

LA DEUDA POR OBLIGACIÓN CONSTITUIDA A TRAVÉS DE CRÉDITO CON AVAL DEL ESTADO NO CONSTITUYE EXCEPCIÓN AL *DISCHARGE* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

THE DEBT FOR OBLIGATION CONSTITUTED THROUGH CREDITS WITH THE STATE'S GUARANTEE DO NOT CONSTITUTE EXCEPTION TO THE DISCHARGE IN CHILEAN LEGAL ORDER

Miguel A. Alarcón Cañuta*

RESUMEN

Con base en un estudio dogmático de los fundamentos y justificaciones del *fresh start* y las excepciones al *discharge*, y tras un análisis crítico de la sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 4656-2017, de 9 de mayo de 2017, que excluye del ámbito de aplicación del *discharge* de la ley n.º 20720 a todas las deudas de obligaciones contraídas a través de créditos con aval del estado, proponemos un criterio que, comprendiendo una correcta interpretación y consecuente armonización de las normas, otorga certeza jurídica a los deudores y soluciona el problema de relevancia jurídico social que el razonamiento de la Corte conlleva.

9

PALABRAS CLAVE: Descarga/liberación/extinción de deudas, nuevo comienzo, excepciones a la extinción de deudas, crédito con aval del estado.

* Abogado. Magíster en Derecho con especialidad en Derecho Privado, Universidad de Barcelona. Doctorando en Derecho Comercial, Universidad de Barcelona. Becario Conicyt para estudios de doctorado en el extranjero. Académico de la carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Arturo Prat, Chile. Dirección postal: Avenida O'Higgins 0195, Victoria. Correo electrónico: mialarco@unap.cl. Artículo recibido el 7 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 29 de junio de 2018.

ABSTRACT

Based on a dogmatic study of the fundamentals and justifications of the fresh start and the exemptions to the discharge, and after a critical analysis of the judgment of the Supreme Court, n.º 4656-2017, of May 5, 2017, that excludes from the scope of application of the discharge of Act 20.720 to all debts arising from breach of obligations contracted through credits with the state guarantee, we propose a criterion that, comprising a correct interpretation and consequent harmonization of the norms, grants legal certainty to the debtors and solves the problem of social legal relevance that the reasoning of the Court entails.

KEYWORDS: Discharge, fresh start, exepctions to discharge, credit with state guarantee

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento concursal de la persona natural regulado en la Ley Concursal o LC¹ posibilita que a través del procedimiento de liquidación voluntario o forzoso, arts. 281 y 285 en relación con el art. 255², el deudor obtenga una liberación de su responsabilidad por las deudas anteriores al concurso a través de la extinción de las mismas³, en lo que la doctrina

¹ Ley n.º 20720 de 2014.

² A diferencia de ordenamientos como el alemán o francés en los que el *discharge* es destinado solo para el deudor persona natural, nuestro ordenamiento contiene el efecto liberador del *fresh start* en una disposición que consagra el efecto de la resolución que declara terminado el procedimiento de liquidación de la empresa deudora, lo que permite entender que en nuestra ley, tanto la persona natural como la jurídica pueden ser beneficiarios del *fresh start*.

³ La norma establece que una vez efectuada la liquidación del activo del deudor, se entenderá extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad al inicio del concurso; entendiéndose, en todos los casos descritos, y para todos los efectos legales, que el deudor se encuentra rehabilitado. En este sentido, el *Diccionario de lengua española* define el término ‘rehabilitar’ como “habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado”. Desde tal concepto, la rehabilitación a la que hace referencia nuestro modelo alude precisamente a la idea de *fresh start* o nuevo comienzo para el deudor. Este mismo concepto es el utilizado por GROSS (1999), p. 94, al referirse al olvido de deudas o *discharge*.

Cabe destacar que la antigua regulación de la quiebra consagraba como efecto del sobreseimiento definitivo extraordinario del art. 165 inc. final del *Código de Comercio*, la extinción de las obligaciones por los saldos insolutos de las deudas constituidas con anterioridad al concurso, sin perjuicio de distribuirse los acreedores el producto de los bie-

jurídica comparada ha denominado un *discharge*⁴, descarga o liberación de deudas⁵. La Ley Concursal posibilita que el deudor aquejado por una abrumadora carga de deudas pueda volver a reinsertarse en el mundo económico, una segunda oportunidad⁶, esto es, comenzar desde cero, un *fresh start*.

El reciente fallo de la Corte Suprema en causa rol n.º 4656-2017, de fecha 9 de mayo de 20178, en materia de liquidación concursal voluntaria de deudas originadas en obligaciones constituidas a través de CAE, pone en tela de juicio la posibilidad del deudor de comenzar desde cero, al restringir el acceso al *discharge* a todos los deudores de CAE.

Con base en una necesaria y previa delimitación de los fundamentos y justificaciones del procedimiento concursal de la persona natural y el *fresh start*, se requiere un análisis de los argumentos y solución planteados por la Corte, con el objetivo de: primero, evaluarlos críticamente, de manera de determinar los efectos jurídicos y sociales –adelantamos desfavorables– que producen en la vida del deudor y su familia y, segundo, con la finalidad de otorgar una solución ajustada a derecho al problema, dar cuenta de argumentos jurídicos que fomenten y posibiliten un cambio de criterio de la Corte, en función de un adecuado entendimiento de los fundamentos y justificaciones del *fresh start*, las excepciones al *discharge* y los intereses de las partes involucradas, especialmente los deudores.

Aunque el presente estudio parte del análisis de una sentencia judicial, no es menos cierto que su objetivo es proporcionar una valoración crítica

11

nes adquiridos con posterioridad y ya ingresados a la quiebra. SANDOVAL (2007), p. 205, bien señala que este artículo consagraba el único caso en que se producía la extinción de obligaciones en el sobreseimiento definitivo de la quiebra. GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011), p. 459.

⁴ SINGER (1997), p. 325; SOUSA (2009-2010), p. 562; TABB (1990-1991), p. 56; FLINT (1991), p. 516; EISENBERG (1980-1981), p. 976; SHUCHMAN (1973-1974), p. 421; ESPY (2004-2005), p. 1387.

⁵ LANDRY (2012), p. 67; LICHTASH (2011), p. 170; SINGER (1997), p. 325; LANDRY y MARDYS (2006), p. 93.

⁶ VIGENAU et BOURIN (2012), p. 417.

⁷ La expresión *fresh start*, dentro del ámbito del derecho concursal de la persona natural (*personal bankruptcy law*) estadounidense, se ha traducido como nuevo comienzo en la vida económica del deudor, y de acuerdo con SOUSA (2009-2010), p. 562, alude a la situación en la que el deudor obtiene una liberación de la responsabilidad personal por las deudas anteriores a la solicitud de concurso. En este sentido PÉREZ-RAGONE (2013), p. 644. Algunos autores como JACKSON (1984-1985), p. 1428 y EFRAT (1998-1999), p. 141, consideran que es un principio que toma la forma de olvido de una parte o todas las deudas incurridas por el deudor de manera previa al inicio del procedimiento concursal. MCCOY (1988), pp. 362-366. Para mayor información y comprensión de la política del *fresh start* en el ordenamiento chileno, ALARCÓN (2018), en prensa.

⁸ SALAZAR GONZÁLEZ (2017).

y solución al problema de relevancia jurídico y social que el criterio del fallo genera, considerándose, para ello, los antecedentes teóricos y dogmáticos que a nivel comparado guían la materia.

Finalmente, atendido el objetivo descrito, nuestro estudio solo se aboca al fondo del asunto, esto es, tiene como punto de partida la evaluación de las consideraciones y argumentaciones que la sentencia esgrime al momento de resolver el recurso de casación en el fondo.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Una deudora de crédito con aval del Estado, regulado en la Ley CAE⁹, insta un procedimiento concursal de liquidación de persona natural ante el Primer Juzgado Civil de Temuco en virtud de la Ley Concursal. En incidente de exclusión de crédito, el acreedor solicita que el crédito que detenta en contra de la deudora sea excluido del procedimiento concursal, de manera que no sea afectada la obligación y, consecuentemente, la deuda, por los efectos extintivos del procedimiento concursal.

El fallo de la Corte Suprema, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que confirma la del Juzgado Civil, excluye el crédito del procedimiento concursal, estimando en síntesis que siendo la Ley n.º 20027 una ley especial en relación a la Ley n.º 20720¹⁰, aquella contendría una excepción a la extinción de deudas de CAE, esto es, una excepción a la posibilidad de que cualquier deudor de crédito con aval del Estado pueda extinguir la deuda a través del procedimiento concursal de liquidación¹¹, o de forma resumida, una excepción al *discharge* o descarga de deudas.

Si a lo anterior se agrega la estimación de la Corte de que, según la Ley CAE, las deudas originadas en este tipo de créditos no prescriben¹², el criterio determina que toda deuda por CAE, y respecto de cualquier deudor, permanecerá vigente de por vida; pudiendo ser exigible en cualquier momento, con posterioridad a la finalización del procedimiento concursal e, incluso, pudiendo ser exigible a los herederos del deudor de acuerdo con las reglas generales.

⁹ Ley n.º 20027 de 2005

¹⁰ SALAZAR GONZÁLEZ (2017), cons. 11º.

¹¹ *Op. cit.*, cons. 5º, que alude a los razonamientos del tribunal de primera instancia, se estima que el art. 8 de la Ley n.º 20720 en su contenido permite que la ley establezca excepciones al *fresh start*, al especificar que “permite discriminar ciertos negocios jurídicos, no haciendo absoluto el procedimiento a todos los créditos que se puedan contraer en la vida del derecho”.

¹² *Op. cit.*, cons. 5º, párrafo séptimo de la sentencia en comentario.

El problema subyacente originado con el criterio y solución de la Corte es que el impedimento para obtener la extinción de la deuda, en muchos casos y especialmente en aquellos en que la imposibilidad de pago de la obligación es para el deudor absoluta, determina que la deuda continúe vigente de por vida en su patrimonio, impidiéndole ello, de manera permanente, la posibilidad de acceder a un nuevo comienzo en la vida económica o *fresh start*, por tanto, un desarrollo personal, y que repercuta, a su vez, de manera directa en el desarrollo de sus dependientes o familia¹³.

Aunque a primera vista pareciera que con la sentencia de la Corte se establece un criterio que posibilita la instauración de una excepción al efecto extintivo del procedimiento concursal de la persona natural fuera de la ley, lo cierto es que en la argumentación de la Corte se aprecia una falta de consideración de importantes cuestiones dogmáticas y razonamientos interpretativos que determinan que esta solución sea contraria a derecho para un grupo no menor de deudores. Desde el punto de vista jurídico, considerándose tanto los fundamentos y justificaciones del procedimiento concursal de la persona natural, de su efecto liberador de la responsabilidad por las deudas anteriores al concurso (*fresh start*) y de las excepciones al *discharge*, el fallo merece serias críticas por lo que estimamos contiene un criterio falto de razonamiento y una injustificada aplicación del derecho.

13

III. ANTECEDENTES DOGMÁTICOS NECESARIOS

PARA UNA ADECUADA EVALUACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Justificaciones del procedimiento concursal de la persona natural y del fresh start. ¿Por qué otorgar un nuevo comienzo al deudor?

En el ámbito del derecho comprado¹⁴, el derecho concursal de la persona natural tiene como principal propósito otorgar un *fresh start* al honesto,

¹³ La doctrina comparada denomina *negative externalities* a las consecuencias o efectos desfavorables que la denegación del *discharge* presenta en terceras personas, en especial la familia del deudor. JACKSON (1986), pp. 244-245. TABB (1991-1992), p. 94, n. 273, siguiendo a JACKSON (1984-1985), p. 1418. En tal sentido, las más obvia externalidad sería la que se impone en los dependientes o familia del deudor. Así, JACKSON (1984-1985), p. 1419, señala: "Family members and perhaps even close friends who depend on another individual for support need discharge to safeguard their own financial or psychological well-being".

¹⁴ En Estados Unidos a través del personal bankruptcy law; en Francia de acuerdo con el procedimiento de tratamiento de sobreendeudamiento de la persona natural o *procédure du surendettement des particuliers*; en Alemania según el procedimiento concursal de la persona natural o *verbraucherinsolvenzverfahren*; en España con las recientes modificaciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a través de la incorporación del mecanismo de segunda oportunidad en el art. 178 bis.

pero desafortunado deudor¹⁵ a través del *discharge*¹⁶ o *mecanismo de descarga* de deudas¹⁷. El *fresh start* es el objetivo principal¹⁸ del procedimiento concursal de la persona natural¹⁹.

El efecto propio del *discharge*, liberar de la responsabilidad al deudor persona natural por el pago de las deudas anteriores al procedimiento concursal²⁰, le proporciona la oportunidad de comenzar desde cero sin la abrumadora carga de deudas que le ha sido imposible cumplir²¹. Si bien inicialmente el *discharge* responde al propósito general de fomento de la actividad económica²², lo cierto es que, hoy, no solo se constituye

¹⁵ En el modelo estadounidense, SKEEL (2014), p. 2222, señala que uno de los atributos de la *bankruptcy* es reestructurar las obligaciones del deudor, lo cual se logra a través del descargo de deudas. En igual sentido, TAYLOR and SHEFFNER (2016), p. 300; BRAUCHER (2008), p. 355; STEINFELD and STEINFELD (2004-2005), p. 129; LANDRY (2012), p. 67; CULHANE and WHITE (1999), p. 710; LICHTASH (2011), p. 170; JACOBY (2001-2002), p. 239; MYERS (2011), p. 1339; HOWARD (1987), p. 1047.

En el modelo francés JIMÉNEZ (2015), p. 2727; FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 282; RAMSAY (2007), p. 250.

¹⁶ El *Bankruptcy Code* presenta la regla general o global *discharge* de la sección 727(a), que establece que una vez concluido un procedimiento concursal a través del capítulo 7, la Corte deberá descargar todas las deudas anteriores al inicio del procedimiento que no hubiese sido posible su pago a los acreedores. Por su parte, la sección 524(1)(2)(3) consagra los efectos del *discharge* de deudas, y que para SOUSA (2009-2010), p. 569, significa la consagración de la noción de *fresh start*. En este sentido, BALSER (1985-1986), p. 1014; CURRIE (2008-2009), p. 244.

¹⁷ LANDRY (2012), p. 67; LICHTASH (2011), p. 170; SINGER (1997), p. 325; LANDRY and MARDYS (2006), p. 93.

¹⁸ LANDRY (2012), p. 67, afirma que el *fresh start* a través del *discharge* de deudas es el corazón que subyace al derecho de consumidores en Estados Unidos. En este sentido, TABB (2001-2002), p. 6 y FLINT (1991), p. 515. De igual manera JACOBY (2001-2002), p. 231 y JACKSON (1986), p. 225.

¹⁹ En el derecho estadounidense, GROSS (1986-1987), p. 60, expresa que la política del *fresh start* ha sido un esencial principio del derecho concursal por más de setenta y cinco años. En el derecho francés, VIGENAU et BOURIN (2012) p. 25.

²⁰ SINGER (1997), p. 325; SOUSA (2009-2010), p. 562; TABB (1990-1991), p. 56; FLINT (1991), p. 516; EISENBERG (1980-1981), p. 976; SHUCHMAN (1973-1974), p. 421; ESPY (2004-2005), p. 1387.

²¹ EFRAT (2002), p. 82; LICHTASH (2011), p. 170 y THOMPSON (1990), p. 248. En el mismo sentido, la Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de UNCITRAL, p. 335, destaca que el objetivo de las normas sobre exoneración de deudas es: “permitir que un deudor que sea una persona física quede definitivamente exonerado del pago de sus deudas anteriores a la apertura del procedimiento, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo”.

²² Desde la teoría económica (*economic theory*), que pretende justificar el *discharge*, se caracteriza como una herramienta de eficiencia económica del mercado del crédito, puesto que posibilita el retorno del deudor a las actividades productivas o fomento de la confianza de manera tal de propender a la participación de los individuos en el mercado crediticio. En tal sentido, CZARNETZKY (2000), p. 396. HOWARD (1987), pp. 1063 y 1069,

en una regulación económica, sino que con preeminencia en una legislación social²³, vinculada a la sociedad civil²⁴ y con efectos sociales²⁵; cuyas características principales son, entre otras, el fomento del respeto de la dignidad humana y el hecho de tener efectos secundarios o indirectos en terceros²⁶.

Dicho lo anterior, una de las principales finalidades del *fresh start* es tratar el sobreendeudamiento²⁷. Ello se traduce en la necesidad de otorgar un alivio humanitario al deudor agobiado por una sobrecarga de deudas a través del establecimiento de un justo y eficiente mecanismo de liberación, descarga (*discharge*)²⁸ o extinción de deudas. Desde esta perspectiva, la liberación o extinción de deudas es una herramienta que permite que una persona natural no permanezca atada eternamente a una carga de deu-

señala: “Inevitably, discussion of participation in the open credit economy raises questions of the impact of bankruptcy discharge on the economic efficiency of the credit market”. SOUSA (2009-2012), p. 589. A esta postura pareciere adscribir PORTER y THORNE (2006-2007), p. 73; CZARNETZKY (2000), p. 409.

²³ RAYMOND (2008), p. 321; FLINT (1991), p. 336; SOUSA (2009-2010), p. 58. En este sentido, JACOBY (2001-2002), p. 239, señala que proveer de un descargo de deudas al honesto, pero desafortunado deudor se constituye en una forma de bienestar social en un sistema con limitadas redes de protección.

²⁴ ZYWICKI (2000-2001), p. 395. A esto creemos se refiere ÁLVAREZ (2008), p. 304, al señalar: “en realidad, el sobreendeudamiento hace referencia a un problema más amplio con connotaciones no sólo jurídicas y económicas sino también de claro cariz social y familiar”.

²⁵ En este sentido, JACOBY (2001-2002), p. 239, señala que, aunque la incondicional descarga tiene alguna justificación humanitaria, el altruismo no es la única base, puesto que la justificación estándar para un alivio incondicional de la deuda es que otorga significativos beneficios sociales y económicos a la comunidad. Por su parte, GARRIDO (2014), p. 227, expresa que los beneficios pretendidos a través de los sistemas concursales de la persona natural, centran su atención en la actualidad en los que redundan en segmentos más amplios de la sociedad y en la sociedad en su conjunto. Desde la denominada teoría del beneficio social, para TABB (1990-1991), p. 94, la justificación del *discharge* se encuentra en la generación de consecuencias positivas en la sociedad, esto es, en un beneficio social. Esta sería la visión del Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de la persona natural de 2014, al indicar: “Los objetivos principales de un régimen de insolvencia de las personas naturales se basan, de este modo, no tanto en los beneficios aislados de acreedores y deudores concretos, sino más bien en los beneficios más extendidos para la sociedad en general, en la que esos acreedores y deudores influyen indirectamente de diversas maneras”. GARRIDO (2014), p. 235. JACKSON (1984-1985), p. 1418.

²⁶ Refiriéndose a las *negative externalities*, JACKSON (1986), pp. 244-245 y TABB (1990-1991), p. 94, n. 273, siguiendo a JACKSON (1984-1985), p. 1418; ALARCÓN (2018), apartado II.1, en prensa.

²⁷ Esta finalidad necesariamente debe ser acompañada por políticas para tratar las causas de la crisis financiera del deudor con el fin de prevenir y evitar la crisis económica-financiera futura. LICHTASH (2011), p. 171.

²⁸ JACKSON (1984-1985), p. 1393.

das²⁹ que le impide lograr una estabilidad y desarrollo³⁰ personal y familiar³¹.

Una moderna teoría para justificar el procedimiento concursal de la persona natural y del *fresh start* nace desde la teoría utilitarista de Jeremy Bentham. Su principio subyacente³² es extendido al *discharge* para explicar su justificación³³ y evaluar las políticas y regulación del sistema concursal³⁴.

En efecto, coincidente con el entendimiento de ser el derecho maleable en virtud del reconocimiento de las circunstancias y cambios sociales para otorgar bienestar a la comunidad³⁵, el principio de utilidad para la comunidad debe ser extendido al derecho concursal con la finalidad de evaluar desde esta perspectiva las políticas y efectuar los cambios necesarios a la legislación. Así, el entendimiento, de que la normativa debe prestar una efectiva utilidad a la comunidad de deudores a través del reconocimiento de sus especiales circunstancias y necesidades, posibilitaría una moderna regulación que respondiese a las preocupaciones actuales del deudor, promoviendo su bienestar³⁶ y el de su familia, a través de la descarga de deudas. Desde esta perspectiva el *discharge* se justifica como herramienta para promover el bienestar del deudor en función del reconocimiento de sus circunstancias personales y familiares.

Se ha criticado que las conclusiones de tal teoría y, por tanto, la justificación de la aplicación del *discharge*, importaría una transgresión del

²⁹ FLINT (1991), p. 516, explica, en cuanto al efecto del *discharge*, que: “It changes the legal relationship between a debtor and his former creditor, and gives the debtor the beginnings of a fresh start by immediately freeing all or a portion of his future earnings potential (“human capital”) from his past financial obligations”.

³⁰ En este sentido, JACKSON (1984-1985), p. 1393, afirma: “Discharge not only releases the debtor from past financial obligations, but also protects him from some of the adverse consequences that might otherwise result from his release”.

³¹ PORTER (2010), p. 2, señala: “Freed from overwhelming debt loads, bankruptcy is supposed to improve debtors’ incentives to work, spend, and save in the future”. WARREN (1997), p. 492, expresa: “They need the chance to remain productive members of society, not driven underground or into joblessness by unpayable debt”.

³² De acuerdo con SOUSA (2009-2010), p. 596, el principio del utilitarismo de Jeremy Bentham se traduce en que “el objetivo general que todas las leyes tienen, o deberían tener, en común, es aumentar la total felicidad de la comunidad; y además [...] excluir hasta donde se pueda, todo lo que tienda a sustraer de la felicidad”. BENTHAM (1970), p. 13.

³³ SOUSA (2009-2010), pp. 596 a 597.

³⁴ *Op. cit.*, p. 594, expresa: “esta flexibilidad en lo tocante a la habilidad de la filosofía utilitarista para adaptarse se puede conferir y adoptar un enfoque utilitarista al consumer bankruptcy”. Cita a Nancy ROSEMBLUN, *Bentham’s theory of the modern state*, Harvard University Press, 1978, donde la autora señalaría: “debe ser reconocido como un continuo proceso en respuesta a diversos y cambiantes deseos que requieren ajuste”.

³⁵ SOUSA (2009-2010), p. 594.

³⁶ *Op. cit.*, p. 595.

principio de fuerza obligatoria de los contratos, esto es, una afectación a la obligación moral y el honor del cumplimiento de las obligaciones contractuales libre y voluntariamente asumidas³⁷.

En respuesta a lo anterior, basta dar cuenta que a lo largo del sistema concursal existen disposiciones que, entrando en conflicto con la obligación moral de cumplimiento de lo acordado, se encuentran establecidas en el solo beneficio del acreedor –señalamos a modo de ejemplo, las normas regulatorias de las acciones revocatorias concursales–. Por otro lado, la obligación moral de cumplimiento supone necesariamente una equitativa dinámica relacional entre las partes, lo que no se produce en el ámbito de las relaciones entre los consumidores deudores y sus acreedores profesionales en el mercado del crédito, al no existir una efectiva paridad o equilibrio entre prestatario o *borrower* (deudor-consumidor) y su prestamista o *lender* (acreedor)³⁸.

A mayor abundamiento, es destacable que el modelo francés de tratamiento del sobreendeudamiento de la persona natural, consciente de la gran dificultad económica del deudor y su familia, redimensione el valor del principio general del derecho de contratos³⁹, dando curso a lo que alguna doctrina ha definido como un nuevo, real y propio “derecho social de contratos”⁴⁰. En efecto, teniendo en cuenta que la mayoría del sobreendeudamiento de la persona natural es de carácter pasivo⁴¹, o no producido por un hecho imputable a negligencia del deudor⁴², su protec-

³⁷ En este sentido, SOUSA (2009-2010), p. 609.

³⁸ Desde este punto de vista, SOUSA (2009-2010), p. 610, plantea incluso, que considerándose este desequilibrio y las especificidades del mercado crediticio, son los acreedores los que tendrían una obligación moral de no otorgar crédito de manera agresiva e imprudente; y si esto fuera así, serían ellos los que deberían soportar las consecuencias financieras y la responsabilidad moral cuando sus deudores fallaren en el cumplimiento de sus obligaciones.

³⁹ En tal sentido VIGENAU et BOURIN (2012), pp. 17-18.

⁴⁰ LAURIAT et VIGNEAU (2014), p. 51, expresan: “[...] il Legislatore del 2010 a ridimensionare la valenza dei principi generali del diritto dei contratti e della procedura, al cospetto delle grandi difficoltà economiche delle persone fisiche e delle famiglie, dando così effettivamente avvio ad un corso contrassegnato da un vero e proprio ‘diritto sociale delle obbligazioni’”.

⁴¹ GRYNBAUM (2002) p. 5, expresa: “[...] aujoir’hui, les personnes qui ne pauvent faire face aux dépenses de la vie quotidienne qui repréSENT une part importante des personnes surendettées”; ÁLVAREZ (2008), p. 304, expresa que este tipo de sobreendeudamiento se produce por causas ajenas a la voluntad del consumidor, como son, pérdida del puesto de trabajo, accidentes, enfermedades, fallecimiento del cónyuge, sanciones tributarias, disoluciones del matrimonio o aumento inesperado de la familia.

⁴² GRYNBAUM (2002), p. 5; RAYMOND (2008), p. 310, señala que la buena fe hoy conlleva una causa del sobreendeudamiento debido a eventos exteriores, previsibles, que conviene llamar como accidentes de la vida. PAISANT (2008), p. 239, expresa que desde mediados

ción en cuanto prevención de la exclusión se constituye en objetivo que garantiza la paz social y el interés general; lo que a su turno justifica que otros intereses puedan primar a aquellos de los acreedores⁴³. Ello permite comprender que el principio de la *par conditio creditorum* o de igualdad de trato de los acreedores, no debe ser catalogado como principio fundamental del procedimiento colectivo de *surendettement de particuliers*⁴⁴.

Bajo la concepción del procedimiento de sobreendeudamiento de los particulares del modelo francés, entendemos que el derecho actual de sobreendeudamiento de las personas naturales saca de su campo de aplicación el principio de fuerza obligatoria de los contratos, sacrificando la máxima de que quien está obligado personalmente lo está obligado con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros⁴⁵. Ello, a su vez, otorga sustento a un procedimiento que, descansando⁴⁶ en la teoría de la imprevisión⁴⁷ y centrado en el interés general, posibilita la revisión y modificación de los términos de un contrato⁴⁸ cuando, afectándole un evento

de la década y hasta los años 2000 se pasó al problema del sobreendeudamiento pasivo, esto es, “personas que son víctimas de [...] accidentes de la vida, por ejemplo el desempleo, un divorcio o un problema de salud grave”.

18 ⁴³ Aunque para el tratamiento del procedimiento francés relativo a las empresas, NEMEDEU (2008), p. 265. En este sentido, HUGON (2005), p. 14, expresa que, en efecto, tanto el derecho de empresas en dificultad, como el derecho de sobreendeudamiento de particulares, han consagrado “l’idée d’une supériorité de l’intérêt général sur les intérêts particuliers est désormais bien ancrée”.

⁴⁴ En este sentido FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 235, expresan: “Les principes légaux gouvernant l’ordre des paiements sont écartés pour l’élaboration et la mise en œuvre des mesures imposées ou recommandées”.

⁴⁵ Aunque manifestándose contraria a las implicancias del derecho de sobreendeudamiento de particulares en el derecho civil, HUGON (2005), p. 15, expresa que la configuración del derecho de sobreendeudamiento de particulares ha conducido a que el procedimiento colectivo sea observado como uno de función salvadora, y la condonación de deudas, considerando el carácter voluntario del procedimiento, una herramienta de aplicación voluntaria que “[...] pèse sur la théorie juridique au point de porter en perspective le spectre d’un effondrement du droit des obligations”.

⁴⁶ GRYNBAUM (2002), p. 4, explica que las leyes relativas al tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares “[...] autorise la révision des contrats dans le but de protéger toute personne qui se trouve en grande difficulté financière”.

⁴⁷ Es importante indicar que para GRYNBAUM (2002), p. 5, el actual procedimiento de tratamiento del sobreendeudamiento de particulares no considera solo el tradicional desequilibrio de la teoría de la imprevisión clásica, sino que además “[...] conjugué une conception morale, privilégiant la compassion à l’égard des victimes d’un événement qu’elles n’avaient pas prévu, avec une approche purement économique du déséquilibre né surendettement, que l’on peut assimiler à une démarche utilitariste”.

⁴⁸ Para VIGENAU et BOURIN (2012), p. 18, es tan importante esta herramienta que se constituye en fundamento del procedimiento de sobreendeudamiento de particulares en Francia, y que, incluso, sería aplicable a las situaciones de sobreendeudamiento activo.

exterior y extraño a la voluntad de las partes, se producen imprevisibles consecuencias reflejadas en una onerosidad no presupuestada por los contratantes, con riesgo de ruina, en caso de exigirse su cumplimiento⁴⁹. Desde esta estimación, la situación de sobreendeudamiento pasivo, como evento extraño e imprevisible a la celebración del contrato, justifica su adaptación⁵⁰.

*2. Fundamento y justificaciones de las excepciones al discharge.
El carácter expreso que necesariamente deben tener*

Aunque el procedimiento concursal de la persona natural y su objetivo, el *fresh start*, se constituyen en eminentemente protectores de los intereses del deudor⁵¹, no es menos cierto que la liberación de la responsabilidad personal del deudor por las deudas anteriores a la solicitud del concurso no es un derecho absoluto⁵². En efecto, existen limitaciones tanto desde el punto de vista del sujeto deudor como de la obligación susceptible de ser descargada o extinguida. En cuanto al primero, solo será procedente

En efecto, indican: “Elle [la teoría de la imprevisión] étend ainsi la révision judiciaire non seulement aux débiteurs éposés à la ruine en raison de circonstances externes à leur propre volonté (ce qu’on appelle communément le surendettement passif), mais aussi à ceux qui se sont mis dans cette situation pour s’être imprudemment obligés (le surendettement actif)”.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 17.

⁵⁰ GRYNBAUM (2002), p. 7, explica que la adaptación de los contratos a través del procedimiento de sobreendeudamiento da lugar a la creación de un nuevo tipo de acto jurídico: el contrato adaptado por el juez.

⁵¹ Es el caso del derecho francés, el que con una eminente dimensión social considera que la finalidad del derecho de sobreendeudamiento de particulares es salvaguardarles de la miseria, de la exclusión social y garantizarles la esperanza de una situación de vida mejor. En tal sentido, LAURIAT et VIGNEAU (2014), p. 51. Por su parte, VIGENAU et BOURIN (2012), p. 18. PÉTEL (2004), p. 836, considera que el objetivo del procedimiento es el tratamiento del sobreendeudamiento de particulares “[...] a un objectif charitable (“humanitaire”, pour utiliser un terme au goût du jour) [...]”. En tal sentido, HUGON (2005), pp. 13-14. Después de la ley de 1 de agosto de 2003, el derecho de tratamiento de sobreendeudamiento de particulares es un derecho especial y social o un derecho social de contratos cuyo objetivo no es solo ayudar a un deudor a pagar a sus acreedores sino que evitar que la obligación de pago los conduzca a la marginalidad. Desde esta perspectiva el balance debe hacerse inexorablemente en favor del interés del deudor. VIGENAU et BOURIN (2012), p. 18, expresan, además, que: “L’esprit de solidarité l’emporte définitivement sur le principe de l’autonomie de la volonté”. En este mismo sentido, aunque manifestándose contraria, HUGON (2005), p. 14, al referirse al modelo pretendido por la ley de 2003. Por su parte LAURIAT et VIGNEAU (2014), p. 60, expresan que asegurar la protección y salvaguarda de derechos e intereses del deudor civil, levantándolo de la miseria de la exclusión social, de esta forma, garantizando su esperanza de una vida mejor, es el principal objetivo de la ley en la actualidad.

⁵² JACKSON (1986), p. 225.

el *discharge* en aquellos casos en que el deudor sea uno honesto, pero desafortunado o de buena fe⁵³; y para el segundo, el mecanismo no será procedente respecto de determinadas deudas que se hubieren originado en el incumplimiento de ciertas y específicas obligaciones⁵⁴, en lo que se conoce como excepciones al *discharge*.

Las excepciones al *discharge* de ciertas y determinadas deudas obedece a la consideración de originarse de una categoría de obligación a la que el ordenamiento jurídico otorga un trato especial⁵⁵, puesto que, desde una visión de política pública, se considera inapropiada su liberación⁵⁶. Tal tratamiento especial se justifica por responder a la necesidad de otorgar protección a determinados terceros que, sea por su situación de dependencia respecto del deudor⁵⁷, sea atendido el bien común o por motivos de interés general, tienen interés en que las deudas respectivas de la cuales son acreedores no sean descargadas y, de esta forma, su créditos no resulten extinguidos⁵⁸. En la práctica, una excepción al *discharge* significa que la deuda en ella contemplada permanecerá debida y con posibilidad de ser exigido su cumplimiento hasta el final del procedimiento concursal y con posterioridad al mismo⁵⁹. Son casos en el derecho comparado, entre otras, las deudas por obligaciones alimenticias, deudas por obligaciones de indemnización de perjuicio a víctimas de infracciones penales, deudas originadas en obligaciones obtenidas a través de fraude del deudor⁶⁰, deudas por créditos educacionales.

⁵³ JACKSON (1984-1985), p. 1393; ÁLVAREZ (2008), p. 304; RAYMOND (2008), p. 310. TAMAYO (2008), pp. 349-350.

⁵⁴ GROSS (1999), p. 123, considera a las excepciones al *discharge* como límite al *fresh start* del deudor.

⁵⁵ De acuerdo con SINGER (1997), p. 326: “[...] and are essentially the product of countervailing policy considerations in which the scales of justice tip in favor of certain creditors by allowing enumerated categories of obligations to remain virtually unscathed by the bankruptcy discharge”.

⁵⁶ En tal sentido, SINGER (1997). De igual forma, SOUSA (2009-2010), pp. 567-568. ALARCÓN (2018), apartado II.2, en prensa.

⁵⁷ De acuerdo con ELLIOTT (1987), p. 109, la incorporación de la excepción de la obligación alimenticia en la sección 523(a)(5) en el *Bankruptcy Code* obedece a una necesidad de balancear el deber social del deudor de cumplir continuamente con el soporte de su familia y el objetivo de concurso de la persona física de otorgar un *fresh start* al deudor. En el mismo sentido, FIELDSTONE (1993-1994), p. 150, n. 6.

⁵⁸ RAVIN and ROSEN (1986), p. 4. Por su parte, STEWART (2001), p. 797, expresa que el “Congress [de Estados Unidos] created exceptions to the general rule of dischargeability because sometimes a creditor’s interest in recovering full payment of debts outweighs the debtor’s interest in a fresh start”.

⁵⁹ STEINFELD and STEINFELD (2004-2005), p. 130. En igual sentido, RAVIN and ROSEN (1986), p. 4, POWERS (2012), p. 749 y BROWN (1997), p. 150.

⁶⁰ Algunas de las deudas incluidas en el *Bankruptcy Code* estadounidense como excepciones al *discharge* “income taxes, credit card debt, student loans, and financial obli-

En este último caso, cabe destacar la experiencia comparada del derecho estadounidense, en el cual, a pesar de que las deudas por créditos educacionales son contempladas expresamente en la sección 523(a)(8) del *Bankruptcy Code* como excepciones al *discharge*, esta imposibilidad de descarga no opera de manera absoluta⁶¹, pues de igual forma se establece como contraexcepción aquellos casos en que la no descargabilidad de la deuda asumida por la contratación de un crédito educacional cause un *undue hardship*⁶² o excesiva dificultad financiera en el patrimonio del deudor.

En tal sentido, *undue hardship* es una expresión no definida en el *Bankruptcy Code*⁶³ estadounidense, sin embargo, alusiva a una situación de vida excesivamente dificultosa o problemática, una circunstancia única y excepcional resultante de factores que escapan al control razonable del deudor y que evidencia un problema persistente que tendría un impacto de largo término en su futuro financiero⁶⁴ o el de sus dependientes. Aunque no siendo objeto de este trabajo, cabe mencionar que han sido las Cortes las que han dado contenido al concepto sobre la base de una serie de criterios y test, que esencialmente consideran las circunstancias

gations arising from a domestic support obligation or marital separation agreement”, consagradas en los párrafos 523(a)(1), (2), (5), (8), (15), respectivamente. En tal sentido, TABB (2001-2002), p. 7. En el derecho alemán el § 302 de la InsO, contempla excepciones de deudas originadas en conductas delictivas o fraudulentas del deudor, así como por obligaciones alimenticias. En cuanto al ordenamiento francés, el art. L. 741-3 establece las excepciones a la *effacement* o condonación de deudas. En tal sentido, JIMÉNEZ (2015), p. 3728. Por su parte, RAYMOND (2008), p. 334, expresa que la jurisprudencia establece que la enumeración es taxativa, por lo que todas las deudas no mencionadas en la norma pueden ser objeto de las medidas previstas en el art. L. 331-7 y L. 331-7-1, actuales arts. L. 733-1 y L. 732-4 en relación con el art. L. 733-7. En el derecho colombiano, el art. 571 n.º 1, inciso segundo, parte final, del *Código General del Proceso*, instaurado por la Ley 1564 de 2012, establece que no habrá lugar al efecto de mutar en naturales las obligaciones alimenticias no satisfechas en la liquidación.

⁶¹ En tal sentido PARDO and LACEY (2009), p. 190, indican: “The discharge of educational debt thus represents a form of conditional discharge pursuant to which the debtor can obtain relief by establishing the condition of undue hardship”; PARDO and LACEY (2005-06), p. 418.

⁶² TAYLOR and SHEFFNER (2016), p. 301; AUSTIN (2013), p. 372; COHEN-KURZROCK (2014-2015), p. 1214, indica: “Under Section 523, a bankruptcy court may discharge a student-debtor’s student loans when “excepting such debt from discharge... would impose an undue hardship on the debtor and the debtor’s dependents”; ATKINSON (2010-2011), p. 17; BORGAT (2003), p. 805; CALI (2010), p. 475.

⁶³ SINGER (1997), p. 391, expresa que el Congreso de Estados Unidos no habría querido definir expresamente el término “because limiting these terms of art to an exacting and inflexible definition would thwart the searching inquiry into the facts of a particular case and the concomitant determination of whether they warrant a finding of dischargeability”.

⁶⁴ En tal sentido SINGER (1997), p. 392.

particulares del deudor en torno a su nivel de endeudamiento y capacidad de pago actual y futura⁶⁵.

Una de las críticas que ha recibido el tratamiento actual que el derecho concursal de la persona natural estadounidense otorga a las deudas originadas en el incumplimiento de créditos educacionales, tienen como base una cuestión de fundamento subyacente a la regulación. En efecto, si bien se plantean varias posibles justificaciones para la inclusión de las deudas por créditos estudiantiles entre las obligaciones no descargables⁶⁶,

⁶⁵ No siendo el objetivo de este trabajo, y sin perjuicio de que el lector interesado pueda consultar al autor por mayor información respecto a este tema en particular, a modo de ejemplo describimos someramente el marco dominante para determinar la existencia de un *undue hardship*. Es el articulado a través del test de Brunner, elaborado y adoptado por el 2th *Circuit Court of Appeal* en el caso *Brunner v. New York State Higher Education Service Corp.* (In re Brunner) 831 F. 2d 395 (2d Cir. 1987). BEDINGER (2013-2014), p. 1822 indica que “A majority of courts follow the standard the Second Circuit created in *Brunner v. New York State Higher Education Services Corp.* [...]”. En tal sentido, AUSTIN (2013), p. 373. A través de sus tres elementos, la Corte indagará si con motivo de la no descargabilidad de la deuda educacional, el deudor no puede en la actualidad mantener estándares mínimos de vida para él y su familia, examinando las condiciones financieras del deudor, si tal estado persistiría por una significativa porción del periodo de pagos a través de la demostración de circunstancias adicionales y excepcionales que evidencien una continua incapacidad de pago en lo sucesivo y con posterioridad al procedimiento concursal y, finalmente, si el deudor ha hecho esfuerzos de pago de la deuda de buena fe. PARDO (2009), p. 195. SMITH (2012-2013), p. 339, establece que la Corte “[...] to look at the student-debtor’s current and possible future income to determine whether an undue hardship exists, and whether it would continue to exist into the future”; AUSTIN (2013), p. 375, indica que esta parte del test, siendo la más importante, “requires the debtor to prove that she will be unable to repay her student loan debt in the future for reasons outside her control”; COHEN-KURZROCK (2014-2015), p. 1218. De acuerdo con AUSTIN (2013), p. 374, como el *Bankruptcy Code* no ha definido lo que se entiende por un mínimo estándar de vida, las cortes lo han definido sobre la base de ejemplos como: “(1) shelter (including heating and cooling); (2) basic utilities such as electricity, water, natural gas, and telephones; (3) food and personal hygiene products; (4) vehicles, along with insurance, gas, licenses, and maintenance; (5) health insurance or money to pay for healthcare; (6) some amount of entertainment or diversion, even if only a television or a pet”.

⁶⁶ En tal sentido, POTTOW (2006-2007), p. 251 y ss., da cuenta de siete posibles teorías que permitirían dar fundamento a la no descargabilidad de las deudas por créditos educacionales: un posible fraude de los estudiantes, al asumir tales obligaciones con intención de nunca darles cumplimiento. En este sentido, cita a BEN-ISHAI (2006-2007), p. 227; un *soft fraud* similar a un oportunismo, en que los estudiantes contratan créditos educacionales con fines lícitos para pagar sus carreras, pero en el futuro no asumen el cumplimiento de la obligación ante la excusa de no contar con los recursos o ingresos que se esperaban al asumir la obligación; una internalización, que implica responder por un beneficio privado recibido que se manifiesta en el empoderamiento financiero derivado de un potencial aumento de ingresos que experimentará el estudiante al concluir sus estudios, esto es, la oportunidad de aumento de ingresos; la *shaming theory*, cuya base es la consideración del estudiante como perteneciente a una clase de deudores moralmente

una parte importante de la doctrina está de acuerdo en que la razón principal obedece a una pretensión del Congreso de Estados Unidos, de asegurar la viabilidad de los programas de crédito para estudios⁶⁷ a través de la prevención de la intención fraudulenta de los estudiantes de abusar⁶⁸ deliberadamente del sistema⁶⁹. Por otro lado, las modificaciones del *Bankruptcy Code* para hacer más dificultosa⁷⁰ la descarga de este tipo de deudas, habrían mantenido como base la percepción del subyacente *soft fraud* en que incurrían los estudiantes, a través de la contratación de masivas obligaciones crediticias que, aunque con objeto y causa lícitos –asumidas para el pago de una carrera universitaria– no eran en el futuro pagadas cuando los estudiantes lograban tener los ingresos que al momento de asumir la deuda eran potenciales⁷¹. En tal sentido, se observa

deficientes que la sociedad pretende estigmatizar y castigar por razones no económicas; una intención o pretensión de proteger la solvencia de los programas de créditos públicos para fines estudiantiles, constituida la excepción a la descarga en una indirecta arma para la política educativa, de manera tal de que más ingresos del sistema posibilite una reinversión en el mismo; hasta la teoría que funda la excepción al *discharge* en una protección del capital privado en consideración a la disminución del costo por una eventual descarga de deudas, lo que, a su vez, permitiría que tal costo no se reflejara *ex ante* en el valor de los préstamos.

⁶⁷ En tal sentido, ATKINSON (2010-2011), p. 24.

⁶⁸ En este sentido, PARDO and LACEY (2005-2006), p. 428, luego de realizar un análisis de la historia de la ley en torno a la incorporación del *discharge* condicional de las deudas por créditos estudiantiles, señalan: “Congress’s special treatment of educational debt, based on anecdotal evidence rather than empirical data, 120 has resulted in the uneasy marriage of two disparate policies that some have deemed to be related: (1) preserving the financial solvency of the student aid system and (2) preventing abuse of the bankruptcy system”.

⁶⁹ BEN-ISHAH (2006-2007), pp. 227-228, expresa: “In all of the countries under review, the most influential rationale for the introduction of more restrictive discharge provisions regarding student loans was the claim that the bankruptcy process was susceptible to abuse by students who were eager to rid themselves of their loans prior to embarking on lucrative careers. [...] in 1976, the U.S. Congress enacted a nondischargeability provision to ‘ensure the viability of student loan programs by preventing students with fraudulent intentions from deliberately abusing the bankruptcy system by incurring massive loan obligations, obtaining a free education, then filing a petition to have all their debts wiped out’”.

⁷⁰ Asimismo, ATKINSON (2010-2011), p. 17.

⁷¹ En tal sentido POTTOW (2006-2007), p. 254. ATKINSON (2010-2011), p. 22, citando a POTTOW (2006-2007), indica que “*Soft fraud* refers to the behavior of the graduate who, in good faith, incurs a large educational loan debt only to realize upon graduation that ‘she faces the prospect of amortizing a multi-decade loan, when she has few personal assets to her name other than well-highlighted books’”. Desde esta perspectiva, se indica por BEN-ISHAH (2006-2007), pp. 231-232, que bajo las modificaciones legislativas que aumentan el grado de dificultad para la descarga de deudas por créditos educacionales se encuentra el razonamiento de que, con base en la protección del interés público, los beneficiarios de la educación deberían ser requeridos para contribuir al costo de su educación a través de tasas, lo que llevado al ámbito de *bankruptcy law*, implica que los estudiantes no son aptos para evadir aquella obligación de contribución a través del *discharge*. En el mismo

erradamente a los deudores de créditos educacionales como particularmente deshonestos⁷².

Dicho lo anterior, se estima por la doctrina dominante que la excesiva protección que la regulación actual de los créditos educacionales presenta el *Bankruptcy Code* —al impedir su descargabilidad— es ineficaz⁷³, innecesaria⁷⁴, inadecuada⁷⁵ e injustificada⁷⁶; todo lo cual favorece la conclusión de un necesario cambio de la regulación que permita su descargabilidad.

Considerando el ejemplo anterior, y sabiendo que hoy los procedimientos concursales de la persona natural son caracterizados como de alto contenido y efecto social⁷⁷, la justificación del tipo de regulación de tratamiento de la insolvencia o sobreendeudamiento de la persona natural ya no se encuentra solo en la protección de la *par conditio creditorum* y los

sentido, POTTOW (2006-2007), p. 250, establece: “These successive legislative restrictions [aludiendo a las modificaciones legislativas del Bankruptcy Code de los años 1990 y 1998] made clear ‘Congress’s intent to make it harder for a student to shift his debt responsibility onto the taxpayer’”; mientras que ATKINSON (2010-2011), p. 23, señala respecto a la prevención del *soft fraud* como justificativo de la excepción al descargo de la deuda, que “[the] suggestion is that because higher education correlates with higher incomes for the population generally, the duty to repay educational loans in bankruptcy is appropriate, although contrary, to the spirit of a fresh start”.

⁷² SIMKOVIC (2013), p. 615, considerando lo dicho por POTTOW (2006-2007), señala: “Professor Pottow considers the possibility that student debtors are particularly dishonest and student loans presumptively fraudulent and the similar possibility that the inalienability of an education and higher future wages incentivizes opportunistic behavior”.

⁷³ BEN-ISHAI (2006-2007), p. 237.

⁷⁴ SIMKOVIC (2013), p. 614.

⁷⁵ PARDO and LACEY (2005-2006), p. 429, expresan: “[...] the Bankruptcy Code’s educational debt provision is ineffective and unnecessary to meet the first policy objective [esto es, proteger el sistema de crédito estudiantil] and is unsuitable to meet the second [esto es, prevenir el abuso de los estudiantes]”.

⁷⁶ POTTOW (2006-2007), p. 266, critica la teoría del fraude por existir poca evidencia que lo demuestre, considerando que la Bankruptcy Law ya contiene una norma que sanciona al deudor haciendo su deuda no descargable cuando ha sido asumida con fraude, esto es, sección 523(a)(2). Por su parte, critica la teoría del *soft fraud* en cuanto a su ejecución, considerando que existirían otras formas para prevenir el “oportunismo” que pudiere existir en los estudiantes, como es el caso del *income-contingent model*, el cual, tal como en países como Australia y Nueva Zelanda —y ciertas regulaciones de créditos estudiantiles en Chile— el pago de deudas estudiantiles es un esfuerzo variable, y la cuota de pago es determinada a través de un porcentaje de los ingresos del deudor. En este último sentido, en p. 267, expresa: “If the true underlying motivation for student debt nondischargeability is translation of the educational benefit received into a higher income stream for the erstwhile student, then surely the better path is one that is sensitive to whether that income stream has, in fact, materialized”.

⁷⁷ RAYMOND (2008), p. 321; FLINT (1991), p. 336; SOUSA (2009-2010), p. 58; JACOBY (2001-2002), p. 239 y GARRIDO (2014), p. 204.

intereses de los acreedores o, incluso, del solo interés del deudor⁷⁸. Por el contrario, la motivación de la regulación se sustenta en la consideración de que el problema de la insolvencia y el sobreendeudamiento no solo afecta al deudor, sino que tiene, también, efectos en terceros, con alcances sociales⁷⁹. Tales efectos y alcances, de manera especial y como consecuencia de la prevención de una *negative externalitie*, se reflejan en aquellos que se encuentran o estuvieron en situación de dependencia respecto del deudor⁸⁰, como los miembros de su familia cercana o aquellos que con fundamento en el bien común o con ocasión de una conducta de mala fe, negligente o dolosa del deudor, tienen interés en que la obligación respectiva que nace de tales hechos no sea descargada.

Teniendo en cuenta la dificultosa situación en que se encuentran los deudores de créditos educacionales en Estados Unidos, y teniendo, además, presente la copiosa doctrina⁸¹ surgida en los últimos años que intenta entregar una solución a la problemática y una efectiva protección a los intereses de los deudores; consideramos acertada la no incorporación en el ordenamiento francés de una excepción a la condonación de deudas que se refiera a este tipo de obligaciones. En efecto, comprendiéndose las deudas por créditos educacionales en una no menor fuente de sobreendeudamiento de particulares a temprana edad –antes, incluso, que encuentren un trabajo con el cual hacer frente a su obligación–, el hecho de que la expectativa del acreedor no se cumpla atendido a circunstancias que no le empecen al deudor y su crédito no sea cubierto ni permanezca vigente más allá del procedimiento de reestablecimiento, obedece a la razón expresamente determinada por la doctrina como presente en las bases de la legislación de sobreendeudamiento de particulares del derecho francés, esto es, la teoría de la imprevisión⁸²; la cual posibilita que el deudor no se encuentre obligado por deudas más allá de

⁷⁸ FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 173, no existe obligación para la Comisión de respetar el principio de igualdad de los acreedores y, por el contrario, debe poner todo de su parte para obtener de los acreedores el sacrificio de manera de asegurar la viabilidad del plan y, en definitiva, la recuperación del deudor. PAISANT (2002), p. 173, expresa: “[...] on sait bien que le principe de l’égalité entre les créanciers est ici écarté”.

⁷⁹ ZYWICKI (2000-2001), p. 395; HUGON (2005), pp. 13-14; LAURIAT et VIGNEAU (2014), p. 51. En este sentido, GARRIDO (2014), p. 204, expresa que un sistema concursal de personas naturales “[...] sitúa los elementos humanos de los problemas de endeudamiento en el centro del sistema [...]”.

⁸⁰ ELLIOTT (1987), p. 109; FIELDSTONE (1993-1994), p. 150, n. 6.

⁸¹ En tal sentido, BEN-ISHAÏ (2006-2007), p. 237; SIMKOVIC (2013), p. 614; PARDO and LACEY (2005-2006), p. 429; POTTOW (2006-2007), p. 266.

⁸² GRYNBAUM (2002), p. 5; VIGNEAU et BOURIN (2012), p. 18.

las expectativas de cobro del deudor, el cual, además, es el que asume el riesgo del incumplimiento⁸³.

Por otro lado, considerándose la completa justificación y comprensión de la teoría de la utilidad del deudor⁸⁴, y teniendo en cuenta el carácter proteccionista del modelo de procedimiento de sobreendeudamiento de particulares francés⁸⁵, se precisa otorgar respuestas a través del sistema concursal a las necesidades actuales del deudor, subyacentes tanto a su bienestar como considerando aquellas de su entorno familiar. Así, ciertas excepciones a la extinción de deudas deben tener justificación en el tratamiento humanitario que, atendido su objetivo, el sistema concursal debe otorgar no solo al deudor, sino, también, a quienes dependen o han dependido de él para una vida o proyección de vida dignas. Otras excepciones que no cumplan tales condiciones, como el caso, por ejemplo, de las deudas por créditos educacionales en el modelo estadounidense, no deben ser contempladas en la legislación⁸⁶.

Finalmente, y siguiendo modelos comparados⁸⁷, la necesidad de que las excepciones a la descarga de deudas tengan expresa mención⁸⁸ en

⁸³ JUDE (2003), p. 93, citando a Gorla y Lévy, explica que, considerando las modernas teorías jurídicas de obligaciones, los caracteres del procedimiento de *surendettement de particuliers* se explican en función de lo que el derecho comunitario, y en el ámbito interno el inglés, consideran en torno a la teoría de las expectativas razonables del acreedor. Tales expectativas serían las que fundan la fuerza obligatoria de los contratos, con lo cual, no estando el deudor obligado a más que la expectativa razonable de su acreedor, cualquier incumplimiento de la promesa contractual deviene en una práctica tolerada, una simple probabilidad presente en la expectativa razonable de cumplimiento, que le hace perder todo carácter moralmente objetable o censurable, y que permite, por tanto, que puede ser objeto de descuento, aseguración o, incluso, ser diluido en una masa de obligaciones como lo es en el procedimiento de sobreendeudamiento de particulares.

⁸⁴ En este sentido, SOUSA (2009-2010), pp. 599-601.

⁸⁵ GRYNBAUM (2002), p. 4, explica que las leyes relativas al tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares “[...] autorise la révision des contrats dans le but de protéger toute personne qui se trouve en grande difficulté financière”.

⁸⁶ *La guía legislativa sobre el régimen de insolvencia de UNCITRAL*, p. 336, recomienda que cuando un régimen de la insolvencia prevea la imposición de condiciones y la exclusión de ciertas deudas de la exoneración, será conveniente que esas condiciones y exclusiones sean mínimas, con el objetivo de facilitar que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme.

⁸⁷ En el caso de Estados Unidos, las excepciones al *discharge* se contemplan con carácter de *numerus clausus* y expresamente en la sección 523(a) del *Bankruptcy Code*. En este sentido, RAYMOND (2008) p. 334. En el modelo francés las excepciones a la *effacement* de deudas son establecidas en el art. L.711-4 del *Code de la Consommation*. Por su parte, el modelo colombiano en el art. 571 n.º 1, inciso segundo, del *Código General del Proceso*, establece expresamente la excepción respecto de las deudas por obligaciones alimenticias.

⁸⁸ *La guía legislativa sobre el régimen de insolvencia de UNCITRAL*, pp. 334-336, recomendación 195, señala que en la medida de lo posible, y por razones de transparencia

la ley obedece, precisamente, a su naturaleza de excepción al que se constituye en objetivo y efecto principal del procedimiento concursal de la persona natural. En tal sentido, la necesaria certeza jurídica que deben tener tanto acreedores como principalmente el deudor, a quien, por esencia, este tipo de procedimiento concursal protege, exige que las excepciones al *discharge* se encuentren claramente determinadas⁸⁹, con la finalidad de prevenir efectos desfavorables o injustos en sus intereses. Ante la admisibilidad de una delimitación no expresa de las excepciones al *discharge* en nuestro ordenamiento, y tomando como ejemplo el caso de la consagración indeterminada del *undue hardship* en la excepción al *discharge* de los créditos educacionales en el modelo estadounidense, estimamos que tales efectos desfavorables o injustos tendrían base en una incierta y caprichosa multiplicidad de criterios aplicables por los tribunales para su delimitación⁹⁰, así como en un incorrecto o inadecuado entendimiento del necesario equilibrio que debe existir entre las justificaciones

y previsibilidad, convendría enunciar claramente en el régimen los tipos de deudas que no podrán ser objeto de exoneración.

⁸⁹ STEWART (2001), p. 797, expresa: “Since bankruptcy laws favor dischargeability, it is well-established that exceptions to discharge should be narrowly construed against the creditor and in favor of the debtor. However, courts can construe the [exceptions] no more narrowly than the language [of the statute] and legislative history allow”.

⁹⁰ En este sentido, otra de las críticas que se plantea al modelo estadounidense en torno a la consagración de la excepción al *discharge* de deudas por créditos estudiantiles se centra en la indeterminada noción del vocablo ‘*undue hardship*’ que como contraexcepción contiene la norma de la sección 523(a)(8). En efecto, los autores son contestes en que la dificultad se encuentra en un problema de interpretación, que se traduce en intuitivas predicciones, abstracta generalización y disparidad de criterios que las cortes han utilizado a la hora de determinar la descargabilidad de las deudas por créditos estudiantiles sobre la base del test del *undue hardship*, el que no siendo uniformes, contempla en sus distintas formas de aplicación práctica diversos criterios con multiplicidad de factores que las cortes han utilizado de manera variada; todo lo cual, a su vez, atenta contra el objetivo principal del procedimiento concursal de la persona natural, de otorgar un efectivo *discharge* al deudor. En este sentido. SIMKOVIK (2013), p. 613, citando a PARDO and LACEY (2009), señala que el profesor Rafael Pardo indica: “[...] hardship remains in the eye of the beholder: in practice, discharge depends more on the particular bankruptcy judge than on the objectively measurable financial condition of the student debtor”. PARDO and LACEY (2009), p. 184. BEN-ISHAI (2006-2007), pp. 223, 225 y 241, critica la falta de guías en la regulación para las decisiones judiciales en torno a determinar el ámbito de aplicación de la excepción. Pardo and Lacey (2005-2006), p. 480. PARDO and LACEY (2009), p. 234, afirman: “When disparate treatment results from the judge to whom a case has been assigned, rather than from differences in the factual characteristics underlying a debtor’s claim of undue hardship, we have a uniform law only in form and not in substance. In the context of undue hardship discharge litigation, this has the consequence of denying access to justice and thus undermining the fresh start principle enshrined in the Bankruptcy Code”; PARDO and LACEY (2005-2006), p. 520; ATKINSON (2010-2011), pp. 21-22.

y fundamentos subyacentes a su establecimiento, con los fundamentos y objetivos del procedimiento concursal y del *fresh start*⁹¹. Como muestra un botón: la sentencia objeto de análisis en este trabajo.

3. Cuestiones relativas a la buena fe del deudor y su nivel de endeudamiento en cuanto vinculación con el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales de la persona deudora

En el ámbito comparado, la liberación de la responsabilidad personal del deudor por las deudas anteriores a la solicitud del concurso o *discharge* solo es procedente para los deudores honestos pero desafortunados (*honest but unfortunated*) o deudores de buena fe⁹².

La cuestión de la buena fe del deudor tiene implicancias en dos aristas de importante consideración⁹³. Por un lado, la honestidad del deudor tiene relación con la conducta directa llevada a cabo en el procedimiento concursal y con respecto a sus acreedores durante y con posterioridad a la contratación y, por otro, se relaciona con las causas del estado de crisis económico-financiera del deudor, lo que, a su turno, precisa diferenciar aquellas situaciones de sobreendeudamiento activo y pasivo. En este último sentido, el sobreendeudamiento activo se produce en aquellos supuestos en que el consumidor provoca de forma dolosa o, al menos, negligente, su propio estado de insolvencia, aumentando su endeudamiento excesiva

⁹¹ En este sentido, SINGER (1997), p. 331, expresa: “In determining whether a particular obligation falls within one of the enumerated exceptions to dischargeability, it is universally agreed that the statute should, as a matter of public policy, generally be construed liberally in favor of the debtor and strictly against the objecting creditor”, de donde podemos colegir que mientras una excepción no se encuentre establecida expresamente en la ley, la interpretación debe ser en pro del deudor, toda vez que, agrega: “Any other construction would be palpably inconsistent with the ‘fresh start’ principles which lie at the very heart of the entire bankruptcy system”.

⁹² JACKSON (1984-1985), p. 1393; SOUSA (2009-2010), p. 567 y FLINT (1991), p. 515, n. 3; TABB (2001-2002), p. 7; RUSCH (1996), p. 95; ASENSI (2014), p. 356. RAYMOND (2008), pp. 308-309; PAISANT (1998), p. 694; PAISANT (2006), p. 488; GRYNBAUM (2002), p. 6; FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 45. El modelo español, en el art. 178 bis. 3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, exige expreamente buena fe del deudor para otorgarle el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho o deuda restante. Por su parte, más cercano a nuestro ordenamiento, el art. 571 n.º 1 del *Código General del Proceso* colombiano establece, a similitud del modelo alemán, ciertos supuestos o condiciones que, vinculadas a la conducta del deudor, actúan como causas para negar la mutación en naturales de las obligaciones comprendidas en la liquidación.

⁹³ Para mayor información respecto de cuestiones teóricas vinculadas a la buena fe del deudor y la necesidad de que en nuestro ordenamiento se contemple la exigencia de evaluación de la conducta del deudor para acceder al procedimiento concursal y, de esta forma, obtener un *fresh start*, ALARCÓN (2018), apartados II.2 y IV.1, en prensa.

e irreflexivamente⁹⁴. De acuerdo con lo anterior, al hablar de un deudor de buena fe nos referimos a uno diligente, un deudor que ha incurrido en un sobreendeudamiento pasivo, esto es, una sobrecarga de deudas motivada por circunstancias imprevisibles y ajenas a su voluntad⁹⁵. Pensemos en un deudor que repentinamente se ve ahogado en deudas por una enfermedad grave de él o un miembro de su familia, por la pérdida de su trabajo, por divorcio⁹⁶.

Por otro lado, en cuanto a la conducta del deudor en relación con el procedimiento concursal y a sus acreedores, uno honesto, pero desafortunado, es aquel que se merece el beneficio del *discharge* o mecanismo de extinción de deudas y, por tanto, del procedimiento concursal, atendido a que ha llevado a cabo una conducta caracterizada por la ignorancia de las dificultades de respetar las obligaciones asumidas, esto es, por una lealtad y honestidad⁹⁷ que excluye toda intención malévola⁹⁸ para con sus acreedores⁹⁹ y con respecto al inicio y curso progresivo del procedimiento

⁹⁴ ÁLVAREZ (2008), p. 304; RAYMOND (2008), p. 310. TAMAYO (2008), pp. 349-350, dando cuenta de la diferencia, explica que la misma es importante a la hora de la consideración de política de los Estados en torno a si solo merece una especial protección el consumidor sobreendeudado por causas sobrevenidas y ajenas a su voluntad, o si debe extenderse, también, al consumidor que negligentemente ha asumido créditos excesivos.

⁹⁵ GRYNBAUM (2002), p. 5. Por su parte, RAYMOND (2008), p. 310, señala que la buena fe hoy conlleva una causa del sobreendeudamiento debido a eventos exteriores, previsibles, que conviene llamar como accidentes de la vida.

⁹⁶ PAISANT (2008), p. 239, expresa que desde mediados de la década y hasta los años 2000 se pasó al problema del sobreendeudamiento pasivo, esto es, “persona que son víctimas de [...] accidentes de la vida, por ejemplo el desempleo, un divorcio o un problema de salud grave”.

⁹⁷ GRYNBAUM (2002), p. 6, explica que la buena fe termina siendo “[...] une exigence de loyauté contractuelle permanente [...]”, lo que a su vez permite dar justificación a la intervención del juez en los contratos del deudor sobre endeudado con la finalidad de proceder a su adaptación.

⁹⁸ En tal sentido, FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 45, expresan: “La notion de bonne foi apparaît alors comme une norme morale de comportement appréciee un abstracto selon les bons usages de la vie en société. C’est cette ‘bonne foi loyauté’ que le droit positif impose dans les relations contractuelles et que la doctrine française assimile à un véritable principe général”, asimilado a un principio general.

⁹⁹ Desde un enfoque de análisis de la buena fe contractual, se evalúa la buena fe del deudor pendiente la fase de endeudamiento, esto es, se pone atención en las condiciones y circunstancias en las que contrató o se endeudó. En este sentido FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 44, indican que siendo asumido por la mayoría de la jurisprudencia, en la definición de la buena fe para efectos del procedimiento de sobreendeudamiento de particulares se encuentran posturas con un enfoque contractual, en el cual el análisis se lleva a cabo respecto del comportamiento global del deudor, inclusive al tiempo de asumir la obligación. GRYNBAUM (2002), p. 6, expresa que la buena fe contractual es apreciada “[...] au moment de la conclusion des contrats [...]”.

concurstal¹⁰⁰. Es el deudor que no se aprovecha o abusa del beneficio del procedimiento concursal de la persona natural.

Considerando lo dicho, la cuestión del abuso por parte del deudor del procedimiento concursal ha sido siempre un tema preocupante para todos los ordenamientos con consolidados sistemas concursales de personas naturales o físicas¹⁰¹. La cuestión es: ¿cómo prevenir que los deudores abusen o se aprovechen del procedimiento y del mecanismo de liberación de deudas? A modo de ejemplo, en Estados Unidos, aunque de manera muy criticada por lo excesivamente automático¹⁰², discriminatorio en ciertos casos¹⁰³ y sin sentido para prevenir el abuso¹⁰⁴, se da cuenta de un mecanismo como el *means test* o test de recursos, el cual, basado en la capacidad de pago, impide a los deudores acceder al procedimiento de liquidación y, por tanto, beneficiarse del *fresh start*¹⁰⁵. Alemania, por otro lado, consagra un sistema que determina específicamente los casos en

¹⁰⁰ Un enfoque de análisis de la buena fe procedimental evalúa el comportamiento del deudor al tiempo de la apertura o transcurso del procedimiento, constituyéndose, en la práctica, en ciertos actos expresamente determinados en el texto de ley. En tal sentido, GRYNBAUM (2002), p. 6, expresa que la buena fe procedimental importa un análisis “[...] au lors de l’ouverture de la procédure”. Por su parte, FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 44. Es aquella situación de hecho en la que se encuentra el deudor por mentir o disimular respecto de un hecho o situación que, de tenerse en conocimiento por la Comisión de Sobreendeudamiento o el juez, conduce a la declaración de inadmisibilidad de la demanda o una modificación de las medidas de desendeudamiento o recuperación (*redressement*) del deudor.

¹⁰¹ ORDIN (1982-1983), p. 1795, da cuenta de la preocupación de las cortes en el derecho estadounidense en torno a la prevención del abuso.

¹⁰² GRAY (2007), p. 227. De acuerdo con BERTLETT (2008), p. 100, el mecanismo compara los ingresos efectivos del deudor con un monto mínimo de ingresos expresamente determinado en la ley, de manera tal de discriminar de forma automática entre deudores que se encuentran por debajo del umbral de tales ingresos y que podrán ser sujetos de protección del capítulo 7 de liquidación accediendo a un rápido *discharge*, y aquellos que cuentan con ingresos por sobre el mínimo legal preestablecido, caso en el que presumiéndose de manera automática que el deudor ha abusado del procedimiento concursal, deberá someterse a un plan de pagos del capítulo 13. PÉREZ (2013), pp. 989-990, da cuenta del carácter rígido y mecánico de la fórmula del *means test*. OLAZABAL and FOTI (2002-2003), p. 338, aludiendo y criticando el *means test*, afirman que una regla mecánica no toma en consideración el lado humano de la ley.

¹⁰³ BERTLETT (2008), p. 104; ESPY (2004-2005), pp. 1405-1406, calificando al *means test* como un universal y objetivo estándar de *substantial abuse*.

¹⁰⁴ GRAY (2007), p. 228; PÉREZ (2013), p. 287; WHITE (2007), p. 291; OLAZABAL and FOTI (2002-2003), p. 350; LAWLESS (2008), p. 385.

¹⁰⁵ BRAUCHER (2005-2006), p. 1324, señala: “The 2005 Act took state median income as a threshold for presumed abuse, categorizing anyone at or below median income as not subject to a presumed abuse challenge”. Explicando el mecanismo, CULHANE and WHITE (1999) p. 668; MURPHY and DION (2008), p. 416; FLINT (1991), p. 338; LANDRY and MARDYS (2006), p. 105; WEDOFF (2005), p. 234.

los que se entenderá que el deudor se encuentra de mala fe para efectos de negarle el *discharge*. En el caso de España, se enumeran supuestos en los que el deudor se encontrará de buena fe para ser favorecido con el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho¹⁰⁶. Tanto en el modelo alemán como en el español, los casos de mala fe se vinculan solo con la conducta del deudor en relación con su colaboración diligente y honesta en el procedimiento concursal, como en relación con su honestidad para con sus acreedores¹⁰⁷.

El caso de Francia llama especialmente la atención puesto que combina la exigencia de buena fe del deudor como requisito de acceso al procedimiento concursal¹⁰⁸, con un mecanismo posterior basado en la exigencia de evaluación de su nivel de endeudamiento¹⁰⁹ para determinar el ámbito de aplicación de los diversos mecanismos que el procedimiento de sobreendeudamiento consagra en su beneficio¹¹⁰. En este sentido, el modelo francés combina adecuadamente la evaluación de la buena fe y el nivel de endeudamiento del deudor para cada caso particular, de manera que solo sea otorgado un *fresh start* a los que, primero, se lo merecen, y segundo, cuando el *discharge* es la única posibilidad de tratar con una situación económica irremediamente comprometida o de irremediable insolvencia¹¹¹. En esencia, luego de evaluarse la buena o mala fe del deudor para acceder al procedimiento concursal, y tras determinarse su nivel de endeudamiento, en caso de que este sea menor y, por tanto, el deudor tenga recursos y bienes suficientes para afrontar pagos de deudas, la Comisión de Sobreendeudamiento puede dar lugar a un procedimiento administrativo ante el mismo órgano estableciendo medidas de desendeudamiento o enderezamiento (*redressement*) acordadas de forma amigable por las partes o, en su defecto, impuestas por la Comisión. Por su parte, en casos de sobreendeudamiento de mayor gravedad, la evaluación de

¹⁰⁶ El art. 178 bis 3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece: “Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe”; enumerando los casos en que se entenderá que el deudor se encuentra de buena fe para ser beneficiario del *discharge*.

¹⁰⁷ ZABALETA (2005), p. 890. En el mismo sentido, ASENSI (2014), p. 365.

¹⁰⁸ El modelo considera tanto casos expresamente determinados por la ley como a una cláusula genérica de buena fe. VIGENAU et BOURIN (2012), p. 44; RAYMOND (2008), pp. 307 y 309; PAISANT (2006), p. 488; SERRANO (2010), p. 68.

¹⁰⁹ VIGENAU et BOURIN (2012), p. 25; GRYNBAUM (2002), p. 5.

¹¹⁰ PAISANT (2003), p. 674; PAISANT (2010), p. 213; GRYNBAUM (2002), p. 5.

¹¹¹ En tal sentido, KILBORN (2004-2005), p. 655, da cuenta que a diferencia del sistema estadounidense, el sistema francés reserva esta última medida de alivio a aquellos pocos deudores que se encuentran financieramente sobreendeudados y económicamente marginados, esto es, deudores cuya situación la comisión identifica como *irremediamente comprometida*.

la Comisión puede dar lugar a un procedimiento de reestablecimiento personal (*procédure du rétablissement personnel*), en el que, pudiendo o no haber liquidación de bienes en función de su existencia en el patrimonio del deudor, accederá a la *effacement* o condonación de deudas de manera directa¹¹².

En el caso de Alemania, aunque el procedimiento concursal privilegia la satisfacción de los acreedores en el procedimiento de alivio de la deuda residual (*restschuldbefreiungsverfahren*) a través de un periodo de buena conducta (*wohlverhaltensperiode*), es destacable que desde el año 2004 se han planteado y discutido algunas reformas a la InsO, cuyo objetivo ha sido proveer de mejoras procedimentales para los casos de deudores sin recursos o completamente indigentes. Ello, en estricto rigor, significa considerar el nivel de endeudamiento del deudor para efectos de configurar o implementar el procedimiento¹¹³.

De acuerdo con lo anterior, la experiencia comparada muestra que un requisito de acceso al procedimiento concursal, basado en una adecuada evaluación de la buena fe, opera precisamente como herramienta eficiente para prevenir el abuso¹¹⁴ a la hora de servirse el deudor de los procedimientos concursales, al tiempo de asegurar que el sistema otorgue alivio solo a aquel que sea merecedor de la protección del procedimiento en cualquiera de sus vertientes¹¹⁵. Pero, además, vemos que la necesidad de evaluación del nivel de endeudamiento es esencial para delimitar el ámbito de aplicación de los mecanismos que serán utilizados para otorgar solución al deudor en el procedimiento concursal, en especial si el ordenamiento contempla diversos procedimientos cuyos objetivos concretos son, por un lado, fomentar o propiciar, aunque sea en parte, el

¹¹² GRYNBAUM (2002), p. 5; FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 288.

¹¹³ Para ejemplificar esta vinculación del problema de la falta de recursos del deudor y la necesidad de un procedimiento acorde a tal situación WIEDEMAN (2004), pp. 647 y 652; STEPHAN (2004), p. 506; PAPE (2007), p. 240; PAPE (2012), p. 152.

¹¹⁴ Así, ORDIN (1982-1983), p. 1796, expresa: “The Code cases dealing with good faith disclose a common theme: abuse of the bankruptcy process”. En igual sentido GARRIDO (2014), p. 332.

¹¹⁵ En este sentido, RUSCH (1996), pp. 55-56 y BALSER (1985-1986), p. 1028, establecen la relación entre la exigencia de buena fe del deudor y la prevención del abuso del procedimiento concursal. *La guía legislativa sobre régimen de insolvencia de UNCITRAL*, p. 333, para elegir de entre las muchas opciones de regímenes de insolvencia de la persona natural a la hora de implementarse una regulación específica, recomienda: “Si la finalidad implícita del régimen de la insolvencia es superar las dificultades financieras del deudor y facilitarle un nuevo comienzo a fin de fomentar la actividad empresarial y asumir sus riesgos, podrá exonerarse, tras la liquidación, a todo deudor honrado que se haya mostrado dispuesto a cooperar y que haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia, imponiéndole restricciones mínimas”.

cumplimiento de la obligación a través del pago y, por otro, la liquidación y el consecuente *fresh start*¹¹⁶. En efecto, si bien en algunos casos el nivel de endeudamiento y la capacidad de pago del deudor permitirán que se haga cargo de las deudas en el procedimiento concursal, en otros, un nivel de endeudamiento grave —pero de buena fe— solo podría solucionarse a través de la liquidación y correspondiente *discharge*.

IV. BREVE REFERENCIA A NUESTRO ORDENAMIENTO CONCURSAL EN LA LEY N.º 20720

1. Nuestro ordenamiento no contempla excepciones a la extinción de deudas (discharge)

Las normas destinadas a tratar los efectos de las resoluciones que ponen término al procedimiento de renegociación y de liquidación, arts. 281 y 285 en relación con el art. 255, no contemplan obligaciones susceptibles de ser eximidas del efecto extintivo de la resolución de término del procedimiento concursal de liquidación, a pesar de que en nuestra legislación, al igual que en el ordenamiento francés, alemán y algunas del sistema estadounidense, las mismas se constituyan en beneficio directo de determinadas personas en situación de dependencia con respecto al deudor, o respecto de quienes por motivos de interés general sea conveniente su mantención como vigentes¹¹⁷.

Fuera del ámbito de la Ley Concursal, el art. 8 del mismo cuerpo normativo señala que la regulación concursal será aplicable en caso de que una ley especial no disponga una normativa distinta¹¹⁸, dejando, por un lado, la puerta abierta para que una ley especial regule materias relativas al tratamiento de la insolvencia, y, por otro; dando cuenta del carácter subsidiario de la Ley n.º 20720.

¹¹⁶ Nos referimos en estos casos, y desde el punto de vista de nuestra legislación, a los procedimientos concursales de renegociación y de liquidación de la persona natural, respectivamente.

¹¹⁷ Para mayor información respecto de la necesidad de que ciertas excepciones al *discharge* sean contempladas en nuestro ordenamiento, ALARCÓN (2018), apartado IV.2, en prensa.

¹¹⁸ El artículo dispone: “Exigibilidad. Las normas contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las disposiciones de esta ley.

Aquellas materias que no estén reguladas expresamente por leyes especiales, se regirán supletoriamente por las disposiciones de esta ley”. De la revisión de la *Historia de la Ley*, n.º 20720, se aprecia que el profesor Rafael Gómez Balmaceda instó en Informe de Constitución ante la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, p. 52, que el precepto, aunque efectivamente referido a la especialidad de la ley, debía ser eliminado atendido a que el *Código Civil*, en su art. 13, salvaría la regla con una redacción clara.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de las normas relativas al tratamiento de la insolvencia que una ley distinta a la Ley Concursal quisiera disponer, el mismo art. 8, inciso segundo, señala claramente que tal regulación debe ser expresa. En efecto, la norma dispone: “Aquellas materias que no estén reguladas expresamente por leyes especiales, se regirán supletoriamente por las disposiciones de esta ley”. *A contrario sensu*, cuando una regulación distinta a la Ley Concursal no lo establezca expresamente, los casos y situaciones fácticas habrán de regirse por el procedimiento concursal.

Para lo que interesa, y en materia específica de excepciones al *discharge*, la norma impone la necesidad de determinar si en tales leyes especiales existe o no una expresa determinación de una excepción al efecto extintivo de la Ley Concursal para un tipo específico de obligación. Lo contrario, importará que la deuda originada en el incumplimiento de la obligación respectiva sea extinguida al término del procedimiento concursal de liquidación.

2. Nuestro ordenamiento no exige buena fe del deudor como requisito de acceso al discharge, pero sí consideraría el nivel de endeudamiento para definir el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales de la persona natural deudora

34

En cuanto a la exigencia de buena fe del deudor para acceder al *discharge*, ni en la *Historia de la Ley*, ni en las normas que dan cuenta del ámbito de aplicación del procedimiento de renegociación y de liquidación –arts. 260, 273 y 282 respectivamente– existió discusión o consagración, respectivamente, en torno a la necesidad de considerar una evaluación de la conducta del deudor –anterior y/o coetánea al inicio del concurso– como requisito de acceso al procedimiento y, por tanto, al *fresh start*¹¹⁹.

¹¹⁹ Lo indicado llama la atención al conocer que en un antecedente de la actual regulación del efecto extintivo de las obligaciones del *fresh start* nacional, y tal como lo describe GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011), p. 460, el mensaje del Ejecutivo al presentar el proyecto de la Ley n.º 4558 ya hacía alusión a la buena fe del deudor para favorecerle con el efecto extintivo de las obligaciones del sobreseimiento definitivo extraordinario, al señalar: “No siempre el fallido ha llegado a su infortunio merced a la culpa o al fraude; muchas veces han sido la casualidad de los reveses del destino los que lo han arrastrado al incumplimiento de sus obligaciones. Y entonces su condición reclama benignidad, porque necesita mirar el porvenir con confianza y estímulo para que pueda emprender de nuevo el camino del esfuerzo y quizá del éxito”. Por otro lado, y, además, para otorgar la extinción de deudas en el sobreseimiento definitivo del art. 165 del *Código de Comercio*, la antigua regulación de la quiebra consideraba la buena conducta del deudor al exigir que el sobreseimiento definitivo extraordinario y, por tanto, su efecto extintivo en las obligaciones, fuera otorgado solo en caso de que la quiebra hubiere sido calificada de fortuita (n. 2).

En cuanto a la necesidad de evaluación del nivel de endeudamiento del deudor en el procedimiento concursal, y, aunque la Ley Concursal no lo establece expresamente, creemos que el art. 282 contempla en su redacción una exigencia que permite diferenciar la aplicación del procedimiento entre uno de renegociación y uno de liquidación forzosa basado en la evaluación del estado patrimonial –o si se quiere, desde la visión comparada, evaluación del nivel de endeudamiento– y capacidad de pago del deudor.

En efecto, el art. 282, que alude al ámbito de aplicación el procedimiento concursal de liquidación forzosa para una persona deudora, en lo pertinente expresa que mientras no se declare la admisibilidad de un procedimiento concursal de renegociación, cualquier acreedor podrá solicitar el inicio del procedimiento concursal de liquidación,

“siempre que [...] no se hubieren presentado dentro de los cuatro días siguientes al respectivo requerimiento, bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas”.

A pesar de que la redacción de la Ley Concursal no establece un requisito de diferenciación del ámbito de aplicación de los procedimientos aplicables a una persona natural deudora¹²⁰, estimamos que la expresión utilizada por el art. 282, “bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas”, debe ser interpretada como un requisito de aplicación del procedimiento de liquidación forzosa en función de la situación económica y capacidad de pago actual y futura del deudor, y que, por tanto, hace exigible una evaluación o constatación previa de tal capacidad.

35

La única mención, aunque no expresa, a la conducta del deudor, y en lo que podría considerarse una referencia al ámbito de aplicación de la Ley n.º 20720, la efectuó el senador Juan Pablo Letelier, en la discusión en sala del Senado, en primer trámite constitucional, *Historia de la Ley*, n.º 20720, p. 259, al indicar que el procedimiento concursal de la persona natural debía ser otorgado a quienes se encontraran en causales claras de insolvencia, como pérdida del empleo, incapacidad temporal o permanente sobreviniente, enfermedad grave o crónica, fallecimiento del cónyuge o asunción de gastos imprevistos producto de coyunturas especiales; todas las cuales en estricto rigor hacen referencia a situaciones de insolvencia generadas por circunstancias no queridas o prevista, ni generadas con negligencia o dolo, por el deudor, esto es, casos de sobreendeudamiento pasivo.

¹²⁰ Los arts. 2 n.º 13 y 25 solo se limitan a definir el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales para una empresa deudora, o para una persona natural deudora, en función de la definición que respecto de ellas efectúa; sin embargo, no considera un criterio o requisito delimitador del ámbito de aplicación de los procedimientos concursales aplicables a una persona natural deudora.

En este sentido, se ha indicado:

“el requisito de la no presentación oportuna y suficiente de bienes para responder a la prestación que se adeuda y de sus costas, es indiciario de que la empresa deudora [y entendemos, cualquier tipo de deudor, incluido el deudor persona natural] no tiene capacidad objetiva para solucionar sus obligaciones y exterioriza o revela su estado de cesación de pagos, causa que justifica el inicio del procedimiento concursal de liquidación forzosa en su contra”¹²¹.

Si bien tal apreciación vincula el requisito de “presentación de bienes suficientes” con la aparición de bienes en un embargo¹²², desde nuestro punto de vista la expresión hace alusión a un concepto amplio que engloba todos los recursos actuales y futuros existentes en el patrimonio del deudor con los cuales hacer frente al pasivo y que bien debieran ser considerados y evaluados al inicio del procedimiento concursal.

Así las cosas, y de acuerdo con esta interpretación, un procedimiento concursal de liquidación forzosa es aplicable, en contraste a uno de renegociación, solo cuando de una previa evaluación de la situación económica financiera del deudor se desprenda que no presenta bienes o recursos suficientes actuales o futuros para hacer frente a sus obligaciones adeudadas en un procedimiento de renegociación, esto es, cuando no tenga capacidad de pago actual y futura. Aunque las normas relativas al procedimiento concursal de liquidación voluntaria de una persona natural no se refieren a esta exigencia, creemos que la misma se debe entender plenamente aplicable atendido la lógica de funcionamiento, fundamentos y objetivo del procedimientos concursal de la persona natural deudora.

Entendemos que la interpretación anterior posibilita una mayor sistematización del procedimiento concursal de la persona natural al tiempo de otorgar certeza jurídica a los deudores, puesto que, en afinidad con ordenamientos comparados como el francés, con ello se satisface la necesidad de una obligada evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor con la intención de configurar y/o destinar un procedimiento que responda a sus necesidades; en específico, aplicar el procedimiento de renegociación solo en aquellos casos en que el deudor cuente con posibilidades de hacer frente a sus obligaciones, dejándose la liquidación y el posterior *discharge*, solo para aquellos deudores que

¹²¹ SANDOVAL (2014), p. 129. Aunque tales consideraciones las efectúa para al caso de la empresa deudora, las hace aplicables al caso de la persona natural deudora en p. 399 al remitirse a la p. 129.

¹²² *Op. cit.*, p. 399.

—siendo de buena fe— no tienen posibilidad alguna de hacer frente a sus obligaciones a través de una renegociación. Ello, además, contribuye a prevenir costos asociados a procedimientos concursales de renegociación que ante la falta de recursos del deudor se tornan inoficiosos.

En cuanto al ámbito de aplicación del procedimiento concursal de renegociación, la redacción del art. 260, lo limita solo a deudores cuyo monto total de deuda sea superior a ochenta UF¹²³. Sin que pueda ser aplicable a deudores aquejados por dos o más obligaciones vencidas con monto inferior al mínimo exigido, es posible criticar tal redacción atendido a que ello, a similitud como, de manera automática y discriminatoria, lo realiza el *means test* en el modelo estadounidense —aunque para el acceso a la liquidación del capítulo 7 del *Bankruptcy Code*—, dejaría fuera de la protección del procedimiento a un número no menor de deudores¹²⁴. Imaginamos, a modo de ejemplo, deudores de obligaciones originadas a través de crédito con bancos, instituciones financieras o casas comerciales, por tarjetas de crédito o créditos de consumo, y deudores de créditos estudiantiles.

En este sentido nos preguntamos si, ¿aquellos deudores de buena fe cuyo monto de deuda es menor a las ochenta UF —con lo cual se encontrarían fuera del ámbito de aplicación del procedimiento concursal de renegociación— podrían acceder de manera automática al procedimiento de liquidación sin consideración de su nivel de endeudamiento?¹²⁵ De acuerdo con lo dicho previamente respondemos de manera afirmativa, atendido el carácter social de la regulación y el objetivo del procedimiento concursal de la persona natural; el cual está creado esencial y teleológicamente para solucionar el problema del sobreendeudamiento del deudor, otorgarle un trato humanitario y liberarlo de la abrumadora carga de deudas, para que pueda comenzar desde cero en la vida económica. Lo contrario, significaría contradecir las justificaciones y fundamentos del procedimiento concursal de la persona natural y del *fresh start*, al tiempo de dejar a los deudores en la más absoluta indefensión.

¹²³ Cabe hacer presente que, como se aprecia del Mensaje de la *Historia de la Ley* n.º 20720, el proyecto original también contemplaba un monto mínimo de deudas como requisito de acceso al procedimiento, aunque menor, en cincuenta UF.

¹²⁴ En este mismo sentido, PUGA (2014), p. 463.

¹²⁵ De acuerdo con lo que venimos planteando es necesario distinguir: por un lado, entre un monto mínimo de deudas como requisito de acceso al procedimiento concursal, que sería al cual se refiere nuestra LC en el art. 260 al establecer el límite mínimo de ochenta UF y, por otro, la evaluación del nivel de endeudamiento como forma de determinación del ámbito de aplicación de los procedimientos concursales, que considera, además de las deudas, los recursos actuales y futuros con los que cuenta el deudor para determinar la capacidad de pago de las obligaciones que tendría en el procedimiento concursal, que es a lo que se estaría refiriendo, entendemos, el art. 282.

De todo lo indicado previamente y en suma, por un lado, de manera inadecuada nuestro ordenamiento no contempla una exigencia de evaluación de la conducta o buena fe a través de la cual sea posible prevenir situaciones en que deudores de mala fe puedan aprovecharse o abusar del procedimiento concursal, especialmente del de liquidación. Por otro lado, y a pesar de no establecerlo expresamente la LC, creemos que el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales de la persona natural estaría dado por la condición de existir o no bienes y recursos en el patrimonio del deudor para hacer frente a sus obligaciones, lo que, a la vez, exige una evaluación de su nivel de endeudamiento y capacidad de pago.

V. COMENTARIOS CRÍTICOS A LOS ARGUMENTOS Y SOLUCIÓN PLANTEADOS EN LA SENTENCIA

Si bien un argumento de la sentencia considera de importancia la naturaleza del deudor para dejarle fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos concursales de la persona natural¹²⁶; para efectos de este trabajo, solo nos centraremos en el argumento que estimamos esencial en el razonamiento de la Corte, y que alude al carácter especial que la Ley n.º 20027 tendría respecto de la Ley Concursal, lo que, a su turno, posibilitaría fundar la existencia de una excepción a la extinción de deudas originadas en obligaciones constituidas a través de créditos con aval del Estado¹²⁷.

Teniendo como base de análisis el marco dogmático descrito, considerando tanto los fundamentos y justificaciones del procedimiento concursal de la persona natural y de su efecto liberador de responsabilidad de las deudas anteriores al concurso (*fresh start*) así como de los fundamentos y justificaciones de las excepciones al *discharge*, el fallo de la Corte merece serias críticas por lo que estimamos contiene un criterio falto de razonamiento y, por tanto, una injustificada aplicación del derecho:

¹²⁶ En SALAZAR GONZÁLEZ (2017), cons. 10º, la Corte estima, en esencia, que al ser la deudora una contribuyente de primera categoría, el procedimiento concursal de liquidación de persona natural no le es aplicable. Si bien no es el objeto de este trabajo, es posible cuestionar tal argumentación si se tiene en cuenta los fundamentos y objetivo del procedimiento concursal de la persona natural, así como el criterio de exclusión del procedimiento concursal utilizado en el art. 2, número 13, de la Ley n.º 20720, para personas naturales que, detentando obligaciones personales que pudieren categorizarse en obligaciones de consumo, por el solo hecho de ser contribuyentes de segunda categoría se les impide acceder al procedimiento concursal que está creado esencialmente para solucionar el problema del endeudamiento de los deudores personas naturales.

¹²⁷ *Op. cit.*, cons. 5º en relación con los cons. 6º, 8º, 9º y 11º.

1. Falta de un análisis dogmático previo de la institución del *fresh start*

La primero que llama la atención es el escaso, y con razón decimos, nulo análisis dogmático que la sentencia efectúa de la institución del *fresh start* a la hora de enfrentarse a un problema de relevancia jurídica en el cual el centro de discusión gira en torno a tal institución. En efecto, el fallo no considera un análisis y, consecuentemente, no tiene presente las justificaciones que desde el punto de vista dogmático presenta la rehabilitación del deudor persona natural y el procedimiento concursal. Al no hacerlo, los jueces no delimitan ni tienen claro el objetivo, marco de acción o aplicación y el carácter social del *fresh start* en nuestro ordenamiento y, como consecuencia, no le otorgan la importancia preponderante en el fondo del asunto.

Si bien el recurrente –aunque creemos pudiese haberlo hecho con más argumentos– presenta antecedentes que dan cuenta de la importancia que desde el punto de vista dogmático ostenta el *fresh start* a través del mecanismo de descarga o liberación de deudas¹²⁸, tales cuestiones no son consideradas de manera alguna por la sentencia en comento.

En tal sentido, es necesario decir que para conocer o determinar los efectos de una institución jurídica se precisa determinar o conocer sus justificaciones. Sin lo anterior, malamente tendremos soluciones adecuadas a derecho o justas¹²⁹.

2. Falta de consideración de que los deudores presentan diversos niveles de endeudamiento. Errada consideración de que los mecanismos de solución del incumplimiento de la Ley CAE son aplicables a todos los deudores en situación de insolvencia

Del análisis de las consideraciones de la Corte, apreciamos que uno de los argumentos principales esgrimidos por la sentencia tiene relación con el

¹²⁸ SALAZAR GONZÁLEZ (2017), cons. 3º, se aprecia que la recurrente apela a la necesidad de que se tome en cuenta el objetivo del procedimiento concursal de la persona natural, al referirse a la importancia de la rehabilitación (o *fresh start*) de este tipo de procedimientos.

¹²⁹ En este sentido, HOWARD (1987), p. 1048, indica que es necesario fundamentar el *discharge* para otorgar una justificación eficiente al derecho concursal de la persona física que permita determinar en qué casos ciertas deudas y determinados deudores podrán obtener un *discharge* o no. Por su parte, JACKSON (1986), pp. 2.3, expresa: “The principles [of bankruptcy law] can then be developed by defining their potential operation in the existing social, economic, and legal world to identify precisely what bankruptcy law should encompass, how it can accomplish its goals, and the constraints on its ability to do so”.

carácter especial que la Ley CAE tendría respecto de la Ley Concursal; lo que, en consecuencia, haría aplicable la primera a todos los casos de incumplimiento de las obligaciones de deudores de CAE¹³⁰.

La pregunta que surge en función de los antecedentes teóricos más atrás señalados, y que guía nuestro análisis, es: ¿los mecanismos contenidos en la Ley CAE son adecuados para solucionar el problema de la falta de pago de los deudores de CAE?

Considerándose un análisis de los mecanismos que contiene la Ley n.º 20027 para tratar el incumplimiento del deudor, vemos que solo se refieren al caso en el que su endeudamiento no es grave o irremediable, única situación en el cual las herramientas contempladas en la ley serían adecuadas para solucionar el problema del deudor¹³¹ a través del pago. Del análisis de las normas contenidas en el título v de Ley CAE, es claro que no contempla como mecanismo de solución al incumplimiento del deudor a la liquidación; con lo cual la misma estaría reservada para el procedimiento de la Ley n.º 20720 bajo su propia regulación.

En efecto, del cons. 7º, párrafo 5, de la sentencia se infiere, y de la redacción expresa del art. 13 de la Ley n.º 20027 destaca que los casos

40

¹³⁰ La Corte estima en SALAZAR GONZÁLEZ(2017), cons. 6º, que el conflicto jurídico de autos se traduce en determinar si frente a la situación de insolvencia del deudor, el crédito con garantía estatal debe regirse para los efectos de su cobro por la Ley CAE o por la Ley Concursal.

¹³¹ En efecto, los arts. 16, 17 y 18 bis de la Ley n.º 20027, relativos al tratamiento del incumplimiento de las obligaciones originadas por este tipo de créditos, se refieren respectiva y solamente a los siguientes mecanismos: retención de remuneración por parte del empleador del deudor, retención de la devolución de impuestos por parte de Tesorería General de la República y acciones de cobranza extrajudicial y judicial que se someterán a las reglas generales del juicio ordinario o ejecutivo. Incluso, la misma sentencia en el cons. n.º 5º, párrafo cuarto, y en cons. 7º, párrafo sexto, realiza esta misma enumeración.

Llama poderosamente la atención que en el cons. 5º, párrafo tercero, la Corte, haciendo suyos los argumentos del tribunal de primera instancia, considere que los planes de ahorro para financiamiento de la educación superior son un mecanismo apto para solucionar el problema del incumplimiento del deudor. En efecto, del tenor del fallo, en especial de la redacción de los párrafos precedentes que acompañan al comentado, se aprecia que la Corte estima que los planes de ahorro regulados en el capítulo III de la Ley n.º 20027 califican como otro mecanismo apto para dar respuesta o solución al incumplimiento de la obligación originada a través de un CAE por parte del deudor. Sin perjuicio de lo anterior, del tenor de la Ley CAE al determinar de manera expresa que tales planes son de carácter voluntario, por encontrarse, además, regulados fuera del título que norma los mecanismos de pago ante el incumplimiento del deudor, y porque tales planes lógicamente son contratados por los deudores mucho antes de que comiencen su educación superior, esto es, mucho antes de ser deudores propiamente tales, es que consideramos del todo errada la consideración de la Corte al encasillar a los planes de ahorro en el grupo de mecanismos que la Ley CAE presenta para posibilitar el pago del deudor ante el incumplimiento de su obligación.

considerados aluden a situaciones en que el deudor tiene recursos para hacer frente al pago. La estimación contraria importa que los mecanismos mencionados no se expliquen como aptos para el tratamiento del incumplimiento del deudor al no estar contemplada, además, la liquidación en la misma Ley CAE. Además, el tenor literal de la norma establece “debiendo el Estado proceder al cobro de las mismas”, lo que deducimos, solo será factible en caso de que exista posibilidad de cobro, esto es, y desde el punto de vista del deudor, únicamente en caso que exista posibilidad de pago. Por su parte, el mismo tenor del título v de la Ley CAE alude a la posibilidad de pago del deudor, al indicar “Del pago de los créditos garantizados”.

El problema en el fallo se encuentra en la consideración restringida del término insolvencia¹³² suscitado por la falta de delimitación en nuestro modelo del concepto¹³³, sin considerar que en el estado de crisis del deudor pueden existir distintos niveles de endeudamiento, unos menos y otros más problemáticos o graves¹³⁴, que requerirán necesariamente un tratamiento diferenciado¹³⁵. En aquellos casos donde el nivel de en-

¹³² En efecto, haciendo suyos los razonamientos del tribunal de primera instancia, SALAZAR GONZÁLEZ (2017), en cons. 5º, párrafo tercero, señala que el tribunal “Precisa que la Ley N° 20.027 ha contemplado procedimientos diversos a los de la Ley N° 20.720 para el caso de insolvencia o falta de pago del crédito [...]”, y en párrafo cuarto, afirma: “[...] el tenor de esta norma [el art. 13 de la Ley n.º 20027] excluye la posibilidad del deudor de someterse a un procedimiento de liquidación concursal respecto a dicha clase de créditos, ya que la Ley N° 20.027 contempla el procedimiento especial aplicable para el caso de insolvencia o cesantía del deudor de dicho crédito [...]”. Desde el punto de vista de PUGA (2014), p. 68, sería esta la consideración de una teoría de la insolvencia o cesación de pagos no coincidente con la teoría amplia o moderna.

¹³³ ALARCÓN (2017), p. 59, plantea, aunque para el caso de la persona jurídica, de la necesidad de una delimitación del concepto de insolvencia que posibilite apreciar de mejor manera el mal estado de los negocios de la empresa.

¹³⁴ PUGA (2014), p. 78, da cuenta de la definición de cesación de pagos, desde la teoría amplia o moderna, como sinónimo de insolvencia, en un estado patrimonial vicioso y complejo, que se traduce en un desequilibrio entre el activo liquidable de la empresa y su pasivo exigible, de modo de colocarla en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que le afectan. Para lo que nos interesa, en p. 69, destaca que desde el punto de vista de esta teoría, se aclara la situación de la ejecución liquidatoria dentro del conjunto de concursos que conocemos como el recurso más drástico proporcionado por la ley contra la insolvencia.

¹³⁵ Como se dejó de manifiesto, el derecho francés considera al menos tres etapas en las que puede verse afectado el estado patrimonial del deudor. De acuerdo con lo indicado por FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 71, la noción de sobreendeudamiento francés considera tanto el pasivo exigible como el pasivo por vencer, traducido en un desequilibrio financiero tanto actual como futuro. De allí que, incluso, de acuerdo con el autor, se estime que un sobreendeudamiento previsible también puede fundamentar una demanda en el procedimiento de sobreendeudamiento “debiéndose interpretar la noción de manera extensiva”.

deudamiento es menos grave y existe capacidad de pago por el deudor, son posibles soluciones como las contempladas en la Ley CAE. En las segundas, en las que el nivel de endeudamiento es grave y bajo ninguna circunstancia existe capacidad de pago del deudor, necesariamente deben tratarse con los mecanismos que el ordenamiento reserva a la Ley n.º 20720; siendo en este último caso la liquidación la herramienta que a través del efecto liberador de la deuda permite al deudor obtener una rehabilitación o *fresh start*.

Desde este punto de vista, cabe recordar que en el procedimiento concursal de la persona jurídica sí se hace una distinción para efectos de aplicación del procedimiento concursal de reorganización y liquidación entre empresas viables económicamente y empresas que no lo son¹³⁶. Para la persona natural —como se puso de manifiesto en el apartado anterior—, el art. 282 de la LC —al hacer alusión a la “presentación de bienes suficientes” para hacer pago de las obligaciones—, aunque de manera no expresa, creemos considera relevante el estado patrimonial del deudor para definir en qué casos será aplicable un procedimiento de renegociación o uno de liquidación, siendo determinante la evaluación del nivel de endeudamiento y la capacidad de pago del deudor. Por su parte, recordamos que modelos de derecho comparado consideran, además de la buena fe del deudor, el análisis de su estado patrimonial o nivel de sobreendeudamiento para definir la mejor estrategia para tratar el problema de la falta de pago¹³⁷.

¹³⁶ Se refiere a ello el Mensaje de la *Historia de la Ley* n.º 20720, p. 4. En este sentido, el profesor Nelson Contador, en Segundo Informe de Comisiones Unidas de la *Historia de la Ley* n.º 20720, p. 17, expresa: “[...] lo que intenta el proyecto es anticipar esta situación, estableciendo mecanismos que permitan reorganizar los emprendimientos viables o cerrar rápidamente los giros que no tengan posibilidades de recuperación”. Por su parte, a esto es a lo que se refiere PUGA (2014), p. 85, al hablar de la insalvabilidad de la empresa. Como ejemplo práctico de lo indicado, la legislación concursal nacional contempla un procedimiento voluntario ante el asesor económico de insolvencia para las pequeñas y medianas empresas en la Ley n.º 20416 de 2010, con la finalidad de hacer expedita una eventual reorganización o liquidación de una empresa de menor tamaño en casos de insolvencia o insolvencia inminente (art. 2). Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el art. 16, del Decreto n.º 212 de 2011, el asesor económico de insolvencia efectuará un estudio de la situación económica financiera y contable de la empresa con el objetivo de determinar las posibilidades de reorganización o cierre, y considerando que para ello evaluará, entre otras circunstancias, y de manera previa, las perspectivas de su actividad para cumplir razonablemente con sus obligaciones o las razones por las que ello no es posible, entendemos que este examen previo se constituye en una evaluación de la factibilidad de la empresa de menor tamaño y, en esencia, en un análisis del nivel de endeudamiento y la capacidad de pago actual y futuro de la empresa, que permite determinar el ámbito de aplicación de una reorganización o una liquidación.

¹³⁷ En el modelo francés, PAISANT (2003), p. 674; PAISANT (2010), p. 213; GRYNBAUM (2002), p. 5. En el modelo alemán, refiriéndose a la relación entre el problema de los

No basta, por tanto, como se aprecia, de lo realizado por la Corte en el cons. 5º –e, incluso, en el cons. 6º¹³⁸–, con el solo calificativo genérico de insolvencia (imposibilidad de cumplir las obligaciones¹³⁹) para determinar a una situación *de facto* o caso como encasillado en el ámbito de aplicación de la Ley CAE o en otras leyes que contemplan procedimientos especiales para el cobro de obligaciones. Con ello, situaciones de irremediable endeudamiento, pero de buena fe, serían y son tratadas, como en este caso, de manera inadecuada para solucionar el problema económico-financiero del deudor. En tal sentido, y a mayor abundamiento, recordemos que desde el punto de vista de los fundamentos y fines del procedimiento concursal de la persona natural, el objetivo del *fresh start* es clave para lograr que la persona se rehabilite y logre reincorporarse en la vida económica¹⁴⁰. Así, el procedimiento concursal de la persona natural está esencial, estructural¹⁴¹ y teleológicamente¹⁴² diseñado para solucionar el problema económico

deudores completamente indigentes y la configuración de un procedimiento acorde con sus necesidades, WIEDEMAN (2004), pp. 647 y 652, STEPHAN (2004), p. 506, PAPE (2007), p. 240, PAPE (2012), p. 152.

¹³⁸ En SALAZAR GONZÁLEZ (2017), cons. 6º, al determinar el problema jurídico subyacente en autos, la Corte señala que el conflicto jurídico de autos se traduce en determinar si frente a la situación de insolvencia del deudor, el crédito con garantía estatal debe regirse para los efectos de su cobro por la Ley CAE o por la Ley Concursal, nuevamente utilizando el término de insolvencia de manera genérica.

¹³⁹ De acuerdo con lo señalado por PUGA (2014), p. 61, pareciere ser que el fallo adhiere a la teoría restringida de la insolvencia, en la cual el solo incumplimiento de la obligación basta para determinar el estado deficiente del deudor, sin considerar, como lo indica en p. 78 al dar cuenta de la noción de cesación de pagos o insolvencia desde la teoría amplia o moderna, que “El patrimonio es una masa viva cuyos elementos están interrelacionados y son interdependientes, por lo que su evaluación merece varios elementos de juicio”. En tal sentido, y para lo que nos interesa, en p. 78 expresa: “Tal estado no puede entenderse perfilado por el solo hecho de la infracción [o incumplimiento] de una obligación o por la sola apreciación de un balance [...] Importa tener en cuenta, para llegar a una conclusión más o menos definitiva, la calidad personal del deudor, su acceso al crédito, su activo, su pasivo al corto, mediano y largo plazo, las condiciones de mercado, su capacidad productiva, etc.”.

¹⁴⁰ GROSS (1986-1987), p. 60, expresa: “[...] the opportunity for an individual debtor to obtain relief from indebtedness and begin a new as a productive member of society—commonly termed the ‘fresh start policy’—has been an essential principle of our bankruptcy laws for more than seventy-five years”.

¹⁴¹ LANDRY (2012), p. 67; TABB (2001-2002), p. 6 y FLINT (1991), p. 515. De igual manera JACOBY (2001-2002), p. 231 y JACKSON (1986), p. 225.

¹⁴² En el modelo estadounidense SKEEL (2014), p. 2222, plantea que uno de los atributos del procedimiento concursal es reestructurar las obligaciones del deudor, lo cual se logra a través del descargo de deudas. En igual sentido, TAYLOR and SHEFFNER (2016), p. 300; BRAUCHER (2008), p. 355; STEINFELD and STEINFLED (2004-2005), p. 129; LANDRY (2012), p. 67; CULHANE and WHITE (1999), p. 710; LICHTASH (2011), p. 170; JACOBY (2001-2002), p. 239; MYERS (2011), p. 1339; HOWARD (1987), p. 1047.

patrimonial del deudor¹⁴³; y se constituye, ya hemos planteado –y la doctrina comparada está conteste–, en una legislación social, con trasfondo y efectos sociales¹⁴⁴. Con esto último en mente, que la Corte señale, además, en el cons. 5° que nuestra Ley Concursal

“atiende más bien a créditos con fines comerciales, derivados del emprendimiento y en caso alguno a deudas relacionadas a los costos de los estudios en educación superior”, carece de todo fundamento y lógica.

Siendo la liquidación y el consecuente efecto liberador del *fresh start* las herramientas que por esencia son apropiadas y necesarias para dar solución al problema del irremediable endeudamiento del deudor de buena fe, deben usarse, y no obligarle a permanecer en la incertidumbre que produce la abrumadora carga de deudas de por vida.

3. Error en la evaluación y aplicación del criterio de especialidad.

La Ley CAE no se constituye en ley especial en casos de imposibilidad absoluta de pago o irremediable insolvencia del deudor

44

Teniendo en cuenta lo anterior, desde la misma lógica del fallo al argumentar en torno a la eventual contradicción normativa existente entre las leyes

En el modelo francés JIMÉNEZ (2015), p. 2727. FERRIERE et AVENA-ROBARDETT (2012), p. 282. KILBORN (2004-2005), p. 655, expresa: [...] the legislature took up consumer debt relief yet again in the summer of 2003 and finally introduced a ‘fresh start’ procedure for discharging all debts immediately. Designed to offer a ‘second chance’ to the most deeply indebted consumers [...]”. En este sentido, RAMSAY (2007), p. 250.

¹⁴³ BARLOW (1994), p. 486, expresa: “the fresh start principle is among the most fundamental policy considerations in bankruptcy proceedings”.

¹⁴⁴ RAYMOND (2008), p. 321; FLINT (1991), p. 336; SOUSA (2009-2010), p. 58, remarca la utilidad social de otorgar al deudor un *fresh start*. JACOBY (2001-2002), p. 239, estima que proveer de un descargo de deudas al honesto, pero desafortunado deudor se constituye en una forma de bienestar social en un sistema con limitados redes de protección, donde “Although the unconditional discharge has some humanitarian justification, altruism is not the only basis. The standard justification for unconditional debt relief (unless the debtor chooses chapter 13) is that debt relief brings significant social and economic benefits to the larger community”. ZYWICKI (2000-2001), p. 395. Por su parte, a esto creemos se refiere ÁLVAREZ (2008), p. 304, al señalar: “En realidad, el sobreendeudamiento hace referencia a un problema más amplio con connotaciones no sólo jurídicas y económicas sino también de claro cariz social y familiar”. Por su parte, GARRIDO (2014), p. 227, plantea que los beneficios pretendidos a través de los sistemas concursales de la persona natural, centran su atención en la actualidad en los que redundan en segmentos más amplios de la sociedad y en la sociedad en su conjunto.

en juego y la especialidad de la Ley CAE por sobre la Ley Concursal¹⁴⁵, la Corte yerra al no considerar en su razonamiento un análisis previo del nivel de endeudamiento del deudor.

Sin tal evaluación, la Corte está impedida de identificar los casos en que, existiendo posibilidad o capacidad de pago del deudor, es posible aplicar los mecanismos de cobro de la Ley n.º 20027; y aquellos casos en los que, siendo imposible para el deudor hacer frente a la obligación en la actualidad o en el futuro próximo, debe aplicarse la liquidación de la Ley n. 20720. Como consecuencia, tal yerro importa que el argumento de la Corte carece de un razonamiento previo y necesario para ser ajustado a derecho.

Del cons. 8º de la sentencia se colige que la aplicación del criterio de especialidad solo es tal en caso de que a un mismo hecho o condiciones fácticas el ordenamiento presenta diversas normas para su tratamiento¹⁴⁶. Pero en la especie sucede que los niveles de endeudamiento a los cuales se puede enfrentar un deudor configuran hechos o condiciones fácticas distintas que deben tener tratamiento diferenciado¹⁴⁷. El no efectuar un análisis previo del nivel de endeudamiento se constituye en un yerro, pues: primero, era este un análisis necesario si se tiene en cuenta que el caso fue iniciado a través de un procedimiento concursal donde, según nuestra interpretación –si bien para la liquidación forzosa–, el art. 282 obliga a considerar el nivel de endeudamiento para diferenciar el ámbito de aplicación del procedimiento concursal de renegociación y liquidación y, segundo, de mayor importancia, le impide identificar los casos o condiciones fácticas diferentes que requieren un trato necesariamente diferenciado.

En tal sentido, la evaluación del nivel de endeudamiento del deudor permite entender que no existe contradicción normativa alguna para casos

¹⁴⁵ Del cons. 8º se colige que la Corte estima que existe una contradicción normativa entre la Ley CAE y la Ley Concursal, pues, en su criterio, ambos cuerpos normativos estarían regulando de manera distinta un mismo supuesto de hecho, esto es, la solución aplicable a los casos de incumplimiento de obligaciones constituidas a través de créditos con aval del Estado. Es desde tal premisa que, en el mismo cons. 8º, la Corte considera la aplicación del criterio de especialidad para resolver el eventual problema de contradicción normativa.

¹⁴⁶ En SALAZAR GONZÁLEZ (2017), con. 8º, la Corte expresa: “Que suele decirse que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho se encuentran diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente”.

¹⁴⁷ Tal como en los casos de insolvencia de personas jurídicas, los casos de distinto nivel de sobreendeudamiento del modelo francés e, incluso, en nuestra ley concursal, creemos para la delimitación del campo de aplicación del procedimiento concursal de renegociación y liquidación, al hablar el art. 282 de bienes suficientes.

en que el nivel de endeudamiento posibilita el cumplimiento de la obligación a través de la Ley CAE, y casos en que el nivel de endeudamiento agravado solo permite solucionar el problema económico financiero del deudor a través de la liquidación de la Ley Concursal.

El no efectuar este análisis previo, determina la imposición de una solución injusta, contraria a derecho, para aquellos casos en que el deudor presente insuficiencia de bienes para afrontar el pago de la obligación, esto es, incapacidad de pago, o –como en el modelo francés se denomina– una situación patrimonial de irremediable nivel de endeudamiento.

*4. Error en la consideración de que la Ley CAE contendría una excepción al discharge.
La Ley CAE solo contiene una excepción a la aplicación del procedimiento concursal de renegociación*

Sentado lo anterior, el cons. 5º, párrafo primero, contiene el segundo de los argumentos dados por la Corte que entendemos principales para arribar a la solución o, si se quiere, la *ratio decidendi* del fallo.

46 Aludiendo la Corte a los razonamientos de la sentencia del tribunal de primera instancia, estima que el contenido del art. 8 de la Ley n.º 20720 admite el establecimiento de excepciones al *fresh start*, al especificar que

“permite discriminar ciertos negocios jurídicos, no haciendo absoluto el procedimiento a todos los créditos que se puedan contraer en la vida del derecho”.

En este sentido, el carácter especial que la Ley CAE tendría en relación con la Ley Concursal, permitiría, a su turno, explicar que la Ley CAE contendría en esencia una excepción al *discharge* nacional.

El párrafo final del cons. 9º establece que la especialidad en el deudor y la finalidad del crédito, así como la especial regulación de la Ley n.º 20027, en torno a los mecanismos para exigir el cobro de las obligaciones en caso de no pago del deudor, son las razones que hacen aplicable este procedimiento. No obstante, y como se dijo previamente, tales mecanismos solo son procedentes para casos en que el deudor tiene posibilidad de cumplimiento o pago; donde el análisis previo de su nivel de endeudamiento y capacidad de pago es crucial para definir si es posible aplicar tales mecanismos o no. Es claro que ante la posibilidad afirmativa, el carácter especial de la ley exige que sean aplicables; pero en caso contrario, el objetivo y fines del procedimiento concursal de la persona natural e, incluso, la misma lógica de aplicación del principio

de especialidad¹⁴⁸, exigen que el problema del deudor sea solucionado a través del mecanismos de liquidación que la Ley n.º 20720 contempla.

La aplicación de los mecanismos de la Ley n.º 20027 a pretexto de ser ley especial y contener una excepción a la descarga de deudas de la Ley n.º 20720, sin efectuarse un análisis del estado patrimonial del deudor, constituye un yerro de la Corte, pues con ello está impedida de identificar los casos o condiciones fácticas que requieren un trato necesariamente diferente. Ello determina, en concreto, una incorrecta presunción de que todos los deudores de CAE tienen siempre capacidad de pago o posibilidad de pagar la obligación, con lo cual se impone a los casos de irremediable endeudamiento una traba o barrera injusta al legítimo derecho del deudor de buena fe de acceder a la rehabilitación o *fresh start*.

En efecto, desde lo planteado en el primer párrafo del cons. 6º, nos llama la atención que el argumento base de la Corte, en torno a la especialidad de una ley por sobre la otra, parta únicamente de la estimación de que todo deudor puede pagar, pues solo considera la posibilidad de cobro de la obligación¹⁴⁹. Al contraponer la Ley CAE con la Ley n.º 20720, no considera que en la Ley Concursal, si bien existe el procedimiento concursal de renegociación que posibilita la solución al problema económico financiero del deudor a través del cobro –o pago desde la visión del deudor–; por otro lado, y ante casos de imposibilidad de pago –condición fáctica diversa a la anterior–, la misma contempla el mecanismo de liquidación que soluciona el problema del deudor desde la base de la extinción de deudas y la rehabilitación o *fresh start*.

De lo razonado previamente, y, aunque el art. 8 de la Ley n.º 20720 efectivamente permite que la regulación de una ley especial tenga aplicación por sobre sus disposiciones, la Ley n.º 20027, en estricto rigor, no establece una excepción al *fresh start* en materia de CAE, sino que, por el contrario, y en esto somos categóricos, solo establece la regulación de una forma especial de procedimiento para los casos en que la situación patrimonial del deudor persona natural que ha contratado un crédito con

¹⁴⁸ El mismo cons. 9º, en SALAZAR GONZÁLEZ (2017), parte indicando: “para definir la existencia de una relación de especialidad entre una norma y otra cabe tener presente que la elección del criterio de especialidad implica hacer posible la aplicación de normativas singulares a grupos sociales diferenciados, permitir que determinados sectores no se rijan por el patrón general, habilitándoles una regulación específica que se adapte en mayor medida a sus particularidades”, todo lo cual es plenamente aplicable a los deudores de CAE que presentan un nivel de endeudamiento grave, pero de buena fe, y para los que la Ley Concursal establece especialmente un procedimiento para solucionar su problema económico financiero a través de la extinción de deudas y la rehabilitación.

¹⁴⁹ La Corte estima que el conflicto jurídico de autos se traduce en determinar si frente a la situación de insolvencia del deudor, el crédito con garantía estatal debe regirse para los efectos de su cobro por la Ley CAE o por la Ley Concursal.

garantía estatal del que no ha hecho pago, le permita hacer frente a la obligación con recursos actuales o futuros¹⁵⁰.

De acuerdo con esto, la Ley CAE, solo está estableciendo una excepción a la aplicación del procedimiento concursal de renegociación de la persona natural, y de ninguna forma debe confundirse, como de manera errónea lo hace la Corte, con una excepción al *discharge* o extinción de deudas del procedimiento concursal de liquidación de la Ley n.º 20720.

En este sentido, y como lo argumentamos previamente, las excepciones al *discharge* deben ser las mínimas y estrictamente necesarias, y estar expresamente determinadas o definidas en la ley¹⁵¹, con el fin de resguardarse la certeza jurídica de las partes, especialmente del deudor a quien el procedimiento concursal de la persona natural de acuerdo con sus fundamentos y objetivo protege, y para evitarse efectos desfavorables o soluciones injustas, arbitrarias y caprichosas, como en el caso de análisis *sub lite*.

Finalmente, y a mayor abundamiento, nuestra Ley Concursal exige en el inciso segundo del art. 8, que la regulación en materia de insolvencia en una ley diversa sea establecida de manera expresa como tal, lo que tiene exacta aplicación para las excepciones a la extinción de deudas o *discharge* nacional. La Ley CAE no contiene una expresa excepción al *discharge* en materia de CAE, por lo que de acuerdo con esto y a lo argumentado con antelación, el razonamiento de la Corte en orden a la existencia en la Ley n.º 20027 de una excepción a la extinción de deudas originadas en obligaciones constituidas a través de CAE, es absolutamente contrario a derecho.

48

5. Error en la consideración de que las obligaciones constituidas a través de CAE son exceptuadas del discharge por su carácter de imprescriptibles

Si bien la Ley n.º 20027 declare imprescriptible la obligación de crédito con garantía estatal¹⁵², no significa ello que no sea posible su extinción por otros medios que la ley franquea. En este sentido, y de mayor importancia

¹⁵⁰ La misma lógica es contemplada para ciertas micro y pequeñas empresas en las Ley n.º 20416 de 2010, a las que, en caso de ser viables de acuerdo con lo establecido en el art. 22, inciso dos, esto es, en caso de existencia de bienes o recursos o perspectivas de su actividad en orden a la posibilidad de cumplir razonablemente con sus obligaciones, se les aplicará un procedimiento especial previsto de forma excepcional al procedimiento concursal de reorganización de la Ley Concursal.

¹⁵¹ Apartado III.2.

¹⁵² SALAZAR GONZÁLEZ (2017), cons. 5º, párrafo séptimo, estima relevante que la deuda por CAE la Ley n.º 20027, en su art. 13, la declare imprescriptible; lo cual en estricto rigor importaría, como lo señala en el párrafo final: “la Ley N° 20.027 no [permitiría] que las obligaciones derivadas de los créditos que ella regula se extingan de una manera distinta a lo que en ella se dispone, siendo entonces incompatible con los dispuesto en la Ley N° 20.720”.

aclaratoria, no debemos confundir el hecho de que una obligación sea declarada imprescriptible como sinónimo de constituirse en una obligación exceptuada del *discharge* o mecanismo de extinción de deudas de la Ley Concursal. La imprescriptibilidad no es sinónimo de imposibilidad de extinción; y nuestra Ley Concursal consagra un mecanismo como es el de la rehabilitación del deudor o *fresh start*, que contiene el efecto de extinguir, para todos los efectos legales, todas y cada una de las obligaciones del deudor anteriores al concurso.

Con estas consideraciones, estimamos que, al igual que lo considera la doctrina y el ordenamiento francés¹⁵³, y en una primera aproximación, la naturaleza jurídica del modo de extinguir la obligación en el procedimiento concursal de la persona natural sería coincidente con una remisión o condonación forzosa de la obligación¹⁵⁴.

Con todo ello en mente, el hecho de que la Ley n.º 20027 declare a las obligaciones por créditos con aval de Estado como imprescriptibles, no obsta a que las mismas puedan ser condonadas forzosamente por la ley y, en tal caso, sean extinguidas para todos los efectos legales por otro modo de extinguir. En este sentido, la misma norma del art. 13 de la Ley CAE, al establecer que las cuotas impagas del deudor no prescribirán, debiendo el Estado proceder al cobro de las mismas “hasta la total extinción”, entiende que las deudas, a pesar de estimarse imprescriptibles, pueden ser extinguidas por el pago, y creemos, por los restantes modos de extinguir, que puedan ser aplicables al caso concreto —como sería el caso de un deudor de buena fe que tiene imposibilidad absoluta de pago por encontrarse en un estado de grave endeudamiento, al cual le es aplicado el procedimiento concursal de liquidación, con su correspondiente efecto extintivo de las obligaciones asumidas con anterioridad al concurso—.

49

6. Consideración de la buena fe o conducta de la deudora por la Corte

Llama positivamente la atención que la Corte considere que el tribunal de primera instancia haya estimado necesario efectuar, aunque fuese someramente, una evaluación de la conducta de la deudora para limitar su acceso al procedimiento concursal. En efecto, del cons. 5º, párrafo octavo y noveno, se desprende que el tribunal tomó en cuenta la conducta de

¹⁵³ El modelo francés utiliza el vocablo ‘*effacement*’ de deudas, el cual es traducido como eliminación de la obligación, que, a su vez, se condice con una naturaleza jurídica de condonación de la deuda. PAISANT (2003), p. 684, expresa que en cualquiera de los dos casos, tratándose procedimiento de reestablecimiento personal, con o sin liquidación, “Celle-ci entraîne l’effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur”.

¹⁵⁴ MEZA (2009), p. 211

la deudora como una forma de abuso o aprovechamiento del procedimiento de liquidación¹⁵⁵. Aunque tal consideración no es expresa, es grato comprobar que en el ámbito jurisprudencial se considera de relevancia la conducta del deudor a pesar de no contemplarse como exigencia en la Ley Concursal misma¹⁵⁶.

Por otro lado y, si bien no como razón principal, el tribunal de primera instancia considera que la deudora tenía una capacidad de pago¹⁵⁷, aunque no da mayor importancia a tal cuestión como razonamiento determinante, logra –creemos por suerte– estimar y considerar el criterio de la evaluación del nivel de endeudamiento del deudor que para nosotros es determinante a la hora de evaluar estos casos. Sin perjuicio de lo anterior, y lamentablemente, la Corte de Apelaciones y Corte Suprema no reparan en esta cuestión de vital relevancia, pasándola por alto, utilizando en definitiva un criterio que, como argumentamos más atrás, no presenta los razonamientos necesarios para configurarse en uno que entregue solución ajustada a derecho al resto de casos que en esta materia se le presenten.

Si la Corte consideró adecuado evaluar la buena fe del deudor como requisito de importancia para permitir el acceso al procedimiento con-

50

¹⁵⁵ En efecto, el cons. 5º, párrafo noveno, de SALAZAR GONZÁLEZ (2017), expresa que respecto del crédito en cuestión la solicitud de liquidación voluntaria resulta contraria a los actos propios, puesto que del párrafo octavo se desprendería que la deudora efectivamente tenía capacidad de hacer frente a la obligación. De acuerdo con ello, la lógica del razonamiento es simple: si la deudora tenía capacidad para pagar la obligación, no debió haber instado un procedimiento concursal de liquidación buscando la extinción de la deuda y, por tanto, burlar a sus acreedores; al hacerlo, abusa del procedimiento concursal. Por otro lado, en mismo cons. 5º, párrafo noveno, la sentencia da cuenta de lo indicado por el profesor Rafael Gómez Balmaceda en el Informe de Constitución, Legislación y Justicia en la tramitación de la Ley n.º 20720 en torno a lo que estimamos, una estrecha relación entre la exclusividad del procedimiento concursal de la persona natural, considerándose su finalidad, y la buena fe del deudor.

¹⁵⁶ Desde este punto de vista, es interesante que la antigua regulación de la quiebra, art. 165 del *Código de Comercio* reformado por la Ley n.º 18175 de quiebras, contemplara el efecto extintivo de las obligaciones para el sobreseimiento definitivo extraordinario de la quiebra vinculándolo a una exigencia de buena fe al exigir que el sobreseimiento definitivo extraordinario y su efecto extintivo en las obligaciones, fuera otorgado solo en caso de que la quiebra hubiere sido calificada de fortuita. En tal sentido, GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011). Si a ello agregamos que el art. 571 n.º 1 del *Código General del Proceso* colombiano, antecedente de nuestra regulación, consagra el *fresh start* vinculado a la buena fe en su vertiente de prevención del abuso del deudor, llama la atención que nuestra legislación concursal actual no considere la buena fe del deudor como un requisito de necesaria evaluación para permitir el acceso al procedimiento concursal y para obtener un *fresh start*.

¹⁵⁷ Aunque de forma muy somera, en SALAZAR GONZÁLEZ (2017), cons. 5º, párrafo octavo, la Corte hace suyo el razonamiento del tribunal de primera instancia en torno a la presunción de que la deudora había obtenido ingresos al percibir una devolución de renta, lo que le permitiría realizar, conforme a sus facultades económicas, el pago de sus estudios.

curstal, a pesar de no estar expresamente exigido en la legislación, con mayor razón ha debido considerar el criterio de análisis o evaluación del nivel de endeudamiento como preponderante a la hora de definir la aplicación del procedimiento concursal de liquidación. Los fundamentos dogmáticos del procedimiento concursal de la persona natural e, incluso, como ya expresamos¹⁵⁸, la propia Ley Concursal en el art. 282, obligan a definir la aplicación de los procedimientos concursales de renegociación y liquidación sobre la base de la evaluación del nivel de endeudamiento del deudor o capacidad de pago de las obligaciones.

VI. SOLUCIÓN PROPUESTA A MODO DE CONCLUSIÓN

Una correcta aplicación del principio de especialidad en estos casos exige que, además de apreciarse la buena fe del deudor persona natural para evitarse situaciones de abuso o aprovechamiento del procedimiento concursal y del *fresh start*, necesariamente se realice una evaluación previa de su nivel de endeudamiento y posibilidades actuales y futuras para hacer frente a sus obligaciones. Para ello, y mientras una necesaria modificación legislativa en este sentido no sea efectuada a través de la incorporación en la LC de una exigencia de evaluación del nivel de endeudamiento y capacidad de pago del deudor, para diferenciar el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales de liquidación y de renegociación, la interpretación del art. 282 a la que hicimos referencia en apartado IV.2 puede ser de utilidad.

51

Lo anterior posibilitaría que los casos sean tratados de manera diversa cuando de los niveles de endeudamiento y situación económica-financiera del deudor se estime que existe imposibilidad absoluta de pago de la obligación. En tal evento, teniéndose presente los fundamentos y el objetivo del procedimiento concursal de la persona natural, y considerándose, además, que la Ley n.º 20027 contiene solo una excepción a la aplicación del procedimiento de renegociación cuando los niveles de endeudamiento del deudor dan cuenta de una capacidad de pago actual o futura de la obligación, solo será aplicable el procedimiento de liquidación consagrado en la Ley Concursal.

Sabiéndose finalmente que ni la Ley n.º 20720, ni la Ley n.º 20027, establecen expresas excepciones al *discharge* (extinción de deudas) para otorgar un *fresh start* (rehabilitación), en caso de que un correcto análisis previo de la situación de endeudamiento arroje que existe incapacidad absoluta de pago por parte del deudor, la aplicación del procedimiento

¹⁵⁸ Véase apartado IV.2.

de liquidación de la ley n.º 20720 tendrá la consecuencia de extinguir las obligaciones constituidas a través de créditos con garantía estatal.

Es esta la solución que creemos se ajusta a derecho, por considerar, por una parte, los fundamentos y justificaciones de la regulación concursal de la persona natural y de su objetivo y efecto principal, el *fresh start*, en función de los intereses de las partes, en especial del deudor; por otra, las justificaciones y fines de las excepciones al *discharge*, y, finalmente, la correcta interpretación y armonización de las leyes en función de la necesaria consideración del requisito de acceso al procedimiento, buena fe, y del criterio delimitador del ámbito de aplicación de los procedimientos concursales, el nivel de endeudamiento del deudor y su capacidad de pago.

Lo contrario significará dejar a deudores de CAE, de buena fe, y que tienen un nivel de endeudamiento grave o irremediable –incapacidad absoluta de pago actual o futuro de la obligación–, en la más absoluta indefensión e incertidumbre jurídica, al mantenerseles de manera permanente ante la imposibilidad de obtener un desarrollo personal y familiar, por privárseles de manera injustificada de su legítimo derecho a un nuevo comienzo en la vida económica, esto es, un *fresh start*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN C., Miguel A. (2017). “Comentarios críticos a la subordinación de créditos en las acciones revocatorias concursales”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Vol. 24. n.º 2. Coquimbo.
- ALARCÓN C., Miguel A. (2018). “Comentarios críticos al fresh start en el concurso de la persona natural de la Ley N° 20.720 desde la perspectiva dogmática comparada”, en M. Angela TOSO y Lorena CARVAJAL A., *Estudios de Derecho Comercial VIII. Actas de las VIII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, en prensa.
- ÁLVAREZ V., Isabel (2008). “El concurso del consumidor en España”, en Jorge TOMILLO U. (director) y Julio ÁLVAREZ R. (coordinador). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*. Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- ASENSI, Altea (2014). “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el derecho alemán”. *Anuario de Derecho Concursal*. N° 33. Madrid.
- ATKINSON, Abbye (2010-2011). “Race, educational loans, & bankruptcy”. *Michigan Journal of Race and Law*. Vol. 16. Issue 1. Ann Arbor, Michigan.
- AUSTIN, Daniel A. (2013). “The indentured generation: bankruptcy and student loan debt”. *Santa Clara L. Rev.* N° 53. Santa Clara, California.

- BALSER, David (1985-1986). "Section 707(b) of the bankruptcy code: a roadmap with a proposed standard for defining substantial abuse". *U. Mich. J.L. Reform*. N° 19. Ann Arbor, Michigan.
- BARLOW, Peter B. (1994). "Nondischargeability of educational debts under section 523(a)(8) of the bankruptcy code: equitable treatment of cosigners and guarantors?". *Bankr. Dev. J.* N° 11. Atlanta.
- BEDINGER, G. Michale (2013-2014). "Time for a Fresh Look at the 'Undue Hardship' Bankruptcy Standard for Student Debtors". *Iowa L. Rev.* N° 99. Iowa.
- BEN-ISHAÏ, Stephanie (2006-2007). "Government student loans, government debts and bankruptcy: a comparative study". *Can. Bus. L.J.* N° 44. Toronto.
- BENTHAM, Jeremy (1970). *An introduction to the principles of morals and legislation*. J. H. BURNS and H. L. A. HART (eds.). London: The Altone Press.
- BERTLETT, Keri (2008). "Decoding the code: making the 'means test' meaningful". *Trinity L. Rev.* n.º 15. Santa ana, California.
- BORGAT, Daniel B. (2003). "Resisting the expansion of bankruptcy court power under section 105 of the bankruptcy code: The All Writs Act and an Admonition from Chief Justice Marshall". *Ariz. St. L.J.* N° 35. Phoenix.
- BRAUCHER, Jean (2005-2006). "A fresh start for personal bankruptcy reform: the need for simplification and a single portal". *Am. U. L. Rev.* N° 55. Washington.
- BRAUCHER, Jean (2008). "A guide to interpretation of the 2005 bankruptcy law". *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* N° 16. Queens, New York.
- BROWN, Willian H. (1997). "Political and ethical considerations of exemption limitations: the 'opt-out'.as child of the first and parent of the second". *Am. Bankr. L.J.* N° 71. Laguna Beach, California.
- CALI, Anthony P. (2010). "The 'special circumstance' of student loan debt under the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005". *Ariz. L. Rev.* N° 52. Tucson, Arizona.
- COHEN-KURZROCK, Benjamin A. (2014-2015). "It's not abusive or personal: student loans and 11 U.S.C. § 707". *Hous. L. Rev.* N° 52. Houston.
- CULHANE, Marianne B. and Michaela M. WHITE, (1999). "Debt after discharge: an empirical study of reaffirmation". *Am. Bankr. L.J.* N° 73. Laguna Beach, California.
- CURRIE, Sean C. (2008-2009). "The multiple purposes of bankruptcy: restoring bankruptcy's social insurance function after BAPCPA". *DePaul Bus. & Comm. L.J.* N° 7. Chicago.
- CZARNETZKY, John M. (2000). "The Individual and Failure: A Theory of the Bankruptcy Discharge". *Ariz. St. L.J.* N° 32. Phoenix.
- EFRAT, Rafael(2002). "Global trends in personal bankruptcy". *Am. Bankr. L.J.* N° 76. Laguna Beach, California.
- EFRAT, Rafael(1998-1999). "The moral appeal of personal bankruptcy". *Whittier L. Rev.* N° 20. Costa Mesa, California.

- EISENBERG, Theodore (1980-1981). “Bankruptcy law in perspective”. *UCLA L. Rev.* N° 28. Los Angeles, California.
- ELLIOTT, Ramona (1987). “Section 523(a)(5): the exception from discharge of alimony, maintenance and support obligations”. *Bankr. Dev. J.* N° 4. Atlanta.
- ESPY, J. Kaz (2004-2005). “Chapter 7 bankruptcy and section 707(b): should the subjective ‘substantial abuse’ standard be replaced by an objective ‘means-testing’ formula?”. *Mercer L. Rev.* N° 56. Macon, Georgia.
- FERRIERE, Drédéric et Valerie AVENA-ROBARDETT (2012). *Surendettement des particuliers*. 4ª ed. Paris: Editorial Dalloz.
- FIELDSTONE, Kenneth (1993-1994). “Implications of bankruptcy on alimony, maintenance, and support in the second circuit”. *Cardozo Women’s L.J.* N° 1. New York.
- FLINT, Richard E. (1991). “Bankruptcy Policy: Toward a Moral Justification for Financial Rehabilitation of the Consumer Debtor”. *Wash. & Lee L. Rev.* N° 48. Lexington, Virginia.
- GARRIDO, José María (2014). “Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”. *Anuario de Derecho Concursal*. N° 31. Madrid.
- GÓMEZ B., Rafael y Gonzalo EYZAGUIRRE S. (2011). *El derecho de quiebras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GRAY C., David (2007). “Means testing: the failed bankruptcy revolution of 2005”. *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* N° 15. Queens, New York.
- GROSS, Karen (1999). *Failure And Forgiveness. Rebalancing The Bankruptcy System*. New Haven, Connecticut: Yale University Press.
- GROSS, Karen (1986-1987). “Preserving a fresh start for the individual debtor: the case for narrow construction of the consumer credit amendments”. *U. Pa. L. Rev.* N° 135. Philadelphia, Pensilvania.
- GRYNBAUM, Luc (2002). “La mutation du droits des contrats sous l’effet du traitement du surendettement”. *Contrats, concurrence, consommation*. N° 8-9. Bruguières.
- HARPER, David (1998). “Institutional Conditions for Entrepreneurship”. *Advances in austrian economics*. n.º 5. Bingley.
- HOWARD, Margaret (1987). “A theory of discharge in consumer bankruptcy”. *Ohio St. L.J.* N° 48. Columbus, Ohio.
- HUGON, Christine (2005). “L’approche théorique de la procédure de rétablissement personnel”. *Contrats, concurrence, consommation*. N° 10. Bruguières.
- JACKSON, Thomas H. (1984-1985). “The fresh-start policy in bankruptcy law”. *Harv. L. Rev.* N° 98. Cambrigde, Massachsets.
- JACKSON, Thomas H. (1986). *The logic and limits of bankruptcy law*. Cambrigde, Massachsets: Harvard University Press.
- JACOBY, Melissa B. (2001-2002). “Collecting debts from the ill and injured: the rhetorical significance, but practical irrelevance, of culpability and ability to pay”. *Am. U. L. Rev.* N° 59. Washigton.

- JIMÉNEZ, Teresa A. (2015). “El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 752. Madrid.
- JUDE, Jean-Michel (2003). *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*. Marsella: Institut de droit des affaires. Centre de recherches juridiques Barthold Goldman. Aix Université Marseille.
- KILBORN, Jason J. (2004-2005). “La responsabilisation de l’économie: what the united states can learn from the new french law on consumer overindebtedness”. *Mich. J. Int’l L.* N° 26. Ann Arbor, Michigan.
- LANDRY Robert J. (2012). “Ethical considerations in filing personal bankruptcy: a hypothetical case study”. *Journal of Legal Studies Education*. N° 29. Murfreesboro. Tennessee.
- LANDRY, Robert J. and Nancy H. MARDYS, (2006). “Consumer bankruptcy reform: debtors’ prison without bars or ‘just desserts’ for deadbeats?”. *Golden Gate U. L. Rev.* N° 36. San Francisco, California.
- LAURIAT, Adélaïde et Vincent VIGNEAU (2014). “L’insolvenza da sorvaidebitamento civile in Francia”, in Antonio SARCINA (dir.). *El sobreendeudamiento de los particulares y el consumidor*. Lecce: Editorial Dialogi.
- LAWLESS, Robert, *et al.* (2008). “Did bankruptcy reform fail? An empirical study of consumer debtors”. *Am. Bankr. L.J.* N° 82. Laguna Beach, California.
- LICHTASH, Assaf (2011). “Realigning the american consumer bankruptcy system with the goals of the fresh start doctrine: a global comparative analysis”. *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* N° 34. Los Angeles, California.
- MCCOID, John C. (1988). “The origins of voluntary bankruptcy”. *Bankr. Dev. J.* N° 5. Atlanta.
- MEZA B., Ramón (2009). *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MURPHY, Kathleen and Justin H. DION (2008). “‘Means test’ or ‘just a mean test’: an examination of the requirement that converted chapter 7 bankruptcy debtors comply with amended section 707(b)”. *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* N° 16. Queens, New York.
- MYERS, Michael (2011). “Dewsnup strikes again: lien-stripping of junior mortgages in chapter 7 and chapter 13”. *Ariz. L. Rev.* N° 53. Tucson, Arizona.
- NEMEDEU, Robert (2008). “Le principe d’égalité des créanciers: vers une double mutation conceptuelle”. *RTD Com.* N° 2. Paris.
- OLAZABAL, Ann and Andrew FOTI (2002-2003). “Consumer bankruptcy reform and 11 u.s.c. § 707(b): a case-based analysis”. *B.U. Pub. Int. L.J.* N° 12. Boston.
- ORDIN, Robert L. (1982-1983). “The good faith principle in the bankruptcy code: a case study”. *Bus. Law.* N° 38. Chicago.
- PAISANT Gilles (1998). “A propos de la déchéance encourue par le débiteur ayant aggravé son endettement”. *RTD Com. Chroniques. Surendettement de particuliers*. N° 3. Paris.

- PAISANT, Gilles (2002). “L’appréciation de l’état d’ ‘insolvabilité’ au sens de l’article L. 331-7-1 du code de consommation”. *RTD Com. Chroniques. Surendettement de particuliers*. N° 1. Paris.
- PAISANT, Gilles (2003). “La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine”. *RTD Com.* N° 4. Paris.
- PAISANT, Gilles (2006). “L’incertaine frontière entre l’insolvabilité de l’article L. 331-7-1 et la situation irrémédiablement compromise de l’article L. 330-1”. *RTD Com. Chroniques. Surendettement de particuliers*. N° 2. Paris.
- PAISANT, Gilles (2008). “La insolvencia de los consumidores en el derecho francés”, en Jorge TOMILLO URBINA (director). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*. Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- PAISANT, Gilles (2010). “Retour sur la notion de situation irrémédiablement compromise. Chroniques. Surendettement de particuliers”. *RTD Com.* N° 1. Paris.
- PAPE, Gerhard (2007). “Neue Wege zur Entschuldung völlig mittelloser Personen”. *ZVI.* n.º 5. Köln.
- PAPE, Gerhard (2012). “Verbraucherinsolvenz 2012 - gefühlter und tatsächlicher Reformbedarf”. *ZVI.* n.º 4. Köln.
- PARDO, Rafael (2009). “Failing to Answer Whether Bankruptcy Reform Failed: A Critique of the First Report From the 2007 Consumer Bankruptcy Project”. *Am. Bankr. L.J.* N° 83. Laguna Beach, California.
- PARDO, Rafael and Michelle LACEY (2005-2006). “Undue hardship in the bankruptcy courts: an empirical assessment of the discharge of educational debt”. *U. Cin. L. Rev.* N° 74. Cincinnati, Ohio.
- PARDO, Rafael and Michelle LACEY (2009). “The Real Student-Loan Scandal: Undue Hardship Discharge Litigation”. *Am. Bankr. L.J.* N° 83. Laguna Beach, California.
- PÉREZ, Roma (2013). “Not “special” enough for chapter 7: an analysis of the special circumstances provision of the bankruptcy code”. *Cleveland State Law Review.* N° 61. Cleveland.
- PÉREZ-RAGONE, Álvaro (2013). “La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XLI. Valparaíso.
- PÉTEL, Philippe (2004). “Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises. Brève étude de droit français comparé”, in Christophe ALBIGES *et al.* *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*. Paris: Editorial Dalloz.
- PORTER, Katherine and Deborah THORNE (2006-2007). “The failure of bankruptcy’s fresh start”. *Cornell. L. Rev.* N° 92. Ithaca, New York.

- PORTER, Katherine (2010). "Life after debt: understanding the credit restraint of bankruptcy debtors". *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* N° 18. Queens, New York.
- POTTOW, John (2006-2007). "The nondischargeability of student loans in personal bankruptcy proceedings: the search for a theory". *Can. Bus. L.J.* N° 44. Toronto.
- POWERS, Brian (2012). "Can you trust your trustee? expanding homestead exemptions to include rent-controlled leasehold interests". *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* N° 20. Queens, New York.
- PUGA V., Juan Esteban (2014a). *Derecho concursal. El procedimiento concursal de liquidación Ley N° 20.720*. 4ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUGA V., Juan (2014b). *Derecho concursal. El acuerdo de reorganización*. 4ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RAMSAY, Iain (2007). "Comparative consumer bankruptcy". *U. Ill. L. Rev.* Vol. 2007. Champaign, Illinois.
- RAVIN N., David and Kenneth A. ROSEN (1986). "The dischargeability in bankruptcy of alimony, maintenance and support obligations". *Am. Bankr. L.J.* N° 60.b. Laguna Beach, California.
- RAYMOND, Guy (2008). *Droit de la consommation*. Paris: Editorial Lexis Nexis Litec.
- RUSCH, Linda J. (1996). "Bankruptcy as a revolutionary concept: good faith filing and a theory of obligation". *Mont. L. Rev.* N° 57. Missoula, Montana.
- SANDOVAL L. Ricardo (2007). *Derecho comercial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo IV.
- SANDOVAL L., Ricardo (2014). *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal*. 7ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SERRANO G., Eduardo (2010). "Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física", en Matilde CUENCA C. (coord.). *Familia y concurso de acreedores*. Navarra: Editorial Thomson Reuters.
- SHUCHMAN, Philip (1973-1974). "An attempt at a 'philosophy of bankruptcy'". *UCLA L. Rev.* n.º 21. Los Angeles, California.
- SIMKOVIC, Michael (2013). "Risk-Based Student Loans". *Wash. & Lee L. Rev.* N° 70. Lexington, Virginia.
- SINGER, George H. (1997). "Section 523 of the bankruptcy code: the fundamentals of nondischargeability in consumer bankruptcy". *Am. Bankr. L.J.* N° 71. Laguna Beach, California.
- SKEEL, David A. (2014). "When should bankruptcy be an option (for people, places, or things)?" *Wm. & Mary L. Rev.* N° 5. Williamsburg, Virginia.
- SMITH, Kevin J. (2012-2013). "Should the 'undue hardship' standard for discharging student or educational loans be expanded?" *Barry L. Rev.* N° 18. Orlando, Florida.
- SOUSA, Michael D. (2009-2010). "The principle of consumer utility: a contemporary theory of the bankruptcy discharge". *U. Kan. L. Rev.* N° 58. Lawrwnce, Kansas.

- STEINFELD, Shayna M. and Bruce R. STEINFELD, (2004-2005). "A brief overview of bankruptcy and alimony support issues". *Fam. L. Q.* N° 38. Chicago.
- STEPHAN, Guido (2004). "InsO-Änderungsgesetz 2005". *ZVI.* n.º 9. Köln.
- STEWART McQUEEN. F. (2001). "In Re Renshaw: Extensions of Credit by an Educational Institution-Are They Exempt from Discharge under Section 523(A) (8) of the Bankruptcy Code". *S. C. L. Rev.* N° 52. Columbia.
- TABB, Charles J. (2001-2002). "The death of consumer bankruptcy in the united states?". *Bankr. Dev. J.* N° 18. Atlanta.
- TABB, Charles J. (1990-1991). "The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate". *Geo. Wash. L. Rev.* N° 59. Washington.
- TAMAYO H., Silvia (2008). "El sobreendeudamiento de los consumidores", en Jorge TOMILLO U. (director) y Julio ÁLVAREZ R. (coordinador). *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores.* Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- TAYLOR, Aaron N. and Daniel J. SHEFFNER (2016). "Oh, what a relief it (sometimes) is: an analysis of chapter 7 bankruptcy petitions to discharge student loans". *Stan. L. & Pol'y Rev.* N° 27. Stanford.
- THOMPSON, Robert M. (1990). "Consumer bankruptcy: substantial abuse and section 707 of the bankruptcy code". *Mo. L. Rev.* N° 55. Columbia, Missouri.
- VIGENAU, Vincent et Guillaume-Xavier BOURIN (2012). *Droit du surendettement des particuliers.* 2ª ed. Paris: Editorial Lexis Nexis.
- WARREN, Elizabeth (1997). "A principled approach to consumer bankruptcy". *Am. Bankr. L.J.* N° 71. Laguna Beach, California.
- WEDOFF, Eugene R. (2005). "Means testing in the new § 707(b)". *Am. Bankr. L.J.* N° 79. Laguna Beach, California.
- WHITE, Michelle (2007). "Abuse or protection? economics of bankruptcy reform under bapcpa". *U. Ill. L. Rev.* Vol. 2007. Champaign, Illinois.
- WIEDEMAN, Rainer (2004). "Brauchen wir eine Reform der Verbraucherentschuldung?". *ZVI.* n.º 11. Köln.
- ZABALETA D., Marta (2005). "La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán", en José AEDO *et al.* *Estudios sobre Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia.* Madrid: Editorial Marcial Pons. Tomo I.
- ZYWICKI, Todd J. (2000-2001). "Bankruptcy law as social legislation". *Tex. Rev. L. & Pol.* N° 5. Austin Texas.

Normas citadas

- Decreto n.º 212, Reglamento sobre sistema voluntario para la reorganización y cierre de micro y pequeñas empresas en crisis, *Diario Oficial*, 22 de febrero de 2011.

Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de UNCITRAL, New York, Naciones Unidas, 2005. Disponible en www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf [fecha de consulta: 2 de octubre de 2017].

Historia de la Ley, n.º 20720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_ley/4343/Pdf/Dossier/HLD_4343_dossier5674b2fe3b02aafa0af97e1d68f6efe6.pdf. [fecha de consulta: 5 de octubre de 2017].

Insolvenzordnung, de 5 de octubre de 1994. BGBl 1994, num. 70, de 18 de octubre.

Ley n.º 20027, Establece normas para el financiamiento de estudios de educación superior. *Diario Oficial*, 11 de junio de 2005.

Ley n.º 20416, Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. *Diario Oficial*, 3 de febrero de 2010.

Ley 22/2009, de 9 de julio, Concursal española. *Boletín Oficial del Estado*, número 164, de 10 de julio de 2003.

Ley n.º 20720, Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. *Diario Oficial*, 9 de enero de 2014.

Libro tercero, título IV, del *Código General del Proceso* colombiano, instaurado por la Ley 1564, *Diario Oficial* n.º 48489, de 12 de julio de 2012.

Title 11, U.S. Code, Bankruptcy, Pub. L. 95.598, title I, §101, Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2549.

59

JURISPRUDENCIA CITADA

SALAZAR GONZÁLEZ, Viviana (2017): Corte Suprema, 9 de mayo de 2017 (recurso de casación).