

Extinción de Deuda por Quiebra, Renuncia al Derecho de Extinción de Deuda por Quiebra y los Trasfondos del Derecho del Deudor-Acreedor*

Douglas Baird**

“En el presente artículo el autor desarrollo un análisis histórico sobre el derecho de extinción de deudas, desarrollando los planteamientos de Bluckstone en el siglo XVIII hasta comportarse con situaciones presentes como el caso Williams vs. Walter-Thomas Furneture Co. hasta su incidencia en los acuerdos de no competencia.”

Una persona natural con problemas financieros goza de dos tipos importantes de derechos. En primer lugar, puede proteger algunos de sus bienes de los acreedores, sea que se encuentre en quiebra o no. Un acreedor no puede incautar las prendas de vestir que porta el deudor, sus instrumentos de negocio, bienes domésticos básicos, anillo de bodas, o su patrimonio familiar¹. En segundo lugar, el “honesto pero desafortunado deudor” posee un derecho de “nuevo comienzo” tras la quiebra². En ese sentido, puede declararse en quiebra y obtener una exención por deuda vencida. Dicha persona sólo conserva la propiedad que los acreedores no pudieron obtener de la quiebra aunque seguirá gozando de sus futuros ingresos, los cuales estarán libres de demandas interpuestas por sus antiguos acreedores. Cada derecho permite al deudor colocar algunos bienes (la propiedad existente, como los bienes domésticos de un lado, o los futuros ingresos de otro lado) lejos del alcance de los acreedores. Sin embargo, los derechos difieren en un aspecto crucial. Un deudor

puede permitir a los acreedores incautar bienes domésticos y bienes en general que de otra manera estarían fuera del alcance de los acreedores al aplicar una garantía mobiliaria. Con la garantía mobiliaria el acreedor puede incautar y vender los bienes. Por otro lado, un deudor no puede prescindir de su derecho de gozar de sus futuros ingresos. No tiene la potestad de renunciar a su derecho de declararse en quiebra al momento de tomar un préstamo³. Los gravámenes sobre futuros ingresos se extinguen tras la quiebra. En el presente ensayo se explora la diferencia entre estos dos derechos a la luz de la perspectiva de la Economía del Comportamiento.

Tal como sostiene Cass Sunstein en su ensayo desarrollado para este Simposio, la ley se encuentra orientada más hacia un paternalismo débil que a un paternalismo fuerte⁴. La mayoría de las veces, la ley no cuestiona decisiones tomadas con reflexión y cuidadosamente. Sin embargo, las normas legales pueden evitar que tomemos decisiones

* Publicado originalmente: Discharge, Waiver, and the Behavioral Undercurrents of Debtor-Creditor Law, Vol. 73 University of Chicago Law Review 17-31 (Winter 2006). Traducido por LexiTrans.

** Harry A. Bigelow, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Por este medio agradezco el apoyo de Andrew Brinkman y John Vela así como a la Fundación Sarah Scaife y a la Fundación para la Promoción de Becas Russell Baker por su apoyo a la investigación.

1 Los límites precisos de estas exenciones varían de Estado a Estado. Véase, por ejemplo, en la Ley y Reglamentos de Práctica Civil de Nueva York (NY CPLR), Sección 5205 (McKinney 1997) (se exonera, entre otros bienes del patrimonio personal, los implementos de cocina de la vivienda, una maquina de coser, la Biblia de la familia, el banco en un aposento para culto religioso, la suficiente cantidad de comida para sesenta días, el aro de matrimonio, y “un reloj cotizado en no mas de treinta y cinco dólares”); Código Procesal Civil de California, Sección 704.010-704.210 (West 1987) (se exonera en términos generales el patrimonio familiar, los instrumentos de negocios, algunas inversiones, y la parcela en el panteón familiar).

2 Véase el Título 11 del Código de los Estados Unidos (USC), Sección 727 (2000) (se dispone que “[la] corte deberá conceder... un descargo, a menos que “el deudor cometa alguna de las múltiples modalidades de falsedad). Tal como se analiza líneas abajo, la descripción del “honesto pero desafortunado deudor” como aquella persona sobre la que recae la extinción de deuda por quiebra es un producto del siglo XX. La frase por sí misma se remonta al *Local Loan Co v Hunt*, 292 US 234,244 (1934) (se explica que la Ley de Quiebras “brinda al honesto pero desafortunado deudor... una nueva oportunidad en la vida y un terreno listo para sembrar para un futuro, sin trabas debido a la presión y desánimo derivados de la deuda preexistente”

3 Una dispensa a la extinción de deuda por quiebra se hace efectiva sólo si el deudor así lo dispone luego de declararse en quiebra y luego sólo si el juez especializado en materia de quiebras lo ratifica. Título 11 del Código de los Estados Unidos (USC), Sección 727(a)(10).

4 Véase Cass R., Sunstein, *Boundedly Rational Borrowing*, Revista Jurídica No. 73 de la Universidad de Chile 249, 256 (2006).

que sean impulsivas o irreflexivas. Las normas legales nos protegen de nosotros mismos al incidir en que las formalidades legales están ligadas a las decisiones sobre las que somos proclives a emitir juicios errados sistemáticamente. Dichas formalidades nos obligan a detenernos y a considerar lo que estamos haciendo.

La ley concursal coloca a los bienes domésticos y a los ingresos futuros fuera del alcance de los acreedores en parte porque tendemos a tomar decisiones de préstamos sin considerar plenamente las consecuencias a largo plazo⁵. Subestimamos la posibilidad de tiempos difíciles futuros cuando solicitamos un préstamo. No nos damos cuenta realmente de que a pesar de que cualquier revés pueda no ser significativo, la posibilidad de que por lo menos uno suceda, es considerable⁶. Además, no se calculan los costos de perder cierto tipo de propiedades o de que se graven los futuros ingresos.

Asimismo, si los deudores son más proclives a subestimar la importancia de sus bienes domésticos, estarán también más propensos a aplicar garantías mobiliarias sobre los mismos. De manera similar, cederán más fácilmente su derecho a gozar de sus futuros ingresos. La ley debe garantizar que la renuncia a estos derechos, en la medida en que se permitan, se realicen con detenimiento y reflexión suficientes.

La primera parte de este Ensayo se centra en las normas legales que exoneran algunos tipos de propiedad del gravamen impuesto por los acreedores. Expuse que los requerimientos formales para aplicar una garantía mobiliaria sobre dicha propiedad “exonerada” que usualmente se encuentra fuera del alcance de los acreedores aseguran que los deudores procedan con un nivel suficiente de reflexión. La estructura subyacente o base de estas leyes gira sustancialmente en torno a lo que Lon Fuller llama la función cautelar de las normas legales⁷. Cuando tales normas no puedan ser implementadas – y efectivamente en gran medida no pueden serlo –, la Ley algunas veces recurre al paternalismo fuerte y prohíbe dichas normas. La segunda y tercera parte de este Ensayo demuestra cómo la concepción moderna de la extinción de deuda por quiebra ha surgido en el tiempo y cómo actualmente toma en consideración la necesidad de prevenir a las personas naturales de renunciar a los derechos que subestiman sistemáticamente.

La última parte muestra que este entendimiento de cómo las renunciaciones funcionan en el Derecho de Deudor-

Acreedor sugiere una alternativa de reflexión sobre los acuerdos de no competencia en una situación de quiebra, un asunto que ha dividido rotundamente los tribunales y ha provocado considerable confusión.

1. Walter – Thomas y la Renuncia a los Bienes Exonerados

La idea de que ciertas propiedades deben ser exoneradas de los gravámenes del acreedor se arraigó tempranamente en la legislación de los Estados Unidos mucho antes de que la Constitución fuera diseñada⁸. Entre los bienes que se encuentran típicamente fuera del alcance de los acreedores comunes están los bienes domésticos, las cuentas de jubilación con beneficios tributarios, las reliquias de familia, prendas de vestir, mobiliarios domésticos, artefactos, así como efectos personales. Las personas naturales no siempre valoran la importancia de estos artículos acertadamente al momento de decidir si tomar un préstamo. La persona debe considerar una secuencia de eventos que nunca le hayan ocurrido anteriormente (una enfermedad terminal, la pérdida de trabajo, etc.), prever las consecuencias, y evaluar las probabilidades con exactitud.

Pero proteger completamente dichos bienes de los gravámenes del acreedor tiene un costo. Poseer una reliquia familiar o cualquier otro bien con alto valor subjetivo constituye un excelente bien objeto de retención⁹. Los deudores individuales pueden señalar su solvencia crediticia y la seguridad de que pueden pagar sus obligaciones al permitir a los acreedores acceder a tales bienes. Al solicitar que las garantías mobiliarias se efectúen con las suficientes formalidades, la norma legal puede contemplar a aquellos deudores que deseen proponer tales bienes como objetos de retención sin menoscabar la lógica de aplicar exoneraciones en primer lugar. Al solicitar formalidades antes de que las garantías mobiliarias entren en vigencia, la ley está cumpliendo con una función cautelar. La norma legal concede a las personas naturales la libertad para tomar sus propias decisiones, garantizando sin embargo, que tales decisiones sean tomadas con cierta reflexión¹⁰.

Un ejemplo de transacción común que no puede realizarse informalmente o despreocupadamente es el de la hipoteca. La transacción (una transferencia de un interés en propiedad inmueble) requiere de un alto nivel de formalidad jurídica, sin importar que la tierra sea parte del patrimonio familiar del deudor. Por lo tanto, no se

5 Véase Thomas H. Jackson, *The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law*, Revista Jurídica No. 98 de la Universidad de Harvard 393, 1405–18 (1985) (se argumenta que el borrón y cuenta nueva de quiebras equilibra adecuadamente la autonomía con una red de seguridad que protege a las personas de una falta de previsión, arrepentimiento, y error).

6 Véase Amos Tversky y Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Ciencia 1124, 1129 (1974) (se discuten los estudios en los que se argumenta que las personas son más propensas a sobreestimar la probabilidad de eventos que están conectados –el éxito de un plan que requiere tomar múltiples pasos– y subestimar los eventos que no están conectados –el riesgo de una parte necesaria, entre varias, que falla).

7 Véase Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, Revista Jurídica No. 41 de la Universidad de Columbia 799, 800 (1941) (se muestra que una de las funciones de las normas formales es la de actuar como si fueran “una verificación contra acciones consideradas irreflexivamente”).

8 Véase, por ejemplo, Peter J. Coleman, *Debtors and Creditors in America: Insolvency, Imprisonment for Debt, and Bankruptcy 1607-1900* p. 191–92 (Historical Soc of Wisconsin 4) (donde se describe el empleo del auto de libre elección o *writ of elegit* durante la época colonial en el Estado de Virginia, bajo el cual los acreedores no podían forzar la venta de las tierras del prestatario).

9 Véase Robert E. Scott, *A Relational Theory of Secured Financing*, Revista Jurídica No. 86 de la Universidad de Columbia 901, 930 (1986) (donde se sugiere que un bien retenido “debería obligar al deudor, pero no tentar al acreedor” a revender).

10 Véase Código Comercial Uniforme (UCC) Sección 9-203(b)(3)(A) (ALI 2002).

necesita una norma formal adaptada específicamente para la excepción del patrimonio familiar. Por contraposición, la creación de garantías mobiliarias sobre bienes inmuebles no requiere de mucho aparte de un acuerdo por escrito describiendo la garantía¹⁰. De ahí que se necesitan normas legales centradas particularmente en la propiedad exonerada. La idea de que las dispensas a la propiedad exonerada no pueden realizarse informalmente o despreocupadamente es el punto central de uno de los casos más conocidos de abuso del Derecho: *Williams vs. Walker-Thomas Furniture Co*¹¹.

Williams compró mobiliario doméstico a la empresa Walter-Thomas por un valor de US\$ 1,300. Luego de cancelar el monto quedando US\$ 164 por saldar, Williams adquirió un equipo estéreo en Walter-Thomas por US\$ 514. El contrato que Williams firmó con la empresa incluía una cláusula de garantías cruzadas por la que se otorgaba a Walter-Thomas una garantía mobiliaria sobre el equipo estéreo como sobre el resto del mobiliario que había comprado allí durante años.

Walker-Thomas necesitaba esta disposición ya que la legislación local le impedía tomar de otro modo este tipo de propiedad¹². Si el mobiliario doméstico que Walter-Thomas le había vendido previamente a Williams fuese propiedad común sujeta a los gravámenes del acreedor, la cláusula de garantías cruzadas sería innecesaria. Aún sin esta cláusula, Walker-Thomas podría, en caso de incumplimiento, obtener un auto ejecutivo, y requerir que la autoridad policial tome todos los bienes de William, con excepción de aquellos que se encuentren explícitamente fuera de su alcance¹³. Walker-Thomas hizo efectiva la garantía mobiliaria sobre los bienes domésticos de Williams solamente porque dichos bienes se encontraban usualmente fuera del alcance de los acreedores. La cláusula de garantías cruzadas se hace efectiva únicamente para este propósito.

La cláusula de garantías cruzadas se distingue de otros términos porque por medio de ella se renuncia a un derecho que se encuentra estipulado en la legislación para protegerlos de las consecuencias de decisiones imprudentes. Dada la justificación que se ampara en la antigua

política legislativa de colocar los bienes domésticos fuera del alcance de los acreedores, resulta poco lógico permitir que Walker-Thomas obtenga una renuncia del derecho en cláusulas secundarias en letra pequeña¹⁴. La renuncia a tal derecho debe ser aplicada en un ambiente que haga posible la reflexión y la deliberación.

Si Williams va a renunciar a su derecho de proteger la propiedad exonerada, debe *saber* que tiene tal derecho y que está renunciando a él. Una cláusula enterrada en un contrato de compraventa cuyas consecuencias no sean evidentes por sí misma (incluso para muchos catedráticos de Derecho de Contratos que han enseñado el caso por muchos años) no sirve para dicho propósito y por lo tanto no puede aplicarse.

“(...) las normas legales pueden evitar que tomemos decisiones que sean impulsivas o irreflexivas.”

No es fácil garantizar que la renuncia al derecho de mantener los bienes domésticos fuera del alcance de los acreedores comunes se realice con el suficiente nivel de reflexión. Un enfoque posible consiste en requerir que los términos de los contratos se expongan de manera notoria. No obstante, los consumidores pueden prestar atención insuficiente incluso a términos que se expongan de manera evidente. De allí que desde el momento en que se decidió considerar en nuestra exposición el caso *Walter-Thomas*, resolvimos indagar mucho más. Al amparo de la legislación vigente, la única alternativa de ofrecer al prestamista una garantía mobiliaria sobre muchos tipos de propiedad (desde mobiliario hasta los anillos de matrimonio) que se encuentran usualmente fuera del alcance de los acreedores, es separarlos de los demás rubros. Al colocar su anillo de matrimonio como garantía, el deudor debe ir a una casa de empeño, sacarse el anillo del dedo, y ponerlo a disposición del prestamista¹⁵. Insistir en que la persona se desprenda del bien que poseía es una norma formal que tiene una función cautelar. Tal acción no puede realizarse irreflexivamente. Aunque la operación es completamente distinta a la formalidad asociada con la

11 350 F2d 445 (DC Cir 1965).

12 Código del Distrito de Columbia, Sección 15-401 (1951).

13 El derecho de garantía otorga otros derechos, pero no son relevantes aquí. Por ejemplo, un acreedor garantizado tiene el derecho de recuperar la garantía en caso de incumplimiento, pero sólo si lo puede hacer sin perturbar la paz. Ya que el ingreso no permitido en un domicilio privado implica necesariamente la perturbación de la paz, el derecho de recuperación de un bien no resulta importante cuando el acreedor tiene una garantía mobiliaria sobre el mobiliario doméstico. Algunos lectores del caso se quedaron con la impresión de que ésta era una cláusula punitiva – por la cual se concedía a Walter-Thomas el derecho de tomar mucho más de la cantidad adeudada. Esto es incorrecto. Un acreedor garantizado se encuentra obligado a vender la garantía, mantener sólo los ingresos obtenidos necesarios para pagar lo adeudado, y devolver el saldo al deudor.

14 Aún cuando el argumento del tribunal se sustente en la idea general de abuso del Derecho estipulada en el Código Comercial Uniforme (UCC) Sección 2-302, los representantes legales de Williams presentaron este alegato explícitamente. Véase Robert H. Skilton y Orrin L. Helstad, *Protection of the Installment Buyer of Goods under the Uniform Commercial Code*, Revista Jurídica No. 65 de la Universidad de Michigan 1465, 1481 (1967). En cualquier caso, el alegato de abuso del Derecho puede valer sólo si las consecuencias se derivaron a partir de la cláusula; las consecuencias de la cláusula de garantías cruzadas se derivan sólo porque la propiedad en cuestión se encuentra exonerada.

15 Colocar una garantía mobiliaria no posesoria que no forme parte de la adquisición sobre un anillo de bodas y otros bienes domésticos es una práctica desleal de crédito. Véase las Prácticas Crediticias de la División de Comercio Federal de los EEUU (FTC Credit Practices), CFR 16, Sección 444.1(i) (que define el término “bienes domésticos”) y Sección 444.2(a)(4) (2005) (donde se proporciona la categorización una garantía no posesoria como una práctica desleal de crédito). Tal garantía mobiliaria es anulable al amparo del Título 11 del Código de los Estados Unidos (USC), Sección 522(f)(1)(B) (que prohíbe garantías mobiliarias no posesorias) y en (4)(A)(xiv) (2000 & Supp 2005) (donde se incluye los anillos de bodas dentro de la definición de “bienes domésticos” para los fines prescritos en la Sección 522(f)(1)(B)). Existe una excepción a la norma. Nuestro planteamiento no permite garantías mobiliarias no posesorias sobre bienes domésticos cuando el préstamo permite al deudor adquirir la propiedad en primera instancia. A pesar de que Walker-Thomas no puede tomar otros bienes si Williams incumple con los pagos del equipo estéreo, sí puede recuperar el equipo estéreo en sí. El razonamiento está basado principalmente en la idea de que Williams no debería mantener un bien si no lo paga.

ejecución de una hipoteca, también garantiza una toma de decisiones realizada con reflexión.

2. Evolución de los Conceptos de Quiebra “Nuevo Comienzo” y “Honesto pero Desafortunado Deudor”

El derecho de extinción de deudas por quiebra se desarrolló siguiendo una tendencia completamente diferente al del derecho de exoneración de propiedad. Recién a partir del siglo XX se convierte en un derecho que protege a los deudores de sus propios juicios errados. El Derecho Concursal tomó forma en la Inglaterra del siglo XVIII, en un entorno jurídico y económico totalmente distinto al nuestro. Imperaba un Derecho de Deudor-Acreedor implacable. Al amparo de este marco jurídico, los bienes del deudor se tomaban sin restricciones y si resultaban insuficientes para pagar la deuda, se procedía al encarcelamiento. Así lo describe un juez de la época:

“Si un hombre es apresado en cumplimiento de la ley por deuda, ni el demandante por cuya demanda es arrestado, ni la autoridad policial que lleva a cabo el arresto, está en la obligación de brindarle comida, bebida, o vestimenta. Por el contrario, esta persona deberá sobrevivir por cuenta propia o por la caridad de otros, y si nadie le ofrece apoyo, la Ley ordena que se le deje morir en nombre de Dios; y así lo ordeno yo”¹⁶.

En sus inicios, el Derecho Concursal era cortado con la misma tijera¹⁷. Estaba conformado por un conjunto de normas que fortalecían el poder de los acreedores de comerciantes. Al amparo del Derecho Concursal, se le impedía al comerciante seguir disfrutando de algunas de las protecciones de las que otros deudores gozaban, como la protección del deudor contra las disposiciones del Decreto Real en tanto se encontrara dentro de su domicilio. En el siglo XVIII, todas las solicitudes de declaración de quiebra eran involuntarias y podían iniciarse sólo después de que el deudor cometía “un acto de quiebra”, conocido típicamente como un acto que frustraba los esfuerzos de los acreedores por ser resarcidos.

La extinción de deuda por quiebra se inicia por razones que no tenían relación alguna con la preocupación de los deudores. Promulgada por el Parlamento Inglés en 1705, “la ley para prevenir fraudes frecuentemente cometidos por personas en situación de quiebra” se diseñó para inducir a los reacios deudores comerciales a identificar y entregar sus bienes¹⁸. Se aplicaba mediante una lógica de incentivos y amenazas: la dispensa a los deudores que mostraban buena disposición y cumplían y la pena de muerte para aquellos que no cumplían¹⁹.

Ofrecer esta lógica no implicaba costo alguno para los acreedores. El Derecho Concursal permite a los acreedores reunir toda la propiedad del deudor, examinar al deudor, y garantizar que nada se les esté ocultando. Muchos acreedores dejaban de perseguir a los deudores una vez que se cercioraban de que el deudor no podía saldar su deuda, independientemente de si la quiebra liberaba formalmente la deuda. El proceso que pone en marcha el Derecho Concursal reasegura a los acreedores que el deudor no posee otras propiedades y que nada se les está ocultando. Para el acreedor la liberación de una deuda pendiente poco importa, ya que prácticamente la posibilidad de que la deuda sea pagada no existe. En ese caso para el acreedor es mejor dejar los asuntos relacionados al deudor en manos de la investigación y no intervenir.

Cuando Blackstone redactó sus *Comentarios*²⁰ en los años 1760, la quiebra era todavía considerada principalmente como un recurso para el acreedor²¹. Sin embargo, la justificación para la extinción de deuda por quiebra había ya evolucionado. Los deudores comerciales enfrentaron problemas especiales que otros deudores no tuvieron que encarar. La extinción reconoció esta lógica al mismo tiempo que funcionaba como una herramienta que beneficiaba a los acreedores de comerciantes. Tal como Blackstone explica:

“El Derecho sostiene que es una practica injustificada para cualquier persona que no sea comerciante, gravarse a sí mismo con deudas de considerable valor. Si una persona...al momento de asumir sus deudas, tiene los fondos suficientes para pagarlas, un retraso en el pago de las mismas representa una muestra de deshonestidad... Si para ese momento, la persona no cuenta con los fondos suficientes, la muestra de deshonestidad e injusticia se torna mayor²².

La lógica en este punto surge naturalmente de la manera cómo Blackstone observa el mundo. La única propiedad de una persona es el terreno que posee labrado por otros y que genera un flujo fijo y estable de ingresos. Los prestamistas confían en la capacidad del terreno para producir dinero y que se les pueda pagar lo que se les debe. Y esto se hará efectivo a no ser que el deudor falsee el valor del terreno o lo transfiera a un tercero luego de que el préstamo se haya realizado. Un deudor honesto se encuentra siempre dispuesto a pagar a sus acreedores en tanto pueda contar con sus propiedades. Una vez que el deudor ha obtenido el préstamo, no deberá comprometerse en ninguna actividad (como juegos de azar) que puedan disminuir el valor de sus propiedades y dejarlo en situación de insolvencia para

16 Las observaciones del Juez Sir Robert Hyde se citan en Coleman, *Debtors and Creditors in America* en la nota 5 (indicada en la nota 8).

17 Para una discusión más esclarecedora de la evolución del Derecho Concursal, véase Robert Weisberg, *Commercial Morality, the Merchant Character, and the History of the Voidable Preference*, p. 39 Revista Jurídica No. 3 de la Universidad de Stanford (1986).

18 Véase Legislación de Anne 4, Capítulo 17 (1705).

19 Véase id 1, 7.

20 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Chicago 1979).

21 Blackstone incluye el capítulo sobre quiebras en el volumen dedicado a los “derechos de objetos materiales” ya que para él la quiebra era, ante todo, un medio para transferir propiedades. Véase Blackstone, 2 *Commentaries* en *471-88.

22 Véase Id at *473-74. En una observación omitida en este párrafo, Blackstone también sostiene que aquellos que se dedican a “profesiones liberales” tampoco deberían solicitar préstamos. Blackstone parece haber pensado, como un asunto en general, que una persona no debe solicitar préstamos tomando como garantía los ingresos futuros.

pagar a sus acreedores. Una persona que no puede pagar a sus acreedores está cometiendo necesariamente una falta. Y, como Blackstone acota: “Tal persona no puede en consecuencia quejarse, en caso recaiga sobre él sanciones por actos que el voluntariamente ha ocasionado”²³.

Un comerciante, sin embargo, se encuentra en una posición diferente fundamentalmente. Aquellos que se dedican a actividades comerciales asumen riesgos. Cuando un comerciante inicia negocios con otro comerciante, cada parte asume la responsabilidad de que en caso de ocurrir eventualidades fuera de su control, la contraparte se convierte en un sujeto incapaz de pagarle lo que le adeuda. Una vez más, tal como Blackstone explica:

“Las actividades comerciales no pueden desarrollarse sin la existencia de crédito mutuo de ambas partes: el hecho de asumir deudas se convierte entonces en un hecho no solamente justificable, sino también necesario. Y si suceden calamidades accidentales, tales como la pérdida de una embarcación en una tempestad, el incumplimiento por parte de un socio comerciante, o incumplimiento en el pago por parte de personas externas al negocio, en tales casos el comerciante o el negociante se torna incapaz de liberar sus propias deudas. Casos en los que la responsabilidad no recae en su propia culpa sino en su desafortunada suerte”²⁴.

El contraste con otros deudores es determinante: “Si las personas en otras situaciones de la vida incurren en deudas sin tener la capacidad de pago, deberán asumir las consecuencias de su propia indiscreción, aún cuando se les presenten eventualidades súbitas que los obligarían a reducir sus patrimonios”²⁵. Los deudores comerciales podrían finiquitar las obligaciones que no puedan reintegrar puesto que su incapacidad de reembolso se debió a “eventualidades desafortunadas” y no a cálculos errados. Así como un juez de la época prescribió: “La liberación de responsabilidad se hará extensiva a aquellas personas que son a la vez *honestas* y *desafortunadas*. La honestidad sola no es título al amparo del cual se concederá la liberación, si el deudor ha devenido en ruina por su propia imprudencia y no por alguna situación desafortunada”²⁶.

Para relacionar la concepción de Blackstone sobre liberación de deudas con la que presentamos en este artículo, se debe primero reconocer – ya que Blackstone no hizo lo propio – como un argumento lógico que las personas naturales puedan tener la capacidad de solicitar prestamos avalados en sus ingresos futuros para tener capacidad de consumo sin problemas, la capacidad de disfrutar de un nivel de consumo constante en el tiempo indistintamente de los cambios en los ingresos que se produzcan de un período a otro. Es bastante razonable solicitar un préstamo en períodos en los que los ingresos son menores en comparación con el

promedio y liquidarlo en períodos en los que los ingresos son mayores al promedio. No obstante, a diferencia de lo que sucedía en los campos de cultivo del siglo XVIII, el ingreso futuro en el presente es impredecible. Se puede perder un trabajo o puede surgir una enfermedad. Hoy en día, los deudores en general, no sólo los comerciantes, pueden tropezarse con “situaciones desafortunadas” y no tener los fondos necesarios para reintegrar a sus acreedores por causas ajenas.

Podemos tomar la concepción de Blackstone sobre extinción de deudas por quiebra e incorporarle sólo la noción de que las personas naturales deberían ser capaces de solicitar un préstamo avalado en sus ingresos futuros; un patrimonio que, así como las propiedades de un comerciante, pueden variar en valor. Los acreedores ordinarios deben tener la posibilidad de acceder a una liberación de la deuda y no solamente los comerciantes, pero sólo en tanto demuestren ser honestos y desafortunados. La incapacidad para pagar una deuda debe originarse en virtud a circunstancias que se encuentren fuera del control del deudor (tales como la pérdida de un trabajo o una enfermedad inesperada). Si se tuviera que trasladar la perspectiva de Blackstone a nuestra época para poder explicar el capital humano, reconoceríamos que los ingresos futuros son un activo que sirve de aval para que deudores puedan solicitar un préstamo, y que dicho activo puede representar menor valor del que se podría esperar. Los deudores honestos pueden tropezarse con sucesos desafortunados que no les permita pagar completamente a los acreedores.

Sin embargo, la diferencia fundamental entre la perspectiva de Blackstone sobre la quiebra y la nuestra se basa en un argumento diferente. Para este autor, el encarcelamiento de deudores era inobjetable ya que tal situación era meramente “la sanción que (el deudor) había ocasionado voluntariamente como resultado de actos que él mismo había cometido”²⁷. Blackstone no comprendió que la extinción de deudas por quiebra es un medio de proteger a las personas de sí mismas: la extinción las protege efectivamente de las opciones que ellas mismas eligen.

Con el transcurso del tiempo, la extinción de deudas por quiebra ha evolucionado en un sentido opuesto al de la suposición de que las personas naturales actúan completamente de manera racional. Debemos dejar de mostrar que nuestros problemas surgen por una razón distinta a las de nuestras propias malas decisiones. Ya no tenemos que ser a la vez honestos y desafortunados para obtener un nuevo comienzo.

La perspectiva estrecha de Blackstone que propone que la extinción de deudas se limita apropiadamente a comerciantes que fueran a la vez honestos y desafortunados

23 Vease *Id* at *474.

24 *Id*.

25 Véase *Id* at *473.

26 *Caso Brown*, 1 *Martin* 158, 159–60 (La 1810). El derecho en cuestión en el *Caso Brown* no correspondía al Derecho Concursal per se sino más bien era una rama cercana a éste, el Derecho de Insolvencia a nivel Estatal.

27 Blackstone, 2 *Commentaries* en *474 (citado en la nota 20).

tunados queda restringida en dos aspectos. En primer lugar, las personas naturales que no son comerciantes sufren adversidades también. En segundo lugar, y quizás el aspecto más importante para los propósitos que aquí se presentan, los juicios errados que nos vuelven incapaces de reintegrar a los acreedores no son necesariamente juicios culpables, y la ley puede hacer algo para prevenir que surjan o para minimizar por lo menos sus consecuencias.

Desde inicios del siglo XX, hemos constatado la existencia del deudor arquetípico como aquel que era “honesto pero desafortunado”²⁸. La diferencia entre el deudor “honesto y desafortunado” y aquel que es “honesto pero desafortunado” es sutil pero importante. El término “desafortunado” se emplea de dos maneras distintas. En esta última, no se limita a adversidades financieras que se encuentren estrictamente fuera de nuestro control. En la actualidad este término incluye adversidades financieras de todo tipo. Cualquier deudor en dificultades financieras es considerado “desafortunado.” Usted, señor lector, tiene derecho a solicitar la opción de extinción de deuda aún cuando sus dificultades financieras surjan de juicios errados o por falta de previsión, siempre y cuando sea una persona honesta. Las personas honestas a veces son incapaces de saldar lo que deben y cuando dicha situación se presenta la ley debe asistir en tales momentos. En tanto procedan de buena fe, tienen a disposición el derecho de extinción de deuda por quiebra. En lugar de limitar la extinción a sólo algunos deudores en aprietos, el término “desafortunado” actualmente describe meramente su condición como tal.

Aquellas personas que buscan una extinción de deuda usualmente han manejado erradamente sus asuntos financieros. Cuando se declaran en quiebra, generalmente tienen una deuda que representa un valor multiplicado al de su ingreso anual. Los casos de divorcio, pérdida de trabajo, o el surgimiento de una enfermedad son frecuentemente la gota que colma el vaso, sin embargo, una persona de mente fría y cuidadosamente calculadora que haya revisado cada decisión para solicitar un préstamo con reflexión no se encontrará en aprietos. El derecho a extinción de deuda por quiebra tiene lugar aún cuando el acto de imprudencia fue al menos parcialmente la causa de la incapacidad para saldar la deuda²⁹.

3. Economía del Comportamiento y Renuncia al Nuevo Comienzo

Una vez que proteger a los deudores de préstamos realizados de una manera irreflexiva se convierte en el principal motivo para el derecho de extinción de deuda,

las renuncias a tal derecho deben tratarse con mucho cuidado. Si el derecho de extinción de deuda simplemente nos protegió de una “desgracia” tal como lo expone Blackstone, este derecho sería meramente un tipo de póliza de seguros. Todos los deudores pagan una tasa mayor de interés y a cambio el acreedor asume parte de la pérdida que surge cuando un deudor particular pasa por tiempos difíciles. El derecho de extinción de deuda surge con los típicos costos de cualquier póliza de seguros. Cuando la extinción está ligada a toda extensión de crédito, aquellas personas que muy probablemente no van a pagar sus deudas se verán más inclinadas a solicitar un préstamo (un problema de selección contraproducente) y aquellas que solicitan el préstamo están más propensas a tomar acciones (como asumir una deuda muy alta) dejándolos en una situación de incapacidad para liquidar la deuda (un problema de riesgo moral). Así como con otros tipos de seguros, se puede justificar la extinción de deuda con el argumento de que los beneficios que proporciona la póliza sobrepasan el valor de dichos costos.

“Hoy en día, los deudores en general, no sólo los comerciantes pueden tropezarse con situaciones desafortunadas (...)”

Si el argumento del seguro fuese todavía nuestra única base lógica para justificar la extinción de deudas por quiebra, podríamos esperar que tal derecho sea un tipo de derecho al que se puede renunciar. No obstante, la concepción contemporánea de extinción se basa en la idea de que los deudores honestos pueden hacer juicios errados cuando solicitan préstamos. El mismo juicio errado que conlleva a incurrir en deuda puede conducir a renunciar al derecho de extinción de deuda. Por esta razón, se debería prohibir las renuncias al derecho o al menos garantizar que las renuncias se realicen con la suficiente reflexión. Permitir renuncias tiene sentido sólo si podemos esperar un proceso de toma de decisiones razonado y deliberado para superar las predisposiciones cognitivas enraizadas en la moderna concepción del nuevo comienzo.

Aún después de que el deudor se declare en quiebra (y, por lo tanto, mucho después de que se incurra en deudas), se ponen límites muy estrictos sobre la capacidad del deudor para renunciar al derecho de extinción. Tales renuncias deben presentarse por escrito y el juez debe corroborar específicamente que la renuncia constituye “un juicio conciente e informado” por parte del deudor³⁰. Existe una fuerte tendencia a suponer que esto no es así³¹.

28 La frase tiene sus orígenes en el Derecho Concursal en *Local Loan Co v Hunt*, 292 US 234, 244

(1934). También figura en algunos casos del siglo XIX, pero en un contexto en el cual el deudor no es honesto y no surge la interrogante sobre el significado del término “desafortunado”.

29 Véase Jackson, *Revista Jurídica* No. 98 de la Universidad de Harvard, 404–05 (citada en la nota 5).

30 Véase, por ejemplo, *In re Mapother*, 53 BR 433, 435 (Bankr WD Ky 1985).

31 Véase, por ejemplo, *In re Martin*, 211 BR 23, 24 (Bankr ED Ark 1997) (donde se descubrió mediante la interpelación de la corte de que el deudor no entendía las implicaciones de su renuncia al derecho, negándose la renuncia en virtud de tal razón); *In re Rul-Lan*, 186 BR 938, 943 (Bankr WD Mo 1995) (donde se sostiene que una sentencia que prescriba que el trámite de divorcio continúe hasta su etapa final no constituyó una renuncia de extinción de deuda llevada a cabo con reflexión).

Raros son los casos en los que el deudor se declara en quiebra y renuncia a su derecho de extinción de deuda. Más comunes son los casos en los que el deudor trata de renunciar al derecho de extinción con respecto a una deuda en particular. Por ejemplo, el deudor puede pretender exceptuar un préstamo de la extinción debido a que su acreedor tiene una garantía mobiliaria sobre una propiedad que desea mantener. Tal vez el banco que otorgó el préstamo para el vehículo colocó una garantía mobiliaria sobre el automóvil. La extinción afecta sólo la obligación personal del deudor para cancelar el préstamo vehicular. La garantía mobiliaria del prestamista sobrevive³². De allí que cuando se finiquita la quiebra, el prestamista se encuentra expedito para recuperar el automóvil. Para mantener el vehículo, el deudor debe llegar a un nuevo acuerdo con el prestamista y este último usualmente insiste en que el deudor acepte restablecer la obligación personal, la misma que ha sido recientemente liberada. Nuestra perspectiva permite acuerdos de reafirmación pero se requiere se realicen con un extraordinario nivel de formalidad.

Cuando un deudor es representado por un abogado, se requiere que el representante legal ofrezca una declaración jurada en la que se estipule que el contrato ha sido celebrado de manera totalmente informada y voluntaria, que no implica demasiadas dificultades para el deudor, y que el representante ha puesto en pleno conocimiento al deudor sobre los efectos legales y de las consecuencias en caso de incumplimiento³³. Asimismo, de que el deudor tiene derecho a un período de reflexión de sesenta días³⁴. En caso de que el deudor carezca de representación legal, el contrato de reafirmación entra en vigor sólo si el deudor comparece en juicio abierto y continúa aceptando la reafirmación luego de que el juez informa al deudor de las consecuencias de un caso de incumplimiento al amparo del nuevo contrato³⁵.

Para solicitar ampliaciones ordinarias de crédito, falta aún diseñar una norma formal que cumpla adecuadamente con la función cautelar. No existe forma alguna para insistir en que la renuncia al derecho de extinción de deuda se realice de manera reflexiva en un entorno donde la mayoría de las decisiones se toman para solicitar préstamos. Ya no vivimos en un mundo en el que los préstamos de consumo requieran la visita a un banco, una entrevista con el funcionario de préstamos, o largos y pesados trámites. Cada vez que se usa una tarjeta de crédito se incurre en deuda. A pesar de que las cláusulas de estas transacciones son bastante desconocidas para nosotros, esto no es motivo de

preocupación en un mercado de créditos competitivo ya que las fuerzas del mercado hacen lo necesario para evitar que los consumidores se extralimiten³⁶. Sin embargo, dada la lógica del derecho de extinción de deuda, las disposiciones del derecho de renuncia en cláusulas secundarias en letra pequeña no deberían ser efectivas. Prohibir una renuncia al derecho de extinción es como prohibir una garantía mobiliaria no posesoria sobre bienes domésticos.

Los préstamos educativos son una clara excepción a la regla general³⁷. La obligación de reintegrar un préstamo educativo continúa luego de la quiebra sin desmedro del derecho de extinción. Así como el deudor no debe esperar mantener bienes domésticos si no los paga, una persona no debería disfrutar de los beneficios adicionales que brinda la educación si no paga por ella³⁸. No existe, sin embargo, ninguna garantía que asegure que la educación que se recibe gracias al préstamo, vaya a generar un mejor ingreso. Además, incluso cuando el préstamo efectivamente produzca un incremento en el ingreso, el deudor no vincula el préstamo al ingreso de la misma manera que Williams vincula la obligación de pagar a Walter –Thomas por el equipo estéreo.

No obstante, una persona puede conciliar el status especial de los préstamos educativos para educación con la idea general de que las decisiones que comprometen el derecho de extinción de deuda o de exonerar la propiedad deben realizarse con un nivel suficiente de reflexión y deliberación. A diferencia de las ampliaciones ordinarias al crédito de consumo, una persona que toma un préstamo educativo antes de asistir a la universidad no está asumiendo una decisión irreflexivamente. La decisión de tomar el préstamo es parte de una decisión mayor (formar o no formar parte de la población económicamente activa o continuar en ella) que se realiza sólo luego de una considerable y cuidadosa reflexión.

Cuando incluimos el tratamiento especial dado a los préstamos educativos en este contexto, sin embargo, nos centramos inmediatamente en lo que es quizás el problema más significativo relacionado con excluirlos de la extinción de deudas. El proceso relacionado con asistir a tiempo completo a la universidad puede garantizar la necesaria cautela que se requiere adoptar con relación al préstamo universitario, pero muchos préstamos educativos sirven para otros programas que raramente requieren que los alumnos se muden o dejen de trabajar, o realicen cualquier otra actividad que

32 Las garantías mobiliarias y los derechos prendarios “no se ven afectados” por la quiebra. Véase *Long v Bullard*, 117 US 617, 620–21 (1886).

33 USC 11, Sección 524(c)(3).

34 *Id.*, Sección 524(c)(4).

35 *Id.*, Sección 524(d).

36 Discuto este punto ampliamente en *The Boilerplate Puzzle* de Douglas G. Baird, *Revista Jurídica* No.104 de la Universidad de Michigan (a publicarse en 2006).

37 Véase USC 11, Sección 523(a)(8) (2000) (los préstamos educativos se exceptúan de la extinción de deuda). Hay otras deudas que también no son condonables, pero que no involucran a la persona honesta que obtiene crédito. Algunas deudas (como la deuda que se adquiere en vísperas de un proceso de quiebra) son excluidas de la extinción basándose en que el propio comportamiento del deudor es sospechoso (aún si no fuera sospechosa, a esta persona se le negaría el derecho de extinción de deuda en su conjunto). Otras obligaciones, como pensión alimenticia u obligaciones tributarias, son consideradas particularmente importantes. Un deudor con la capacidad de pagar tales préstamos sin problemas debe hacerlo. Estos préstamos no son condonables. Los actos ilícitos culpables y dolosos relacionados a casos de fraude de valores son de igual manera exonerados de la posibilidad de extinción.

38 Un préstamo educativo es, en este respecto, como un préstamo para la adquisición de bienes de consumo. Tal como se indica en la nota 15, dichos préstamos son la única excepción a la prohibición de garantías mobiliarias no posesorias sobre bienes domésticos.

garantice la reflexión para la decisión. Aún si dejamos de realizar parte de las formalidades relacionadas con los acuerdos de reafirmación, tales formalidades tiene cabida a este respecto, dada la lógica sobre la que se basa el derecho de extinción y el derecho a exonerar la propiedad. La excepción a la extinción de deuda por quiebra debe verse conjuntamente con las normas disponibles que están al margen de la quiebra. Cuanto más garanticemos que los estudiantes que se matriculan en dichos programas reflejen lo que están haciendo, menos problemática se volverá la excepción a la extinción de deuda.

4. El Nuevo Comienzo y los Acuerdos de No Competencia

La comprensión del derecho de extinción de deuda nos permite sacar provecho en cierta medida de aquello que ha sido un problema de larga data relacionado a la bancarrota personal; nos estamos refiriendo al tratamiento de los acuerdos de no competencia. Es sabido que los actores y músicos que suscriben contratos a largo plazo se declaran en quiebra alegando que el concepto de nuevo comienzo en una quiebra prescribe el acuerdo de no competencia³⁹. Por ejemplo, Tia Carrere se declaró en quiebra pues quería escapar de un contrato a largo plazo que tenía con la cadena ABC en *General Hospital*, una serie de televisión vespertina, y convertirse en actriz oficial de un programa en el horario estelar en otra cadena de televisión⁴⁰. Se declaró en quiebra para liberarse de un acuerdo de no competencia.

El Código de Quiebras autoriza a los deudores a rechazar contratos ejecutorios, sin embargo, el poder rechazar dichos contratos no señala en sí mismo las consecuencias de tal rechazo. El rechazo podría liberar a Carrere de trabajar para ABC sin eliminar el derecho de ABC de impedirle trabajar en otro lugar. Rechazar un contrato ejecutorio es simplemente una versión análoga en materia de quiebras del incumplimiento de contratos. Fuera de lo relacionado al tema de quiebra, la cadena de televisión ABC no puede obligar a Carrere a trabajar después de un incumplimiento de contrato. No obstante, goza del derecho de cobrar por daños y perjuicios y de impedir que trabaje en otro lugar⁴¹. El rechazo de un contrato así, en una quiebra, resulta en una demanda equivalente a los daños y perjuicios que ABC tendría contra ella fuera de la quiebra. El derecho de impedir a Carrere de aparecer en otro medio de comunicación al amparo del rechazo dependerá de si esta limitación es consistente con la política de brindar a los afligidos deudores la posibilidad de un nuevo comienzo.

Si Carrere hubiese tomado prestado dinero de ABC y no hubiese podido reintegrar el préstamo, la actriz podría liberarse de esa obligación en una situación de quiebra. Cualquier garantía mobiliaria que ABC le impondría a la actriz sobre sus futuros ingresos no continuaría en vigencia después de una quiebra⁴². La promesa de Carrere de no aparecer en ningún otro medio de comunicación o, más aún, el pacto de una persona de no competir, tienen la misma configuración. ABC posee lo que constituiría una participación en los futuros ingresos constantes de Carrere. Para estar seguros, si una persona incumple el acuerdo de no competencia, le resultaría primeramente muy difícil a actrices como Carrere conseguir trabajo. ABC no querría contratar nuevos actores si no tiene la certeza de poder mantenerlos cuando gocen de gran popularidad. No obstante, esta situación no distingue a ABC de cualquier otro prestamista. Bajo la misma lógica, los prestamistas tienen menos disposición de otorgar préstamos cuando de por medio existe un derecho de extinción de deuda.

ABC en cierta medida tiene una posición similar a la de una persona que obtiene un préstamo educativo. El programa en horario estelar (*The A-Team*) podría no haber contratado nunca a Carrere de no haber sido por el entrenamiento y la exposición en medios que logró al haber participado en la serie *General Hospital*. Los acuerdos de no competencia usualmente surgen en entornos laborales donde el empleador ofrece entrenamiento al trabajador y desea recuperar la inversión asegurándose de que el trabajador no se marche ni use las técnicas aprendidas para trabajar con la competencia. El trato resulta beneficioso para ambas partes. El empleador recupera la inversión realizada en el trabajador y el trabajador adquiere nuevas habilidades. El pacto grava los futuros ingresos, pero es parte integrante de un trato que hace posible los futuros ingresos. Si ABC le hubiera concedido un préstamo a Carrere para asistir a una escuela de actuación, Carrere podría renunciar al derecho de extinción de la deuda. Efectivamente, la norma de fondo dispone que tales deudas no son condonables⁴³. Cuando ABC, en cambio, opta por ofrecer entrenamiento, se podría decir que se está aplicando el mismo principio. Carrere no podrá beneficiarse del entrenamiento y luego evadir la obligación implícita de pagar a la cadena ABC con el sólo hecho de permanecer en el elenco de la serie mencionada por un cierto período. Este razonamiento se basa en un argumento a favor de exceptuar los acuerdos de no competencia de la posibilidad de extinción de deuda.

Cualesquiera que sean los alcances de este argumento, sin embargo, deberá ser una necesaria (aunque no sufi-

39 Por ejemplo, véase *Delightful Music Ltd v Taylor*, 913 F2d 102 (3d Cir 1990) (se concede la solicitud de James Taylor de rechazar un contrato ejecutorio); *Cloyd v GRP Records*, 238 BR 328 (Bankr ED Mich 1999) (donde se permite al deudor incumplir el contrato y específicamente rechazar un mandato judicial sobre rendimientos futuros); *In re Carrere*, 64 BR 156 (Bankr CD Cal 1986) (donde se niega la capacidad de Tia Carrere de emplear la situación de quiebra para rechazar su contrato). Algunas veces las cortes son capaces de eludir el asunto, véase *Carrere*, 64 BR, 159-60, aludiendo mala fe en un expediente de quiebra si el deudor no tiene problemas financieros. Pero normalmente el deudor se encuentra en una mala situación financiera y el asunto debe confrontarse como es debido.

40 Véase *Carrere*, 64 BR at 157.

41 USC 11, Sección 365(g) (donde se dispone que el rechazo generalmente constituye incumplimiento, a menos que el contrato sea parte del plan o se ajuste a las excepciones especificadas).

42 Véase *Local Loan Co v Hunt*, 292 US 234, 245 (1934).

43 Véase USC 11, Sección 523(a)(8). En efecto, la renuncia no sólo se hace cumplir sino que es asumida.

ciente) condición que todas las personas en la situación de Carrere celebren pactos dándose perfectamente cuenta de lo que están haciendo. A diferencia de lo que sucede con los préstamos educativos, las normas que no son materia de quiebras y que rigen los acuerdos de no competencia nos protegen de nuestra predisposición a tomar decisiones erradas cuando asumimos obligaciones a largo plazo⁴⁴. El Derecho no especializado en materia de quiebras raras veces contempla acuerdos de no competencia. Dichos contratos deben ser justificados y estar en vigor sólo por un período limitado y tener un alcance geográfico también limitado. Una excepción notoria es la militar. A cambio de haber sido entrenado como piloto, por ejemplo, la persona debe aceptar servir en la Fuerza Aérea en calidad de servicio activo por diez años. Sin embargo, las manifestaciones de formalidad acompañan la decisión de enrolarse en las fuerzas armadas. Una persona que decide enrolarse en las fuerzas armadas lo hace en un entorno que es muy diferente de aquel en el que se puede obtener ampliaciones ordinarias de crédito al consumo.

“Prohibir una renuncia al derecho de extinción es como prohibir una garantía moldearía no posesoria sobre bienes domésticos.”

Nuestro planteamiento permite que los consumidores empleen sus anillos de matrimonio como colateral sólo cuando transfieren la posesión del anillo ya que solamente así los consumidores toman conciencia de los riesgos del incumplimiento de la deuda. Se puede permitir el derecho de renunciar a la extinción de deuda cuando las circunstancias lo ameriten verdaderamente (como en el caso de un préstamo educativo que permite a un deudor incrementar su capital humano), pero la condición necesaria de tal renuncia es que haya sido realizada bajo circunstancias que garanticen que la misma se realizó con pleno conocimiento. Debemos permitir que un préstamo educativo sea no condonable sólo si viene acompañado de rituales análogos a, o a la par con, aquellos que se requieren para los contratos de reafirmación. Exceptuar los acuerdos de no competencia de la disposición de un nuevo comienzo puede tener sentido debido a los límites que les son aplicados al amparo de la legislación extraconcursal. No solamente la fuerza ejecutiva de los acuerdos de no competencia se encuentra tremendamente limitada, sino que estos acuerdos tienden a surgir como parte de una transacción más extensa en la que el abogado, gerente, o agente

reconsidera el trato. Una vez más, celebrar un contrato con ABC para actuar en la serie *General Hospital*, aunque no es lo mismo que enrolarse en las fuerzas armadas, es algo que está tan alejado de lo usual, que la decisión tiende a no tomarse impulsivamente.

Conclusión

En comparación a la perspectiva de Blackstone sobre la quiebra, la legislación concursal moderna se sustenta en que la idea de un nuevo comienzo debe estar a disposición de los deudores honestos, aún cuando su propio mal juicio sea la causa de sus dificultades financieras. Tenemos el derecho a exonerar propiedad y el derecho de exención de deudas por quiebra porque no evaluamos con precisión las consecuencias a largo plazo de incurrir en deuda. De ahí que la ley debe limitar nuestra capacidad de renunciar a estos derechos. Cuando las renunciaciones son plenamente autorizadas, la ley debe garantizar que las formalidades necesarias provoquen la suficiente deliberación y reflexión. Limitar el efecto de las cláusulas secundarias en letra pequeña con respecto a exonerar propiedades y colocar vallas procesales a los deudores que desean reafirmar deudas son ejemplos del débil paternalismo propuesto por Sunstein y de la concepción de Fuller en torno a las normas formales que tienen una función preventiva o cautelar. Nuestra prohibición general respecto a las garantías mobiliarias no posesorias y no prioritarias para la adquisición de bienes de consumo así como las renunciaciones generales del derecho de extinción de deudas muestra las debilidades de un paternalismo frágil y de las formalidades legales.

Comprender este trasfondo es uno de los desafíos centrales en la ley que rige el crédito al consumo. La importancia de este desafío aumenta a medida que la tecnología se desarrolla. El cambio tecnológico, aún cuando es beneficioso, dificulta la implementación de normas formales con funciones cautelares. Difícilmente se usan sellos en el ciberespacio. Las tarjetas de crédito nos liberan del suplicio de tener que explicar nuestros asuntos a funcionarios bancarios. Sin embargo, al mismo tiempo, se da cada vez menos importancia a la reflexión cuando se toman decisiones crediticias al momento de retirar un préstamo bancario. En la medida en que nos resulta cada vez más fácil dirigirnos a Internet y obtener una tarjeta de crédito garantizada a través de una segunda hipoteca sobre nuestras viviendas, más nos deberíamos preocupar por las formalidades requeridas, si son suficientes para asegurar que la decisión de solicitar un préstamo es el resultado de un juicio razonado 

44 Véase Ronald J. Gilson, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete*, Revista Jurídica No. 74 de la Universidad de Nueva York 575, 602-07 (1999) (se describen los límites de los acuerdos de no competencia en el Estado de Massachusetts y los límites más extensos impuestos sobre ellos en el Estado de California).