⁹⁸ BRAUCHER (2006, pp. 1295 y ss.).

⁹⁹ A juicio de GEORGAKOPOULUS (2002, pp. 13 y 14).

comportamiento responsable del acreedor a la hora de evaluar el riesgo¹⁰⁰. De ahí la discriminación de precio en función del riesgo que caracteriza el sistema americano que trata de evitar aumentos generales de coste crediticio que ralentizaría el espíritu empresarial que el discharge pretende alentar.

Y es que es claro que el deudor puede tener poco estímulo a trabajar si todas sus ganancias futuras sirven para pagar a sus acreedores¹⁰¹. Diversos estudios avalan, a la luz de la experiencia estadounidense, que tiene más peso como estímulo a la actividad por cuenta propia el *fresh start* como límite al principio de responsabilidad patrimonial universal que el incremento del coste crediticio¹⁰² que, como veremos, no es tan intenso como inicialmente se podría pensar habida cuenta de cómo opera el sistema crediticio americano. Con todo, los empresarios prefieren seguridad, aunque sea a mayor precio. Este dato me parece sumamente relevante porque constituye una respuesta del mercado testada en la experiencia del ordenamiento estadounidense.

Por otro lado, en un interesante estudio¹⁰³ acerca de los niveles de actividad por cuenta propia y los niveles de protección en la legislación concursal, se advierte un importante efecto, por otra parte lógico. Países con niveles bajos de protección y con mecanismos sancionatorios por el retraso en la declaración de insolvencia (es el caso de España) provocan el retraso en la declaración de concurso y el cierre de actividad por imposibilidad de reorganización empresarial, generando un costo al resto del colectivo social¹⁰⁴.

Un nivel alto de protección concursal aumenta el número de concursos, pero por tratarse de un remedio eficaz a la insolvencia y no necesariamente porque ésta resulte estimulada por una regulación concursal favorable al deudor. Una limitada protección concursal produce tres efectos importantes desde el punto de vista económico: disminuye el espíritu emprendedor y con él la actividad económica; predominan grandes y viejos holdings empresariales y dificulta la rotación empresarial¹⁰⁵.

Observando los índices de actividad empresarial por cuenta propia en cuatro países con distinto nivel de protección en procesos de insolvencia, los resultados son reveladores. Comparando la

¹⁰⁰ GEORGAKOPOULUS (2002, p. 11); SONG HAN y WEN LI (2004), TABB (1997, p. 3) y KILBORN (2005, pp. 619 y ss.).

¹⁰¹ TABB (1997, p. 3) y LEE, YAMMAKAW y PENG (2007, p. 3).

¹⁰² JIA (2010), PAIK (2010, p. 10) y WHITE y BERKOWITZ (2004, pp. 69-84).

¹⁰³ ARMOUR y CUMMING (2008, p. 303) hacen un estudio comparativo por países en función de la dureza de su legislación concursal, incluyendo el caso de España.

¹⁰⁴ LEE, YAMMAKAW y PENG (2007, p. 5).

¹⁰⁵ ARMOUR y CUMMING (2008, p. 303).

situación en Francia (menor índice de protección), Alemania (protección media con discharge tras plan de pagos), Gran Bretaña y USA. El grado de protección no solo se mide por la intensidad con la que opera la exoneración de deudas en estos países, sino también con el nivel de patrimonio inembargable¹⁰⁶. Siendo Francia el país con menor protección¹⁰⁷ y USA el de mayor protección de los países comparados¹⁰⁸. Encuestados los ciudadanos para la realización del *Flash Eurobarometer Survey* auspiciado por la Comisión europea, los datos son reveladores. Aunque son varias las razones que pueden frenar el espíritu empresarial de los ciudadanos (obstáculos administrativos, fiscalidad), he seleccionado las que afectan a las dificultades de financiación y al riesgo de fracaso¹⁰⁹.

Iniciativa empresarial	USA	Alemania	Gran Bretaña	Francia	España
Ciudadanos que ni se plantean iniciar una actividad empresarial	48,4%	62,3%	67%	63%	75%
por razón del riesgo de fracaso y sus consecuencias	3,7%	6,3%	2,9%	3,2%	8,3%
por razón de dificultades de financiación	12,2%	20,8%	17,8%	15%	28%

Según el barómetro publicado por la Unión Europea, el índice de actividad empresarial por cuenta propia en USA es del 38%, situándose en Europa en el 20%¹¹⁰. España es el país de la UE

¹⁰⁶ Los datos pueden encontrarse en WHITE (2010, p. 33).

¹⁰⁷ El grado de protección concursal se valora en función del momento en el que el *discharge* es definitivo (6 años en el derecho alemán, 3 años en Gran Bretaña, 8-10 años en Francia, 0 en USA), en función del nivel de patrimonio inembargable, restricciones a la actividad del deudor, etc.) véase ARMOUR y CUMMING (2008, p. 7). Según el estudio comparativo entre países europeos y USA, la institución del *fresh start* genera un aumento del 3,8 % de actividad empresarial por cuenta propia.

¹⁰⁸ Los datos de España no fueron incorporados al estudio citado y han sido localizados por mí en *Flash Eurobarometer Survey*.

¹⁰⁹ Fuente: Entrepreneurship in the EU and beyond A survey in the EU, EFTA countries, Croatia, Turkey, the US, Japan, South Korea and China. Analytical Report. Comisión Europea. Analytical report Flash Eurobarometer 2009 http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/eurobarometer/fl283_en.pdf.

¹¹⁰ Fuente: Entrepreneurship in the EU and beyond A survey in the EU, EFTA countries, Croatia, Turkey, the US, Japan, South Korea and China. Analytical Report. Comisión Europea. Analytical report Flash Eurobarometer 2009 http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/eurobarometer/fl283_en.pdf.

con menor índice de actividad empresarial¹¹¹, según el Analytical report Flash Eurobarometer 2009.

La iniciativa empresarial, decisiva para el desarrollo económico, tiene un importante estímulo en USA de la mano de la legislación concursal, siendo responsable en parte del mayor índice de iniciativa empresarial, comparado con otros países¹¹².

Los resultados de España son desoladores y aunque son varios los factores que inciden en este dato, sin duda alguna la restrictiva legislación concursal en España contribuye de manera notable a la ralentización de la actividad económica y a que presentemos un índice de paro que supera la media de la UE. En España, el empresario lo arriesga todo y para siempre, sin posibilidad futura de recuperación.

6. Impacto del Fresh Start en el mercado crediticio

6.1. Un apunte sobre el sistema crediticio americano: la calificación crediticia o *Credit Score*

El sistema crediticio americano presenta particularidades de régimen que es preciso reseñar a la hora de valorar la incidencia del *fresh start* en el mismo. Se construye sobre el modelo de *credit scoring* (calificación crediticia comportamental)¹¹³ para la evaluación del riesgo de incumplimiento por parte de los deudores. Lo decisivo no es tanto la capacidad económica (que el deudor tenga recursos), sino el *comportamiento del deudor*. Puede suceder que una persona con importante capacidad económica no obtenga crédito por cuanto no sea serio y honesto en el cumplimiento de sus obligaciones y, por el contrario, que se dé la situación inversa. A diferencia de otros países en los que para obtener crédito se requiere tener recursos, y no tener la calificación de impagos, en USA se exige como requisito fundamental ser serio y honesto en el cumplimiento de las obligaciones (información positiva). Como se ha señalado, sería muy pernicioso para la economía que solo se diera crédito al solicitante que tuviera bienes. Ello supondría robar a la sociedad la aportación de “los capaces pero pobres”. La capacidad del solicitante y las perspectivas del proyecto que pretende emprender deben ser determinantes para la concesión de crédito y ello supone un estímulo a la productividad¹¹⁴. Esta es la razón, entre otras, por la que las deudas asumidas por los estudiantes para pagar sus estudios (*students loans*) no pueden ser liberadas en un proceso concursal.

¹¹¹ http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/survey/static2008/spain_static_en.pdf.

¹¹² JIA (2010) y ARMOUR y CUMMING (2008, p. 2).

¹¹³ Sistema instaurado en 1970, fecha en la que se promulga *The Fair Credit Reporting Act*, Capítulo 15 U.S.Code, & 1681 y ss. Información detallada sobre el sistema crediticio en función del *credit score* puede verse [http://faculty.msb.edu/prog/CRC/ Credit Research Center](http://faculty.msb.edu/prog/CRC/Credit%20Research%20Center), Georgetown.

¹¹⁴ GEORGAKOPOULUS (2002, p. 11).

De ahí, que los prestamistas institucionales hayan diseñado un sistema para medir el riesgo con discriminación de precio en función del que presente cada prestatario.

Hacia 1980 la empresa Firm Isaac desarrolló un programa basado en el modelo de comportamiento crediticio de millones de prestatarios. Este programa se le denomina FICO (*Firm Isaac Company*) y es utilizado por las tres agencias de información crediticia más importantes de USA (*Equifax, Experian y Trans Union*). Cada persona tiene su *credit score* (informe crediticio que deben gratuitamente aportar tales agencias a cada ciudadano, una vez al año) y en función del mismo (cuanto más alto es, más bajo es el riesgo), las condiciones de la concesión de crédito son más exigentes afectando claramente al tipo de interés aplicado¹¹⁵. El dato decisivo es que los *Credit Bureau* aportan tanto información positiva como negativa del deudor, sin que existan restricciones en materia de protección de datos de persona física. La información financiera acerca de la solvencia del deudor fluye sin restricciones y para cualquier acreedor que quiera obtener información del deudor.

La especificidad del sistema estadounidense radica no tanto en la utilización de sistemas *scoring* (utilizados a nivel mundial y también en España), sino en que tal información es positiva y negativa. No solo se informa de impagos, sino también de cumplimientos y, sobre todo, hay discriminación del precio del crédito en función del *score*. Algo que veremos no existe de forma automática en el Derecho español.

De esta forma el crédito llega a todos los consumidores asumiendo cada uno su propio riesgo. Este sistema tiene su ámbito natural de actuación en el crédito al consumo y en el hipotecario. Teniendo en cuenta las variables empleadas¹¹⁶, cabe deducir que lo que es objeto de valoración es

¹¹⁵ Si, por ejemplo, se solicita un préstamo de 216.000 dólares a 30 años a un tipo fijo, la variabilidad de las condiciones es la siguiente. Valores por debajo de 620 se consideran *subprime*.

Si la puntuación es	Tipo de interés	Pago mensual	Intereses pagados
760-850	4,144%	\$1.049	\$161,723
700-759	4,366%	\$1,077	\$171,832
680-699	4,543%	\$1,100	\$179,988
660-679	4,757%	\$1,128	\$189,961
640-659	5,187%	\$1,184	\$210,364
620-639	5,733%	\$1,258	\$236,947

Fuente <http://www.myfico.com/myfico/creditcentral/loanrates.aspx>

¹¹⁶ Para llevar a cabo el cálculo del *credit score*, se tienen en cuenta métodos estadísticos, basados en técnicas matemáticas, econométricas y de inteligencia artificial. En las diversas aplicaciones de modelos de *credit scoring*, el tipo de variables utilizadas es distinto para las personas físicas respecto de las sociedades. Respecto del *modelo retail* (personas físicas), destaca a este respecto el modelo FICO, ya citado, que es el utilizado por las principales agencias crediticias de USA. El *FICO credit risk score* utiliza principalmente variables asociadas al comportamiento de pagos actual y pasado, y refleja la idea de que el comportamiento pasado es el que mejor predice el comportamiento futuro. Los grupos de variables empleadas, junto con su incidencia en el *score*, son: historia de pagos (35%), cantidad de deuda pendiente (30%), historial crediticio (15%), nuevo crédito (10%) y tipo de crédito usado (10%). No utiliza variables como raza, religión, nacionalidad, sexo y estado civil, dado que lo prohíbe la ley para evitar discriminaciones (Consumer Credit Protection Act, § 15, Chapt. 41, Subchapter IV, §§ 1.691 y ss.).

el *comportamiento* del deudor respecto al cumplimiento de sus obligaciones y no solo la capacidad económica. Con todo, ningún sistema puede brindar la seguridad acerca de si el solicitante va a cumplir o no, pero sí evidencia la alta probabilidad de que determinados deudores con determinadas características no van a cumplir¹¹⁷.

De las ventajas del sistema de concesión de crédito basado en *credit score* cabe destacar la reducción del tiempo en la que el banco decide si concede o no crédito (unas doce horas), pudiéndose conceder por teléfono o Internet. El cliente solo tiene que aportar la información que es objeto de valoración en el sistema *credit scoring* teniendo éste carácter objetivo en la medida que no cabe utilizar datos que puedan provocar discriminación en la concesión de crédito¹¹⁸ y, por último, el coste por solicitud es extraordinariamente bajo (unos diez dólares)¹¹⁹.

Este sistema facilita que los bancos tengan clientes lejanos de sus sucursales, ya que no se requiere un trato *bis a bis*, por lo que los consumidores no se encuentran limitados a los bancos locales. La mayor expansión del mercado desde el punto de vista geográfico provoca a su vez una mayor competitividad entre bancos¹²⁰ lo que afecta a los tipos de interés.

Todo ello garantiza una mayor disponibilidad de crédito que es el objetivo fundamental para generar actividad económica. Pero sobre todo hay que destacar un dato relevante: el precio del dinero está en función del riesgo del solicitante¹²¹, lo cual pone de relieve que no se produce una *solidarización* del riesgo a todo el mercado. Evidentemente el riesgo de impago de los deudores se repercute en el coste del crédito de los demás, pero de manera más ajustada, dentro de las bandas de clasificación del riesgo. Por lo tanto, el sistema de *credit score* supone una distribución más adecuada del coste de riesgo de impago.

Uno de los inconvenientes del sistema es precisamente que para acceder al crédito y contar con un *credit score*, es preciso tener *historial* de crédito que demuestre el cumplimiento adecuado de

Tampoco se tiene en cuenta para el cálculo del *credit score* el salario, ocupación, empresa en la que presta sus servicios, tiempo trabajado. Estos datos podrán ser tenidos en cuenta por la entidad financiera, pero no configuran el *credit score*. Los datos decisivos son el historial de pago y la deuda asumida en relación con los ingresos. La cantidad de consultas realizadas en respuesta a solicitudes de crédito sí influye en el *score*. La clasificación del *credit score* FICO, comúnmente utilizada clasifica el score en cuatro tipos: Excelente (750-850), Bueno (660-749), Justo (620-659), Malo (350-619). Véanse GUTIÉRREZ GUIRAULT (2007); MESTER (1997, pp. 3-16); BOYES, HOFFMAN y LOW (1989, p. 40).

¹¹⁷ MESTER (1997, p. 4).

¹¹⁸ Equal Credit opportunity Act, § 15, Chapter. 41, Subchapter IV, §§ 1.691 y ss.

¹¹⁹ FELDMAN (1997).

¹²⁰ ALLEN, DELONG y SAUNDERS (2003).

¹²¹ MESTER (1997, p. 8).

las obligaciones, por lo que en los inicios el acceso es más complicado debiéndose utilizar una *secured credit card* o tarjeta garantizada. El crédito de estas tarjetas es garantizado con un depósito reservado en la cuenta de ahorro del propietario. El límite del crédito es igual al saldo depositado en garantía. Este sistema justifica la costumbre americana que a algunos nos sorprende de pagar *todo* con tarjeta de crédito (en la modalidad de *credit revolving*). Cada vez que abonan los cargos de las tarjetas, aumenta su *credit score* y con él las posibilidades de obtener crédito y de conseguirlo más barato.

Para que un sistema de esta naturaleza funcione, es fundamental que la información financiera del solicitante esté fácilmente disponible por las entidades financieras¹²², sea común y única para todos y, sobre todo, que esté actualizada (cada entidad puede solicitar información actualizada cuando lo estime conveniente)¹²³. De poco sirve exigir crédito responsable si los prestamistas no pueden acceder de manera rápida y sencilla a una información económica y fiable del consumidor¹²⁴. Esta es, como veremos, una de las carencias más importantes del sistema español y que nos distingue claramente del sistema americano e impide una rápida y segura concesión de crédito. Como se ha señalado, USA es uno de los países donde resulta más sencillo recabar información crediticia¹²⁵. Cada actividad del deudor se hacen constar en su informe económico (la información es aportada a las agencias de crédito por bancos y emisores de tarjetas de crédito), actualizándose constantemente y la información reciente tiene más valor que la anterior, por lo que si el deudor ha tenido incumplimientos que bajan su *credit score*, su comportamiento adecuado actual subsana los malos comportamientos del pasado. El que fue moroso en tiempo pasado puede “rehabilitarse” con un comportamiento correcto presente. La información positiva reciente tiene más valor que la información negativa del *pasado*. Con ello se pretende constituir un estímulo al buen comportamiento. Esta es una diferencia importante con España, donde, como veremos, no hay aportación de información positiva, solo negativa.

¹²² Los sujetos que pueden acceder a la información financiera están regulados en la ley (*Fair Credit reporting Act*, Title 15, Chapter 41, Subchapter III, U.S. Code), compañías de tarjetas de crédito, bancos, compañías de seguros, empresas, organizaciones o cualquier persona que acredite interés legítimo demostrando que el deudor le ha solicitado un servicio, por ejemplo, un propietario que va a alquilar un inmueble al deudor. En relación con las compañías de seguros, éstas utilizan la variación del *credit score* (denominado *insurance score*) para evaluar sus riesgos, pues las personas con un bajo *credit score* tienden a realizar más reclamaciones. LATOYA IRBY (2011).

¹²³ CONNELLY (2001, pp. 23 y ss.).

¹²⁴ JENNINGS (2001, pp. 5 y ss.).

¹²⁵ STATEN (2001, p. 32) y JENNINGS (2001, p. 8).

6.2. *Fresh start* y tipos de interés

Los defensores de la reforma de 2005 que restringe el acceso al *discharge*, argumentaban que el vigente sistema estaba suponiendo un coste de 400 dólares anuales para cada ciudadano¹²⁶ (denominado *bankruptcy tax*), precio derivado de los costes de incumplimiento de los deudores que se beneficiaban del *discharge*. Con este argumento, se “vendió” la reforma 2005 como una bajada de impuestos¹²⁷.

Sin embargo, como se ha puesto de relieve, este efecto *general* se produciría en un sistema crediticio que no se construye sobre un coste variable en función del riesgo¹²⁸. El incremento de los casos de concurso de acreedores, que inicia su carrera ascendente a partir de 1982, aumentando escandalosamente a partir de 1996 (fecha en la que tuvo lugar una crisis económica), no vino acompañado de una subida generalizada de los tipos de interés¹²⁹. Por el contrario, el incremento del crédito al consumo sí fue proporcional al aumento de concursos¹³⁰.

El auténtico hito que parece incidir en el mercado del crédito al consumo no solo se centró en la instauración del sistema *credit score*¹³¹, sino también en la supresión de los techos de usura a

¹²⁶ Discurso de George Wallace. House of representative, Judiciary, Commercial and administrative Law, Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (4.3.2003).

¹²⁷ WARREN (2004, p. 82). Disponible en http://bdp.law.harvard.edu/pdfs/papers/Warren/Phantom_400.pdf. La autora critica la teoría del *Bankruptcy tax*, demostrando que ningún dato económico real avalaba la tesis de la repercusión en el resto de los ciudadanos de las pérdidas de los beneficiados por el *discharge* en el concurso. Se trató, a su juicio, de una estrategia del sector financiero para forzar la modificación de la LC. Los beneficios de las entidades de las emisoras de tarjetas de crédito y la competencia entre las mismas no se ha centrado en la variabilidad de los tipos de interés, sino en prácticas como cláusulas suelo, técnicas agresivas de marketing que les han permitido siempre obtener beneficios al margen de las pérdidas ocasionadas por exoneración de deudas concursal. Por otro lado, no todas las pérdidas por impago son consecuencia del *discharge*.

¹²⁸ BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1496).

¹²⁹ La sentencia *Marquette National Bank of Minneapolis v. First of Omaha Service Corp* de 1978 (439. US 299) supuso un cambio en la interpretación de las leyes de usura, diferentes en cada Estado. En dicha resolución se permite a la entidad financiera aplicar un tipo de interés que era legal conforme a los techos de usura del Estado al que pertenecía el prestamista y que, sin embargo, superaba los límites de usura del Estado de residencia al que pertenecía el prestatario. Esta decisión se aplicó a todos los créditos al consumo. La entidad financiera “exportaba” sus tipos de interés al margen de los techos de usura de los Estados pertenecientes al prestatario. El efecto de la sentencia Marquette fue que forzó a los Estados a desregular los tipos de interés en 1982. ELLIS (1998), disponible en http://www.fdic.gov/bank/analytical/bank/bt_9805.html. PETERSON (2001), disponible en <http://www2.law.ufl.edu/faculty/peterson/pdf/55%20Florida%20L%20Rev%20807.pdf>. BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1505). Véanse las gráficas recogidas en dicho trabajo y que por razones de espacio no puedo reproducir aquí.

¹³⁰ FURLETTI (2003, p. 2), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=572585.

¹³¹ CHIWON YOM (2005), disponible en <http://www.fdic.gov/bank/analytical/banking/2005apr/>; PINCETICH y

partir de los años 70¹³². Este sistema permitió una mejor valoración del riesgo por parte de las entidades financieras, incrementando el coste a clientes de mayor riesgo sin que ello implicara un restricción en la concesión de crédito¹³³.

El sistema *credit score* aumenta el acceso al crédito a todo tipo de ciudadanos¹³⁴ y contrarresta los efectos que podía producir, desde el punto de vista económico, la exoneración de deudas.

Ahora bien, un efecto “rebote” de este sistema que no ha sido controlado en USA y que constituye su principal déficit es precisamente la expansión de crédito *subprime*. Aunque las diferencias de los tipos de interés son muy superiores en este tipo de crédito (un 8% o más)¹³⁵ y las tasas de incumplimiento de este tipo de deudores son mayores, lo cierto es que los beneficios de las entidades financieras con este tipo de créditos aumentan¹³⁶.

En USA tienen claro el hecho de que un solicitante de crédito presente cierto riesgo no necesariamente implica que no conviene otorgarle financiación. Probablemente un cliente de una

KRISTIN (1998); y, BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1505).

¹³² Véanse datos estadísticos en STATEN y JOHNSON (1995, p. 49), disponible en <http://faculty.msb.edu/prog/CRC/pdf/Mono31.pdf>. MCCORKELL (2002); ROUGEAU (1996); CANNER y FERGUS, (1996); ELLIS (1998) constatan el incremento del crédito al consumo desde la liberalización de los tipos de interés, creciendo desde el año 1983 del 43% al 54%, fundamentalmente en deudas derivadas de tarjetas de crédito. AUSUBEL (1997, p. 38).

¹³³ Los datos ponen de relieve esta afirmación: En febrero de 1978 los tipos de interés en tarjetas de crédito (*revolving*) eran del 16.9% y en febrero de 1985, del 18,85%. En el mismo periodo el crédito al consumo circulante concedido creció de \$13.6 (miles de millones) a \$105 miles de millones. Crecimiento pues, espectacular. Datos extraídos de Federal Reserve Release G-19, http://www.federalreserve.gov/releases/g19/hist/cc_hist_tc.html. Véanse CHANDLER y JOHNSON (1992) y PORTER (2008, p. 6).

¹³⁴ Así lo puso de manifiesto el presidente de la Reserva Federal, GREENSPAN (2005), disponible en <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/speeches/2005/20050408/default.htm>.

¹³⁵ FURLETH (2003), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=572585. La variabilidad de los tipos es extraordinaria en función de la clasificación crediticia. Por ejemplo, el tipo aplicado a tarjeta *revolving* calificada de *excellent* es de un 10,73% y la calificada según un informe *bad credit* alcanza un 24,96%. <http://www.creditcards.com/credit-card-news/credit-card-industry-facts-personal-debt-statistics-1276.php>. En España la el tipo de interés en tarjeta *revolving* oscila entre 11% y 25% (TAE) http://www.las-tarjetas-credito.com/Solicitar_tarjetas_de_credito.html.

¹³⁶ Véanse los datos ofrecidos por BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1517). Un ejemplo pone claramente de manifiesto lo dicho. En momentos de baja inflación, si una entidad de crédito presta dinero a un solicitante *subprime* al 18, 22 o 34 %, la operación le es extraordinariamente rentable a pesar del riesgo de impago por parte del deudor que pueda beneficiarse de un *discharge*. Si el coste del dinero se encuentra en un 4%, y el capital prestado es de 10.000 dólares al 26% de tipo de interés, cada año, el prestamista recupera lo devuelto por el cliente y además 7.000 dólares y todavía el deudor sigue debiendo parte del préstamo. Ejemplo tomado de WARREN, SULLIVAN y WESTBROOK (2006-2007, p. 252).

entidad que se financia con tarjeta de crédito y que es “cliente con riesgo”, es más rentable que uno que no es para nada arriesgado, pero que nunca se financia con tarjeta. Ello, como digo, puede invitar a la entidad a *hacer mercado* con clientes de riesgo, tal y como ha sucedido en el origen de la actual crisis financiera. Pero ello no sería consecuencia de la organización del sistema crediticio americano, sino de la concesión abusiva de crédito practicada por las entidades financieras: una *conducta irregular* (producida por cierto, a nivel mundial) y no necesariamente una patología del sistema desde el punto de vista estructural.

Como ya he señalado, el aumento de casos de insolvencia del consumidor parece justificarse tanto en el abuso del sistema por parte del mismo (como propugnaron las entidades financieras al auspiciar la reforma de 2005) como en la concesión abusiva de crédito por parte de éstas, por la generalizada actuación de conceder crédito *subprime*, que resulta extraordinariamente rentable para tales entidades¹³⁷.

Las empresas emisoras de tarjetas de crédito llevan a cabo agresivas campañas de marketing y ha emergido un largo y productivo mercado de *crédito subprime*, dándose crédito a deudores de riesgo¹³⁸. Es este terreno en el que se considera se debe llevar a cabo una reforma legislativa y no tanto en la legislación concursal¹³⁹.

Cabe preguntarse sobre las posibilidades de acceso al mercado crediticio de un deudor que acaba de beneficiarse de una exoneración de deudas¹⁴⁰ consecuencia de un procedimiento concursal. La respuesta que cabría esperar del sistema crediticio sería la de rechazar a tal cliente. Sin embargo, en la práctica, tal cliente se ve abrumado por extraordinarias ofertas crediticias normalmente a través de publicidad engañosa¹⁴¹. Se produce la paradoja de que esas entidades financieras que denunciaron el abuso de la generosa legislación concursal por parte del consumidor, por el contrario, son las primeras en ofertar crédito a esos “irresponsables consumidores”¹⁴².

¹³⁷ POTTOW (2007, pp. 405-466), disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=960979>. BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1488).

¹³⁸ Carta remitida por los Profesores de derecho a los Senadores Arlen Specter y Patrick Leahy en las vísperas de la aprobación de la reforma de 2005 que restringía el acceso al *discharge*. Disponible en <http://www.abiworld.org/pdfs/LawProfsLetter.pdf>.

¹³⁹ Carta remitida por los Profesores de derecho a los Senadores Arlen Specter y Patrick Leahy en las vísperas de la aprobación de la reforma de 2005 que restringía el acceso al *discharge*. Disponible en <http://www.abiworld.org/pdfs/LawProfsLetter.pdf>.

¹⁴⁰ ZAGORSKY y LUPICA (2008, pp. 283 y ss.).

¹⁴¹ PORTER (2008, p. 4).

¹⁴² El hecho de que se haya beneficiado el deudor de una exoneración de deudas vía Capítulo 7, no “mancha su informe crediticio”. Los acreedores afectados no pueden aportar información negativa (retrasos en el cumplimiento, ejecuciones...) al informe crediticio del deudor. Toda la información negativa previa a la

Los datos ponen de relieve que el *fresh start* no supone necesariamente una restricción al acceso al mercado crediticio, es más, se da la paradoja de constituir un estímulo para las entidades crediticias en la medida que los tipos de interés para esos consumidores son más altos y las ganancias de los acreedores mayores a pesar del riesgo eventual de impago¹⁴³.

La experiencia ha puesto de manifiesto que el mercado crediticio no siempre se mueve con criterios lógicos. Una restricción del crédito provocada por tipos de interés altos debería provocar un endeudamiento más responsable por parte del consumidor y, por otra parte, el *discharge*, debería provocar una concesión de crédito responsable. Sin embargo, estos efectos “lógicos” no se han producido. El problema es cuál de las dos partes ha sido irresponsable: ¿el consumidor oportunista que se sobreendeuda masivamente para beneficiarse del *discharge*? ¿las entidades crediticias que siguen dando crédito a clientes de riesgo por ser más rentables dado el mayor tipo de interés aplicable a sus contratos? Los promotores de la reforma 2005 culpabilizan al consumidor y otro sector –el denominado académico–, a las entidades crediticias: la concesión irresponsable de crédito a familias en crisis ha favorecido el aumento de casos de concurso¹⁴⁴. La patología del sistema no se encontraría en la propia institución del *discharge*, sino en el comportamiento de las entidades crediticias favorecido por un sistema de concesión de crédito basado en informes crediticios que les permite conceder crédito *subprime*, aumentando escandalosamente los tipos de interés¹⁴⁵, favoreciendo el endeudamiento de familias en crisis.

En cuanto al comportamiento de los prestatarios, es obvio que no cabe generalizar. La presencia de deudores oportunistas que se endeudan para beneficiarse del *discharge* es inevitable. Los datos ponen de relieve que los consumidores no acuden al concurso con tanta “alegría” como inicialmente se pensó. Como se ha puesto de manifiesto, la mayoría de los deudores se endeuda para evitar declararse en concurso, incluso recurriendo a segundas hipotecas sobre su vivienda para pagar deudas que serían objeto de un *discharge* tras una rápida declaración de concurso. Lo cual evidencia que el estigma del concursado subsiste en la actualidad y que las dificultades financieras provocadas por endeudamiento masivo en parte generado por un agresivo e irresponsable mercado crediticio, serían las responsables de tal aumento de casos de concurso¹⁴⁶.

declaración de concurso queda borrada del informe de calificación crediticia y el deudor debe iniciar un nuevo historial. Es una nueva oportunidad con todas sus consecuencias.

¹⁴³ PORTER (2008, p. 6); LAWLESS (2007, p. 367) y MOSS y JOHNSON (1999).

¹⁴⁴ WARREN, SULLIVAN y WESTBROOK (2006-2007, p. 250) y AUSUBEL (1997).

¹⁴⁵ La variabilidad de los tipos de interés en tarjetas de crédito en función de la calificación crediticia puede comprobarse en <http://www.creditcards.com/credit-card-news/interest-rate-report-bad-credit-card-skyrocket-1276.php>.

¹⁴⁶ WARREN, SULLIVAN y WESTBROOK (2006-2007, p. 253).

El fallo no se encontraría tanto en la legislación concursal que prevé el *fresh start* como remedio para evitar la exclusión social¹⁴⁷.

Que la actuación irresponsable de los acreedores, particularmente de las entidades emisoras de las tarjetas de crédito se encuentra en el trasfondo del excesivo número de concursos de consumidor se ha puesto de manifiesto en la recientemente aprobada *Credit Card Reform Act* de 22 de mayo de 2009, dirigida a controlar las practicas injustas y abusivas con relación al uso de las tarjetas de crédito, tales como el aumento en casi 10 puntos de los tipos de interés aplicables, sin previo aviso, así como la modificación unilateral de condiciones básicas del contrato. Se establecen límites para la alteración de los tipos de interés, se amplían los deberes de información particularmente en casos de pago fuera de la línea de crédito, debiendo ser rechazados y evitando así que las compañías carguen sin previo aviso tipos de interés escandalosos.

Por lo tanto, cabe llegar a la conclusion de que, a la vista de la experiencia estadounidense, el *fresh start* no necesariamente es la causa determinante de la avalancha de concursos del consumidor, sino la propia construcción del sistema crediticio, la libertad en materia de tipos de interés y la impunidad con la que actúan las entidades financieras en materia de concesión abusiva de crédito¹⁴⁸, particularmente a los consumidores. A ello habría que añadir obviamente, la incidencia de situaciones de crisis (aunque el número no varía en gran medida en situaciones de bonanza económica) y otros factores sociales¹⁴⁹. El coste crediticio no se ve llamativamente aumentado por la mera existencia del *fresh start*. De hecho, la restricción del mismo sufrida tras la reforma de 2005, no ha supuesto una disminución de los tipos de interés¹⁵⁰. Las entidades crediticias han aumentado los tipos de interés a pesar de la limitación del *discharge* operada en 2005¹⁵¹. Los tipos de interés para crédito standard, subieron un 8% desde abril 2005 a diciembre de 2007¹⁵². Con todo, es preciso reconocer que tal subida obedece también a otros factores económicos como la crisis financiera que actualmente está teniendo lugar que incide también el el alza de los tipos de interés.

¹⁴⁷ BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1496).

¹⁴⁸ BLOCK-LIEB y JANGER (2006, p. 1500).

¹⁴⁹ Sobre el perfil y situación de las personas que se declaran en concurso cfr. el estudio denominado *Consumer Bankruptcy Project 2007* llevado a cabo por diversos investigadores, dirigidos por LAWLESS y WARREN <http://bdp.law.harvard.edu/fellows.cfm>. Como resume JACOBY (2009, p. 390), "quienes solicitan el concurso en los Estados Unidos son un conjunto diverso de unidades familiares que afrontaron inestabilidad financierasevera. Habían recurrido a un crédito que emplearon en tiempos difíciles, pero este crédito, en particular si se concedió a precio elevado, contribuyó probablemente a sus cargas financieras a largo plazo".

¹⁵⁰ SIMROVIC (2009). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1157158>.

¹⁵¹ ZYWICKI (2000, p. 14). Véase gráfica sobre la evolución de los tipos de interés antes y después de la reforma 2005: <http://ssrn.com/abstract=1157158>; www.cardweb.com <http://federalreserve.gov/releases/g19/Current/>.

¹⁵² www.cardweb.com.

En general, haciendo una valoración del aumento del coste del crédito tras la reforma 2005 y teniendo en cuenta los distintos tipos de *score* (excelente, regular y malo), lo cierto es que según un estudio reciente, el tipo de interés en tarjetas de crédito ha ascendido para el consumidor de un 5 a un 17% a pesar de la disminución del porcentaje de riesgo de impago provocado por la reforma de la legislación concursal de 2005¹⁵³. En definitiva, esta reforma así como multitud de prácticas abusivas, ha provocado, que las entidades emisoras de tarjetas de crédito incrementen sus beneficios¹⁵⁴.

7. Fresh Start y mercado crediticio español. Los obstáculos de la legislación en materia de protección de datos. Conclusiones

Para concluir, procede plantearse el posible impacto que en el mercado crediticio español podría tener la instauración de un expediente de liberación de deudas. Como he señalado a lo largo del presente trabajo, la limitación al principio de responsabilidad universal que el *discharge* supone, no implica necesariamente un aumento del riesgo crediticio, siempre y cuando el diseño del sistema se lleve a cabo con las cautelas necesarias que eviten el abuso del deudor insolvente. Se trata pues de un remedio frente a la insolvencia de un deudor de buena fe y no, por supuesto, de un subterfugio que invite al deudor a incumplir sus obligaciones.

La realidad pone de relieve que la persona física insolvente que carece de bienes para el cumplimiento íntegro de sus obligaciones no cumple, con o sin un expediente de liberación de deudas. En este sentido, el establecimiento de este sistema no debería implicar necesaria y automáticamente un incremento del coste crediticio. Con todo, teóricamente, la concesión de una nueva oportunidad al deudor, priva a los acreedores de la posibilidad de agredir bienes futuros del deudor. Esta circunstancia ya se está produciendo aún sin el *fresh start*, en la medida que el deudor que incumple no emerge al mercado como persona física, sino que lo hace en economía sumergida o actúa a través de testaferros precisamente para eludir el principio de responsabilidad patrimonial universal¹⁵⁵. Por lo tanto, esta circunstancia debe ser tenida en cuenta.

El principio de responsabilidad patrimonial universal que permite la agresión de ingresos futuros del deudor, en la práctica no es efectivo. La legalización de esta situación para el deudor

¹⁵³ SIMROVIC (2009, p. 17).

¹⁵⁴ Los beneficios de estas empresas fueron 7 billones de dólares superiores en 2006, respecto al año anterior, y en 2007, 10 millones de dólares superior a 2006. Board of Governors of the Federal Reserve System, The profitability of Credit Card Operations of Depository Institutions (2009). Disponible en <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/rptcongress/creditcard/2009/ccprofit2009.pdf>.

¹⁵⁵ Este aspecto ha sido puesto de relieve por RUBIO VICENTE (2011, p. 135).

insolvente de buena fe tiene a mi juicio, el efecto de la recuperación del deudor en el mercado productivo real y legal, evitando que entre en economía sumergida o actúe a través de testaferros.

Con todo, el posible impacto en el mercado crediticio de esta medida dista mucho del que ha tenido en USA, dadas las diferencias existentes entre ambos países en cuanto al sistema de concesión y de evaluación del riesgo crediticio. El acceso a la información financiera de los consumidores está más restringido en Europa, como veremos, por la normativa de protección de datos personales.

En España se manejan los sistemas *credit score* a través de los *Credit Bureau* (Experian, Asnef-Equifax). También otras bases de datos como CIRBE (Central de Información de Riesgos del Banco de España) en la que constan todos los préstamos, avales, riesgos que tienen las entidades financieras con sus clientes (siempre que superen los 6.000 euros), pero no aporta información sobre datos de buen comportamiento del deudor. Se informa del pasivo de un determinado deudor y a través de esta base se concede información a las entidades y además el Banco de España realiza tareas de control de riesgo asumido por dichas entidades¹⁵⁶. El acceso a la base de datos CIRBE es gratuito y libre pudiendo ser consultada por cualquier persona física o jurídica sin necesidad de autorización del cliente. No se trata de un registro de morosos en el que solo consten impagos, sino que se incluyen todos los riesgos que tienen las entidades financieras con sus clientes. No se ofrece información sobre préstamos pagados, tan solo préstamos pendientes. Se trata de información actual, pero no se incluye información pretérita del cliente que aporte datos sobre su comportamiento financiero. La Central de Información de Riesgos (CIR) sólo facilita a las entidades *información global* sobre los riesgos de una persona o empresa. Por tanto, no desagrega los datos en el caso de que, por ejemplo, esté pagando varios créditos en una o varias entidades, y no comunica las entidades con las que el titular se encuentre endeudado. También se le informa, de manera muy limitada, si hay algún dato significativo de morosidad¹⁵⁷. Se trata de un fichero positivo, pero con información limitada, tanto desde el punto de vista de las entidades obligadas a aportar la misma, como desde el punto de vista de su contenido.

También el RAI (Registro de Activos Impagados) aporta datos financieros de morosos. Denominador común de estas fuentes es que se limitan a aportar *información negativa* sobre el comportamiento crediticio del deudor (impagos y retrasos en el pago), pero no aportan información positiva (datos de buen comportamiento del cliente), a diferencia de lo que acontece en USA. Este dato es sumamente revelador y tiene consecuencias importantes en el sistema.

Efectivamente, los ficheros negativos exclusivamente aportan información relativa a incidentes relacionados con los pagos. Por el contrario, el *bureau positivo* contiene información sobre créditos contratados, niveles de endeudamiento global del consumidor y datos sobre el buen

¹⁵⁶ <http://www.bde.es/clientebanca/cirbe/objetivos.htm>.

¹⁵⁷ <http://www.bde.es/clientebanca/faqs/cirbe/cirbe.htm#enlace4>.

comportamiento del deudor. Ello presenta indudables ventajas tanto para el ciudadano como para la entidad financiera: permite contrarrestar los efectos de un impagado actual, mejorando la imagen ante la entidad, ampliando el espectro de ciudadanos que pueden acceder al crédito.

Desde el punto de vista del mercado, las ventajas no son desdeñables, pues reduce la denominada “selección adversa”, disminuyendo la tasa de morosidad en cerca de un 40% y permitiendo un control del sobreendeudamiento por parte de la entidad¹⁵⁸, aspecto éste sumamente relevante para evitar situaciones de sobreendeudamiento masivo que estamos padeciendo en la actualidad.

Esta información positiva accesible por cualquier entidad financiera, en función de los criterios de reciprocidad acordados, facilita la admisión de nuevos clientes. El “desconocimiento” del cliente por parte de la entidad financiera le impide evaluar correctamente el riesgo y las condiciones de financiación difícilmente mejoran las de la entidad de la que procede el cliente.

El establecimiento de Bureaux positivos “facilita” la fuga de clientes..., algo que, entre otras razones, ha estado bloqueando el establecimiento de estos ficheros. No hay tampoco que olvidar que el establecimiento de ficheros positivos facilita de manera extraordinaria la valoración acerca de si la entidad financiera llevó o no a cabo concesión abusiva de crédito. Difícilmente se puede valorar esta conducta si las entidades carecen de medios fiables de información acerca de la solvencia y nivel de sobreendeudamiento de los clientes. Obsérvese pues, que estos ficheros positivos facilitan el movimiento de clientes y la competencia en el mercado y a su vez hacen más sencillo el control del préstamo responsable¹⁵⁹. Es lógica, pues, la reticencia de las entidades financieras al establecimiento de estos ficheros positivos.

La importancia del acceso a ficheros de solvencia se ha puesto de relieve en la Directiva 2008\48\CE de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87\102\CEE del Consejo¹⁶⁰. En el art. 8 de la Directiva¹⁶¹ se establece la

¹⁵⁸ Experian, Nuevo Bureau positivo: <http://www.lewiswire.com/es/lewiswire/Experian/Experian-desvela-las-claves-para-gestionar-el-riesgocrediticio/c/455/n/3010>. CIRBE y TRUCHARTE ARTIGAS (2004), disponible en <http://www.bis.org/fsi/awp2004.pdf>.

¹⁵⁹ HERNÁNDEZ BATALLER (2009, p. 26).

¹⁶⁰ DOCE L núm. 133, de 22.5. 2008

¹⁶¹ “Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación. Para evaluar la situación financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes; las circunstancias jurídicas y reales pueden requerir que dichas consultas tengan distinto alcance. Para evitar toda distorsión de la competencia entre prestamistas, debe garantizarse su acceso a bases de datos privadas o públicas relativas a los consumidores de un

obligación del prestamista de evaluar la solvencia del deudor, estableciendo en el art. 9 Directiva, que cada Estado miembro garantizará que los prestamistas de los demás Estados miembros tengan acceso a las bases de datos utilizadas en su territorio para la evaluación de la solvencia de los consumidores. Las condiciones de acceso deberán ser no discriminatorias. Todo ello a salvo la legislación de Protección de Datos. Se introduce en la Directiva un parámetro que evalúa la actuación del acreedor en materia de préstamo responsable¹⁶² estrechamente vinculado a la obtención de información financiera del deudor. A mi juicio, la Directiva es extremadamente escueta en este decisiva materia y se debía haber coordinado con la normativa en materia de protección de datos que constituye un serio obstáculo en este punto. La indefinición de la Directiva en este punto es, a mi juicio, absoluta.

La misma indefinición se traslada a la transposición de dicha Directiva que recientemente se ha llevado a cabo en la Ley 16\2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo (BOE 25.6.2011), cuyo art. 14 se refiere a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor¹⁶³. No se establecen consecuencias para el caso de incumplimiento, reiterándose prácticamente la norma contenida en el art. 29 de la Ley 2\2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible.

En materia de información acerca de la solvencia de la persona física, hay que tener presentes las limitaciones que impone la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal 15\1999, de 13 de diciembre (en adelante. LOPD), que en su artículo 29 establece una serie de restricciones respecto de los ficheros de solvencia patrimonial, exigiendo el consentimiento del interesado¹⁶⁴.

Estado miembro en el que no estén establecidos en condiciones no discriminatorias en comparación con las de los prestamistas de ese Estado miembro”.

¹⁶² PULGAR EZQUERRA (2010, p. 129).

¹⁶³ “Artículo 14. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor

1. El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.

En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica.

2. Si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista deberá actualizar la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evaluar su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.

¹⁶⁴ “Artículo 29 LOPD 15/1999, de 13 de diciembre; prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

Dicho precepto es desarrollado por los arts. 37 y siguientes del Reglamento de Protección de datos de carácter personal (Real Decreto 1720\2007, de 21 de diciembre; en adelante, RPDP), normativa resultado de la transposición de la Directiva 1995\46, de 24 de octubre de Protección de datos. La legislación vigente en materia de protección de datos permite la inclusión de la información negativa en los denominados ficheros de solvencia, sin necesidad del consentimiento del deudor, quien deberá ser notificado (art. 39 RPDP). Los requisitos para la inclusión de la información patrimonial negativa se contemplan en el art. 38 RPDP que exige que se trate de deuda cierta, vencida, exigible y que haya resultado impagada; que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico y requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación. Obsérvese que el plazo de 6 años puede no coincidir con el de prescripción de la deuda que es de 15 años, salvo disposición especial en contra (art. 1964 CC).

“El pago de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo dato relativo a la misma” (art. 41 RPDP)¹⁶⁵. “En los restantes supuestos, los datos deberán ser cancelados cuando se hubieran cumplido seis años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico”. Parece vetarse la posibilidad del llamado “saldo cero”. Sin embargo, la posibilidad de almacenar información positiva parece admitirse en el art. 29.2

1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.

3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos.

4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos.”

¹⁶⁵ Véase al respecto la Resolución de la Agencia de Protección de datos de 22.1.2001 (RCL 2001/521). resuelve un expediente sancionador contra unas determinadas Entidades una de las cuales era titular de un fichero privado de solvencia y la otra una de las comunicantes de datos a la misma. El expediente es consecuencia de una denuncia individual del mantenimiento en el citado fichero pese a tener totalmente cancelada la deuda. El mantenimiento en el citado fichero se producía con la referencia concreta a «saldo cero». PALOMAR OLMEDA (2001) y JIMÉNEZ RIUS y REDA (2001, p. 230).

LOPD que se refiere a datos sobre “el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor”, por lo que el dato del cumplimiento no requeriría consentimiento del interesado, aunque sí su notificación. Pero esta norma parece en contradicción con el citado art. 41.1 RPDP que exige que “el pago de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo dato relativo a la misma”. Si es así, la información positiva no puede hacerse constar. Esta cuestión, junto a otras provocó el recurso interpuesto por ASNEF solicitando la nulidad de determinados preceptos del RPDP y el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, proponiendo entre otras cuestiones si deben interpretarse las disposiciones de derecho comunitario relativas a la protección de datos y en particular la Directiva 95\46 y la Directiva de Crédito al Consumo 2008\48, en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la del RPDP que prohíbe los ficheros de información sobre el cumplimiento de obligaciones dinerarias o ficheros positivos, salvo que el tratamiento de datos se lleve a cabo con el consentimiento de los afectados. Así mismo se cuestiona si el art. 6.1d)¹⁶⁶ de la Directiva 95\46 es contrario al art. 41. RPDP que obliga a borrar del historial toda la deuda cumplida.

El Tribunal Supremo (Sala contencioso administrativo) en STS de 15.7.2010 (RJ 2010\6272)¹⁶⁷ mantiene la validez del precepto reglamentario por entender que se refiere única y exclusivamente a los ficheros negativos o de morosos, y no supone la desaparición de ficheros de solvencia positiva. El art. 41 RPDP sería coherente con el principio de calidad de datos reconocido en el art. 6.1c) de la Directiva que exige que los datos sean “exactos y actualizados y que se proceda a su supresión cuando sean inexactos o incompletos”. Con esta interpretación, parece que la normativa comunitaria no exigiría necesariamente el requisito de que solo se pudieran almacenar datos actuales (dato actualizado no es lo mismo que dato actual, pues puede haber un histórico actualizado), sino que cabría almacenar datos actuales negativos y pasados positivos. Lo que no cabría es almacenar datos negativos tras un determinado período de tiempo.

Bien, no es objeto del presente trabajo profundizar en esta materia, sino tan solo poner de manifiesto las dificultades que existen en el Derecho español desde el punto de vista de la protección de datos personales, para el flujo de información financiera de las personas físicas, lo cual constituye un serio obstáculo al establecimiento de un correcto historial de crédito que permita a los deudores cumplidores aumentar su *score* y que esto tenga reflejo en el coste crediticio. El sistema debe ser diseñado para que sea posible una *discriminación de precio del crédito en función del riesgo*. No es razonable que en el ámbito del crédito al consumo un cliente de alto riesgo pague el mismo tipo de interés que uno de bajo riesgo. Ello a diferencia de lo que acontece en el sistema estadounidense.

¹⁶⁶ Art. 6.1.d) Directiva 95/46: “Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas”.

¹⁶⁷ Véase en relación con esta sentencia el trabajo de PARRA LUCÁN (2011).

Es por ello, por lo que en España aun cuando se utilicen sistemas *scoring*, su valor informativo es insuficiente para generar un mecanismo rápido y fiable en la concesión de crédito.

Esta limitación en el sistema crediticio español en la que no hay objetivamente una clasificación de *score* que permita una discriminación de precio, puede suponer un importante obstáculo a la instauración del *fresh start* en España. Aunque, como he dicho, la posibilidad de exoneración de deudas de un deudor insolvente no tiene por qué implicar un aumento de riesgo de impago por parte del deudor de buena fe, lo cierto es que restringe las posibilidades del acreedor de agredir bienes futuros del deudor.

El hecho de que en España no exista objetivamente una discriminación objetiva de precios en función del riesgo (nada impide, obviamente, negociar con el cliente) basado en información financiera fiable, podría provocar que no se incrementara el coste del crédito dentro de la banda *score*, como sucede en USA, sino que el aumento del coste se produjera a nivel general, lo cual provocaría una restricción del acceso al crédito. Por ello, limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal, debe ir acompañado de un mayor flujo de información financiera positiva actual. Ello puede fomentar la competencia¹⁶⁸ entre las entidades financieras que no solo pueden ofrecer mejores tipos a sus clientes (por ser conocidos), sino también al resto de nuevos clientes respecto de los cuales también podría tener acceso a su información y también suponer un control del sobreendeudamiento de los particulares.

No se debe sancionar exclusivamente al incumplidor negándole el acceso al crédito, sino que debe favorecerse a aquel deudor que tiene un comportamiento patrimonial adecuado. Este dato me parece básico ponerlo de relieve de cara a introducir en el sistema español limitaciones al principio de responsabilidad patrimonial universal tanto en el ámbito del proceso concursal, como en el ámbito hipotecario si finalmente se pretende que el deudor hipotecario insolvente pueda extinguir la deuda pendiente entregando el bien hipotecado. De lo contrario, se puede producir una restricción del crédito a nivel general, poco deseable en estos tiempos de crisis en los que el objetivo es generar actividad económica.

A mi juicio, es imprescindible introducir el *fresh start* en el derecho español para dar una solución a la insolvencia de la persona física actualmente condenada a la exclusión social y como estímulo a la iniciativa empresarial, si bien con adecuadas medidas de control para evitar el abuso y liberalizando el acceso a la información financiera positiva del deudor, que permita a los acreedores realizar una correcta medición del riesgo con una adecuada discriminación de coste crediticio, a los efectos de evitar que el deudor que cumple soporte los riesgos del que no lo hace.

¹⁶⁸ Recalca el impacto de una adecuada medición del riesgo crediticio en la competencia entre entidades financieras a los efectos de ajustar el precio al riesgo real, TRUCHARTE ARTIGAS (2004, p. 4).

8. Bibliografía

Sumit AGARWAL, Chulin LIU y Lawrence MIELNICKI (2003), "Exemption laws and consumer delinquency and bankruptcy behavior: an empirical analysis of credit card data", *The Quarterly Review of Economics and Finance*, núm. 43, pp. 284 y ss.

Linda ALLEN, Gayle DELONG y Anthony SAUNDERS (2003), "Issues in the Credit Risk Modeling of Retail Markets", *NYU Stern School of Business Working Paper*, núm. FIN-03-007, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1295805).

Julio ÁLVAREZ RUBIO (2008), "Algunas reflexiones en torno a la reforma del "fresh start" del consumidor en USA", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, pp. 242 y ss.

Jhon ARMOUR y Douglas CUMMING (2008), "Bankruptcy Law and Entrepreneurship", *American Law and Economics Review*, Vol. 10, Issue 2, pp. 303 y ss.

Lawrence AUSUBEL (1997), "Credit card defaults, credit card profits and bankruptcy", *American Bankruptcy Law Journal*, núm. 71, (<http://www.ausubel.com/creditcard-papers/ablj.pdf>), pp. 249-270.

Douglas GORDON BAIRD (2006), "Waiver, and the Behavioral Undercurrents of Debtor-Creditor Law", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, núm. 1, (lawreview.uchicago.edu/issues/archive/v73/winter/03.Baird.pdf).

Susan BLOCK-LIEB y Ted JANGER (2006), "The myth of the rational borrower: rationality, behavioralism, and the misguided "reform" of Bankruptcy Law", *Texas Law Review*, núm. 84, pp. 1481 y ss.

Brian BLUM (2006), *Bankruptcy and debtor\creditor*, Aspen, New York.

Jean BRAUCHER (2006), "A Fresh start for the Personal Bankruptcy Reform: The need for Simplification an Single Portal", *American University Law Review*, núm. 55, pp. 1295 y ss.

Glen CANNER y James FERGUS (1987), "The effects on consumers and creditors of proposed ceilings on credit card interest rates", *Board of Governors of the Federal Reserve System Staff Study*, núm. 154.

Barry CONNELLY (2001), "Requirements for the successful Use of credit information", *Making Small Business Lending Profitable: Proceedings from the Global Conference on Credit Scoring*, Global Financial Markets Groups, IFC, Washington D.C., pp. 23 y ss.

Vern COUNTRYMAN (1982), "Bankruptcy and the Individual Debtor - And a Modest Proposal to Return to the Seventeenth Century", *Catholic University Law Review*, núm. 32, pp. 809 y ss.

Nancy DREHER y Matthew ROY (1993), "Bankruptcy Fraud and Nondischargeability Under Section 523 of the Bankruptcy Code", *North Dakota Law Review*, núm. 69, pp. 157 y ss.

Nelly EDMISTON (2006), "A new perspective on rising nonbusiness bankruptcy filing rates. Analyzing the regional factors", *Federal Reserve Bank of Kansas City Economic Review*, Second Quatre, pp. 55-83.

Diane ELLIS (1998), "The effect of consumer interest rate deregulation on credit card volumes, charge offs and the personal bankruptcy rate", *Federal Deposit Insurance Company, Bank Trends*, núm. 98-05, (http://www.fdic.gov/bank/analytical/bank/bt_9805.html).

Wei FAN y Michelle WHITE (2003), "Personal Bankruptcy and the level of entrepreneurial activity", *Journal of Law and Economics*, Vol. XLVI, pp. 543-567.

Adam FEIBELMAN (2005), "Defining the social insurance function of consumer bankruptcy", *American Bankruptcy Institute Law Review*, núm. 13, pp. 129 y ss.

--- (2009), "Consumer Bankruptcy as development policy", *Setton Hall Law Review*, Vol. 39, pp. 63-105.

Ron FELDMAN (1997), "Small business loans, small bank and a big change in technology called credit scoring", *The Region (Federal Reserve Bank of Minneapolis)*, (http://www.minneapolisfed.org/publications_papers/pub_display.cfm?id=3631).

Clara FERNÁNDEZ CARRÓN (2008), *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Aranzadi, Navarra.

Juan FERRÉ FALCÓN (2006), "La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de Derecho alemán)", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7, pp 205-226

Mark FURLETTI (2003) "Credit Card Pricing Developments and their Disclosure", *Fed. Reserve Bank of Phila. Payment Cards Ctr., Working Paper* núm. 03-02, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=572585).

Nicholas GEORGAKOPOULUS (2002), "Bankruptcy Law for Productivity", *Wake Forest Law Review*, núm. 37, pp. 51 y ss.

Reint GROPP, John Karl SCHOLZ y Michelle WHITE (1997), "Personal Bankruptcy and credit supply and demand", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 112, núm. 1, pp. 223 y ss.

Karen GROSS (1997), *Failure and forgiveness: Rebalancing the bankruptcy system*, Yale University Press, New Haven.

Karen GROSS, Kathryn HEIDT y Lois LUPICA (2006), "Legislative Messaging and Bankruptcy Law", *University of Pittsburgh Law Review*, núm. 67, pp. 497 y ss.

Pablo GUTIERREZ DE CABIEDES HIDALGO (2009), *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*, Aranzadi, Navarra.

Song HAN y Wen LI (2004), "Fresh start or Head Start? The effect of filing for personal bankruptcy on the labor supply", *Federal Reserve Bank of Philadelphia*, WP núm. 04-5.

Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER (2009), "Procedimientos para resolver el sobreendeudamiento de los consumidores en la Unión Europea", *Jornada sobre el sobreendeudamiento familiar y procedimiento concursal de los consumidores*, Comité Económico y Social Europeo, (<http://www.uniondeconsumidores.org/UC/JornadaSobreendeudamientoFamiliar.pdf>).

David HIMMELSTEIN, Elizabeth WARREN, Deborah THORNE, y Steffie WOOLHANDLER (2005), "Illness and injury as contributors to bankruptcy health affaire", *Health Affaire*, núm. 5, pp. 63-73.

William HOUSTON BROWN (2005), "Taking exception to a debtor's discharge: The 2005 Bankruptcy amendments make it easier", *American Bankruptcy Law Journal*, núm. 79, pp. 419 y ss.

Margaret HOWARD (1987), "A theory of discharge in consumer bankruptcy", *Ohio State Law Journal*, núm. 48, pp. 1047 y ss.

Thomas JACKSON (1985), "The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law", *Harvard Law Review*, núm. 98, pp. 1939 y ss.

--- (1989), *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Massachussets.

Melissa JACOBY (2003), *Generosity versus accessibility: Bankruptcy, consumer credit and health care finance in the US*, Hart Publishing, Oxford.

--- (2009), "Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos", en Matilde CUENA CASAS y José Luis COLINIO MEDIAVILLA (Coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Thomson-Reuters, Cizur-Menor, Navarra, pp. 381 y ss.

--- (2009), "Bankruptcy reform and the financial crisis", *North Carolina Banking Institute*, núm. 13, pp. 115-121.

Andrew JENNINGS (2001), "The Importance of Credit Information and Credit Scoring for Small Business Lending Decisions", *Making Small Business Lending Profitable: Proceedings from the Global Conference on Credit Scoring, Global Financial Markets Groups*, IFC, Washington D.C., pp. 5 y ss.

Ye (George) JIA (2010), "The Impact of Personal Bankruptcy Law on Entrepreneurship", *Northwestern University, Searle Center Working Paper Series*, núm. 2009-010, (http://www.law.northwestern.edu/searlecenter/papers/Jia_Bankruptcy.pdf).

Pilar JIMÉNEZ RIUS (2001), "Análisis de la regulación del tratamiento de datos personales realizado por las Entidades de crédito", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 110, pp. 230 y ss.

Jason KILBORN (2005), "La Responsabilisation De L'Economie: What the United States Can Learn from the New French Law on Consumer Overindebtedness", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 26, pp. 619 y ss.

Robert LAWLESS (2007), "The paradox of consumer credit", *University of Illinois Law Review*, núm. 1, pp. 347-374.

--- (2008), "La Ley Concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, p. 108.

Robert LAWLESS y Elizabeth WARREN (2006), "Shrinking the safety net: The 2005 changes in U.S. Bankruptcy law", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6 y *Illinois Law & Economics Research Paper* Núm. LE06-031.

Seung-Hyun LEE, Yasuhiro YAMMAKAW y Mike PENG (2007), "An Empirical Examination of 'Barrier to Exit': How Does an Entrepreneur-Friendly Bankruptcy Law Affect Entrepreneurship Development at a Societal Level?", *Babson College Entrepreneurship Research Conference (BCERC): Frontiers of Entrepreneurship Research*.

Nathalie MARTIN (2006), "U.S. Bankruptcy Laws Encouraging Risk-Taking and Entrepreneurship", *eJournal USA*, (www.america.gov/st/econ.../20080814223511XJyrreP0.102215.html)

José MARTIN PASTOR (2011), "Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito: a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 111\2010, de 17 de diciembre", *Diario La Ley*, núm. 7590\2011.

William MECKLING (1977), "Financial Markets, Default, and Bankruptcy: The Role of the State", *Law & Contemporary Problems*, Vol. 41, núm 4, pp. 13 y ss.

Loretta MESTER (1997), "What's the Point of Credit Scoring?", *Business Review, Federal Reserve Bank of Philadelphia*, pp. 3-16.

Helen MIRZA (2009), "Bankruptcy: three years after Bankruptcy Reform Act of 2005", *Consumer Circle, Profitwise News and views*, pp. 12-15.

Juliet MORINGIELLO (2011), "Mortgage modification, equitable subordination and the honest but unfortunate creditor", *Fordham Law Review*, Vol. 79, pp. 1599 y ss.

David MOSS y Gibbs JOHNSON (1999), "The Rise of Consumer Bankruptcy: Evolution, Revolution, or Both?", *Am. Bankr. L.J.*, núm. 73, pp. 343-346.

Abraham NÁJERA PASCUAL (2011), "El acuciante problema hipotecario y la dación en pago como solución", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 820\2011 (<http://www.westlaw.es/wles/app/document?docguid=I749371d08a5811e0bf1101000000000&srguid=i0ad81815000001315141a60a06e614df>, BIB 2011\771).

Scott NORBERG y Andrew VELKEY (2006), "Debtor Discharge and Creditor Repayment in Chapter 13", *Florida International University Legal Studies Research Paper* núm. 09-02, (<http://ssrn.com/abstract=1402811>).

Alberto PALOMAR OLMEDA (2001), "Los ficheros "saldo cero" y el principio de veracidad actual de los datos", *Estudios Westlaw* (<http://www.westlaw.es/wles/app/document?docguid=I4909e490c73911db8f5d01000000000&srguid=i0ad8181500000131514467801c70635e>, BIB 2001\1601).

Yongwook PAIK (2010), *Bankruptcy Reform Act of 2005 and Entrepreneurial Activity*. SSRN eLibrary (<http://ssrn.com/abstract=1632716>).

María Ángeles PARRA LUCÁN (2011), "Registro de morosos: derecho civil y (nulidad parcial) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de datos", *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3\2011, (<http://www.westlaw.es/wles/app/document?docguid=Ibfd98670624411e0804c010000000000&srguid=i0ad8181500000131514875a224d0ccdd>, BIB 2011\53).

Christopher PETERSON (2003), "Truth, understanding, an high-cost consumer credit: the historical context of the truth in lending act", *Florida Law Review*, Vol. 55, pp. 807-903.

Katherine PORTER (2008), "Bankrupt Profits: The Credit Industry's Business Model for Postbankruptcy Lending", *Iowa Law Review*, Vol. 93, pp. 1369 y ss.

Katherine PORTER y Deborah THORNE (2006), "The failure of bankruptcy Fresh Start", *Cornell Law Review*, Vol. 92, pp. 67-128.

Eric POSER, (1997), "The Political Economy of the Bankruptcy Reform Act of 1978", *Michigan Law Review*, núm. 96, pp. 47 y ss.

John POTTOW (2007), "Private Liability for Reckless Consumer Lending", *University of Illinois Law Review*, núm. 1, pp. 405-466.

Juana PULGAR EZQUERRA (2010), "Responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en el Derecho español", en VV.AA., *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito. VIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Marcial Pons, Madrid.

Edmundo RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2011), "Comentario al auto del JM nº3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 que extingue deudas concursales de personas físicas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1\2011

(<http://www.westlaw.es/wles/app/document?docguid=1ab0ec72046cc11e0bbdc01000000000&srguid=i0ad8181500000131514bc04fda880c37>, BIB 2011\257).

Vincent ROUGEAU (1996), "Rediscovering usury: an argument for legal control on credit card interest rates", *University of Colorado Law Review*, núm. 67, pp. 1-46.

Vicente RUBIO (2007), "A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, pp. 133 y ss.

--- (2011), "La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, pp. 245 y ss.

Eduardo SERRANO GÓMEZ, Luis Antonio ANGUIA VILLANUEVA y Jorge ORTEGA DOMENECH (2010), "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física", en Matilde CUENCA CASAS (Coord.), *Familia y concurso de acreedores*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 24 y ss.

Philip SHUCHMAN (1973), "An Attempt at a 'Philosophy of Bankruptcy'", *Ucla Law Review*, Núm. 23, pp. 403 y ss.

Micheal SIMKOVIC (2009), "The Effect of BAPCPA on Credit Card Industry Profits and Prices", *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 83, núm. 1, pp. 1-26.

Han SONG y Wen LI (2004), "Fresh start or Head Start? The effect of filing for personal bankruptcy on the labor supply", *Federal Reserve Bank of Philadelphia, Working Papers, Research Department*, núm. 04-5,

(<http://www.federalreserve.gov/pubs/feds/2004/200428/200428pap.pdf>).

Michael SOUSA (2010), "The Principle of Consumer Utility: A Contemporary Theory of the Bankruptcy Discharge", *Kansas Law Review*, núm. 58, pp. 610 y ss.

Michael STATEN (2001), "The value of comprehensive credit reports: Lessons from the U.S. Experience", *Making Small Business Lending Profitable: Proceedings from the Global Conference on Credit Scoring, Global Financial Markets Groups*, IFC, Washington D.C., pp. 32 y ss.

Michael STATEN y Robert W. JOHNSON (1995), "The case of deregulating interest rate on consumer credit", *Credit Research Center, Krannert Graduate School Of Management Purdue University*, Monograph 31, (<http://faculty.msb.edu/prog/CRC/pdf/Mono31.pdf>).

Teresa SULLIVAN, Elizabeth WARREN y Jay Lawrence WESTBROOK (1989), *As we forgive our debtors: Bankruptcy and consumer credit in America*, Beardbooks, New York.

Charles TABB (1991), "A historical evolution of the bankruptcy discharge", *American Bankruptcy Law Journal*, núm. 65, pp. 325 y ss.

--- (1995), "The history of the bankruptcy laws in the United States", *American Bankruptcy Institute Law Review*, núm. 3, pp. 5 y ss.

--- (1997), *The law of bankruptcy*, University Text Book Series, New York.

Carlos TRUCHARTE ARTIGAS (2004), *A review of Credit Registers and their use for Basel II*, Bank for International Settlements, Financial Stability Institut.

Elizabeth WARREN (1997), "A Principled Approach to Consumer Bankruptcy", *American Bankruptcy Law Journal*, núm. 71, pp. 493 y ss.

--- (2002), "The Market for Data: The Changing Role of the Social Sciences in Changing the Law", *Wisconsin Law Review*, núm. 1(2002), pp. 1-45.

--- (2004), "The Phantom \$400", *Journal of Bankruptcy Law and Practice*, Vol. 13, núm. 2, pp. 77-93.

Elizabeth WARREN y Amelia WARREN (2003), *The Two Income Trap: Why Middle-Class Mothers and Fathers Are Going Broke*, Perseus Books Group, New York.

Elizabeth WARREN, Teresa SULLIVAN y Jay Lawrence WESTBROOK (2001), *The fragile middle class: americans in debt*, Yale University Press, New Haven.

Jhon WEISTART (1977), "The Costs of Bankruptcy", *Duke Law Faculty Scholarship, Law & contemp.probs*, Paper 1550.

Michelle WHITE (1987), "Personal Bankruptcy Under the 1978 Bankruptcy Code: An Economic Analysis", *Indiana Law Journal*, núm. 63, pp. 1-57.

--- (2001), "Bankruptcy and small business", *Regulation*, Vol. 24, núm. 2, pp. 18-20.

Michelle WHITE y Jeremy BERCOWITZ (2004), "Bankruptcy and small firms' access to credit", *The Rand Journal of Economics*, Vol. 35, núm. 1, pp. 69-84.

Marta ZABALETA DÍAZ (2005), "La condonación de deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán", en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. I, Marcial Pons, Madrid, pp. 998-916.

Luther ZEIGLER (1986), "The Fraud Exception to Discharge in Bankruptcy: A Reappraisal", *Stanford Law Review*, Vol. 38, núm. 3, pp. 891 y ss.

Tood ZYWICKI (2000), "The Economics of Credit Cards", *Chapman Law Review*, Vol. 3, pp. 79 y ss.