

CATEGORIZACIÓN DE DEUDORES EN EL DERECHO DE INSOLVENCIA LATINOAMERICANO

CATEGORIZATION OF DEBTORS INSIDE THE LATIN AMERICAN INSOLVENCY LAW

*ELIANNE ESTECHE DE F.**

RESUMEN

El siglo XXI está marcado por un evidente proceso de humanización del régimen de insolvencia. El presupuesto subjetivo está siendo rediseñado, otorgando mayor relevancia al concurso de la persona natural. La unidad subjetiva y la exclusividad del régimen para quienes desarrollan una actividad económica, empresarial o comercial, presente en el Derecho Latinoamericano debe ser cuestionada, resultando fundamental la categorización de deudores. Incluso, el reconocimiento de un deudor que, por razones específicas: el desempleo, los gastos médicos extraordinarios ocasionados por una súbita enfermedad, los conflictos familiares, la muerte repentina, alimentación, vivienda, en otras palabras, causas que entran dentro del riesgo que conlleva el ejercicio del vivir cotidiano, se ve incurso en lo que se ha denominado sobreendeudamiento, incluyendo el sobreendeudamiento del consumidor, por deudas originadas en el consumo, impone un cambio coyuntural.

Palabras claves: Insolvencia. Persona natural. Categorización. Derecho Latinoamericano.

ABSTRACT

The twentieth century is mark by an evident process of humanization of the insolvency regime. The subjective budget is being redesign, demanding bigger relevance to the contest of the natural person. The subjective unity and the exclusiveness of the regimen for those who perform an economic, administrative or commercial activity inside the Latin American Law must be questioned, being crucial the categorization of debtors. Even though, the recognition of a debtor, whom for specific reasons: unemployment, medical expenses caused by a sudden disease, personal issues, unexpected death, food, dwelling; in other means, several causes that happen in the current living, it is immersed in what is being called "over-indebtedness", including the over-indebtedness of the consumer because of debts originated by consumerism, impose a well-timed change.

Key words: Insolvency. Natural person. Categorization. Latin American Law.

* Profesora Titular, Especialista y Doctor en Derecho Mercantil de la Universidad de Los Andes

SUMARIO

INTRODUCCION. 1. Antecedentes de la regulación del Presupuesto Subjetivo en el Régimen de Insolvencia. Referencia especial al Derecho Latinoamericano. 2. El concurso o la insolvencia de la persona natural con liberación de deudas en el Derecho comparado. 3. Situación en el Derecho Latinoamericano. 4. A modo de reflexión. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

En el régimen concursal o de insolvencia, el *presupuesto subjetivo* determina los sujetos que pueden ser declarados en concurso. Las reformas acaecidas en el Derecho Latinoamericano han marcado una clara tendencia hacia la generalización, hacia la indiferenciación del sujeto pasivo, resultando aplicable a todo deudor y en algunos casos a toda persona que realice una actividad económica o empresarial, justificado por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia y por la tendencia a simplificar el procedimiento.¹ Concepto moderno que dejó a un lado la concepción sancionatoria del deudor insolvente, entendiendo que la situación de insolvencia es más un problema económico que una situación de mala fe o el deseo de defraudar al acreedor.² Sin embargo, ante la aparición de un nuevo protagonista económico: el consumidor,³ la reformulación del presupuesto subjetivo resulta obligatoria. En palabras de Kleidermacher, resulta “imprescindible distinguir la distinta envergadura económica, trascendencia social y fenomenología específica que pueden tener los sujetos pasivos concursales, para signarles un procedimiento acorde con su singularidad ya que solo así podrá pretenderse dotar de eficacia al sistema”. Agregando, “...resulta imposible...involucrar en un mismo proceso al pequeño comerciante, al actualmente denominado “consumidor”, y con el mismo tratamiento considerar el concurso de una gran empresa con enorme trascendencia social y económica...”.⁴ Solo que deben hacerse ciertas consideraciones.

En primer lugar, hay que distinguir la insolvencia del sobreendeudamiento del consumidor o endeudamiento excesivo, el cual puede o no llevar a la insolvencia.

Como menciona Vítolo, si bien el sobreendeudamiento puede devenir en insolvencia,⁵ necesariamente no lo es, mientras que el deudor siga cumpliendo con sus obligaciones. La situación o el estado del deudor no es de incumplimiento, considerado hasta ahora como el presupuesto objetivo o material de la insolvencia, sino por el contrario,

1 FERNANDEZ, J., “Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar”, (Ponencia, 2009). Disponible en: <http://www.observatoridesc.org/files/seijo.pdf>

2 TRUJILLO, G., y MUÑOZ, A., “Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, (Maestría en Derecho Empresarial). Disponible en: http://www.vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/.../Ley_insolvencia_persona.pdf?

3 DASSO, J., “La insolvencia del consumidor”, en Estudios de Derecho Empresarial, vol. Especial, n° 6, 2015, pp. 81 y ss.

4 KLEIDERMACHER, A., “Hacia un ecosistema del régimen concursal”, en AAVV. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III, capítulo 65, Universidad Católica Andrés Bello, Coordinadores: Astrid Uscátegui-Julio Rodríguez, Caracas: 2012, pp. 597-616.

5 FILIPPI, L., KEMELMAJER, A., VITOLO, D. y LORENTE, J., “Panel abierto sobre la insolvencia del consumidor”, en Derecho al Día, Año VIII, n° 142, 2009.

“hay un “cumplimiento forzado” de sus obligaciones que por vía de la bancarización del sistema de pago afecta a su salario con retención o afectación en la fuente en medida que el remanente disponible resulta insuficiente para solventar sus necesidades vitales básicas”.⁶ De ahí que el consumidor sobreendeudado -aun cuando su noción no sea unívoca-, es definido por la doctrina en estos términos:

“El sobreendeudamiento del consumidor designa un estado de exceso de deudas que no implica necesariamente el incumplimiento con sus obligaciones pero que le llevan a la acuciante situación de ingresos insuficientes para cubrir necesidades básicas”.⁷

Igualmente hay que distinguir dos tipos de endeudamiento en razón de su origen, de acuerdo con Beltrán,⁸ endeudamiento activo y endeudamiento pasivo.

“El endeudamiento activo denomina al fenómeno generado en préstamos variados al consumo lúdico o útil pero en todo caso voluntario, tales el endeudamiento hipotecario para adquirir vivienda, o viajar, o adquirir bienes o utilizar servicios todos conducentes a las distintas necesidades ordinarias de la cotidianidad, alimentarse, comer, viajar, educarse.

El endeudamiento pasivo en cambio, tiene origen en una circunstancia no deliberada, en cuya ejecución no intervino la voluntad sino impelida por la necesidad: enfermedad, divorcio, despido”.

La doctrina, indudablemente cuestiona si es digno de merecer protección particular, sólo el sobreendeudado por causas sobrevenidas y ajenas a su voluntad, pero no el consumidor que negligentemente ha asumido créditos excesivos a los que ya desde un principio no podía hacer frente. Es decir, si solamente el endeudamiento pasivo debe desplazar parte de los riesgos al acreedor,⁹ entrando a considerar, si el deudor es de buena fe o mala fe.

En segundo lugar, comprendido lo anterior, y asumiendo que cada vez más resulta imprescindible, la regulación del sobreendeudamiento -constituyendo una característica constante la no exigibilidad del presupuesto material clásico significado por la insolvencia o la cesación de pagos desplazado por un simple criterio de previsibilidad o de mera intuición del deudor de que meras dificultades son susceptibles de llevarle a la consolidación de la todavía embrionaria insolvencia-;¹⁰ la doctrina se cuestiona también sobre la

6 DASSO, J., *op. cit.*, pp. 83.

7 Ídem.

8 BELTRÁN, E., “Insolvencia de las familias en la Ley concursal española”, cita de: DASSO, J., *op. cit.*, pp. 83.

9 TRUJILLO, I., “El sobreendeudamiento de los consumidores”, (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Disponible en: <http://www.ecri.eu/new/system/files/13+Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>

10 DASSO, A., “La paradójica inmisión de la extraconcursalidad en el nuevo derecho concursal del Siglo XXI”, La legislación sobre insolvencia en la actual crisis financiera – *Insolvency Law in the Current Financial Crisis* (Seminario, 2012)

forma más adecuada de hacerlo. En este sentido, algunos ordenamientos han preferido afrontar la situación desde el Derecho del Consumidor (sistema francés), otros desde el Derecho de la Insolvencia (sistema americano), aun cuando hay que reconocer que en la mayoría de ordenamientos el régimen de la insolvencia está diseñado para las empresas no para la persona física, individual o simplemente consumidora, que ha sido relegada a un segundo plano, incluso para algunos autores ha tenido un uso casi residual,¹¹ en consecuencia, la posibilidad de prevención (sistemas de alertas tempranas) en caso de sobreendeudamiento, o de simple recuperación personal a través de un mecanismo de segunda oportunidad “*fresh start*”, no encuentra una adecuada regulación ni siquiera un tratamiento uniforme.

Ahora bien, la situación desde esta última perspectiva, sobre todo en el caso del Derecho Latinoamericano, obliga previamente entre otras cosas a la necesaria categorización de deudores, requiriendo de una reforma integral que -según Barreiro-,¹² atienda diversas cuestiones de la “nueva agenda concursal”, entre ellas la imposibilidad de seguir adscribiendo al modelo de proceso “único” para toda situación de insolvencia, sin importar la magnitud del sujeto en problemas, es decir, la naturaleza del concursado. En este sentido afirma: la unidad de los procedimientos concursales, no es hoy la mejor solución al fenómeno de la insolvencia, “...cada vez más, resulta necesario proveer diversos mecanismos procesales para atender a fenómenos de insolvencia disímiles”.¹³ Ya lo advertía Dasso en su oportunidad, cuando mencionaba la presencia en diferentes ordenamientos de procedimientos especiales para las distintas categorías de deudores, lo que implicaba un presupuesto subjetivo “sectorizado”.¹⁴

Bajo este planteamiento debe distinguirse dentro del presupuesto subjetivo la condición del deudor como persona jurídica o física, consumidor, empresario o profesional, los cuales no pueden someterse a un mismo tratamiento; debiendo incluso establecer diferencias según la procedencia u origen del endeudamiento, a fin de lograr una verdadera protección particular frente al fenómeno del sobreendeudamiento de los consumidores,¹⁵ debiendo no solo solventar este problema sino la ulterior insolvencia del particular, incluyendo su posible recuperación, como en su oportunidad se estableció para las empresas.

Centrando la atención en este punto, ciertamente algunas legislaciones, sin dar una respuesta en particular, tratando de buscar una solución legal e integral a la situación,

Zaragoza. Disponible en: <http://www.lawyerseekeurope.com/boletines/ficheros/DASSO,%20Ariel%20-%20La%20paradogica%20inmision%20de%20la%20extraconcursalidad%20en%20el%20nuevo%20derecho%20concursal>

11 CEBRIÁN, J., “Mecanismo de segunda oportunidad. El concurso de la persona física”, (Máster Universitario). Disponible en: http://www.biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc_num.php?explnum_id=1375

12 BARREIRO, M., “Mecanismos alternativos para la solución de la problemática del consumidor sobreendeudado”. Disponible en: <http://www.dictum-abogados.bthemattic.com/files/2012/03/articulo-colaboracion-marcelo-barreiro.pdf>

13 BARREIRO, M., “Pautas para la regulación de un procedimiento para el concurso mínimo”, en VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, 2009, pp. 3.

14 DASSO, A., “Tendencias actuales del Derecho Concursal”, en Estudios de Derecho Empresario, vol. Especial n° 6, 2015, pp. 170.

15 TRUJILLO, I., *op. cit.*, pp. 167.

han optado por incorporar a su normativa concursal común procedimientos de naturaleza saneatoria, implementando a favor del consumidor, sistemas preventivos, conciliatorios, de restablecimiento personal, otorgando lo que se ha llamado una segunda oportunidad o nuevo comienzo, a través de la descarga o liberación del deudor de todas las deudas con causa u origen anterior al inicio del procedimiento.¹⁶

Sin embargo, en referencia al Derecho Latinoamericano, aun cuando desde 2004, en la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre regulación de insolvencia se indicó la necesidad que los Estados evalúen el tema de la situación de los llamados “deudores civiles”, desde la óptica del reconocimiento de un “*fresh start*”, planteando la posibilidad de ofrecer una nueva oportunidad a los deudores mediante una exoneración, liberación del deudor de su responsabilidad respecto de una parte o la totalidad de ciertas deudas tras la clausura del procedimiento,¹⁷ en la mayoría de las legislaciones ni siquiera se da una solución adecuada al concurso o la insolvencia de la persona natural, en tanto, se somete a todos los deudores al mismo régimen sin categorizar, sin diferenciar la situación de crisis económica o insolvencia de los empresarios y de las personas físicas y mucho menos se regulan mecanismos de liberación de deudas. Más bien existe una sólida presencia del principio de responsabilidad patrimonial universal una vez finalizado el concurso, en virtud del cual del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros y una marcada exclusión social.

Por todo lo expuesto es preciso verificar en primer lugar, los antecedentes de la regulación del presupuesto subjetivo en el régimen de insolvencia, con referencia especial al Derecho Latinoamericano. En segundo lugar, el tratamiento dado al concurso o la insolvencia de la persona natural en los diferentes sistemas incorporando el mecanismo de liberación de deudas desde la perspectiva del Derecho de la Insolvencia. Y por último, en tercer lugar, verificar la situación en el Derecho Latinoamericano.

1. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DEL PRESUPUESTO SUBJETIVO EN EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. REFERENCIA ESPECIAL AL DERECHO LATINOAMERICANO

Tomando como referencia inicial, el Derecho romano, si bien no existía, dentro del incipiente procedimiento concursal, distinciones relativas a su calidad o categoría económica del deudor, sí había en cambio, una distinción derivada de la condición social, los deudores pertenecientes al rango senatorial se libraban de una ejecución universal de sus bienes y quedaban sometidos a un procedimiento más benévolo, consistente en una venta detallada de los mismos, de la que quedaba excluida toda nota infamante (*bonorum distractio ex senatus consulto*).¹⁸

Más tarde, desde el siglo XIV hasta el XVI, en el derecho estatutario de las ciudades

16 DASSO, A., “Las reformas de las legislaciones concursales en Iberoamérica y la Ley Española en el nuevo mundo concursal”. Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/publicaciones/Ariel%20Dasso/las%20reformas%20de%20>

17 COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia”. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolvent/05-80725_Ebook.pdf

18 SOSA, M., “El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras”, en Revista de Estudios Históricos-jurídicos, n° 20, 1998, pp. 13.

italianas de Bolonia, Florencia, Génova, Padua, Venecia, Milán -que fue la elaboración más importante en materia de quiebras de este período-, fue característica común la aplicación del procedimiento a toda clase de deudor, sin distinción alguna.

Sin embargo, en las Ordenanzas de Bilbao, siendo la más completa la de 1737, seguida por las legislaciones hispanas, la aplicación de la institución de la quiebra, procedía únicamente si el deudor era calificado como comerciante.

“Cualquiera comerciante, que considere hallarse precisado a dar punto a sus negocios, estará obligado a formar ante un extracto, o memoria puntual de todas sus dependencias, donde con individualidad exprese sus deudas y haberes, mercancías existentes y alhajas, y demás bienes que le pertenezcan, citando los libros con sus folios y números debidos; y entregarle por sí, o por otra persona en manos del prior, y cónsules”.¹⁹

Asimismo, durante la época de la Codificación francesa, si bien se movían sentimientos individualistas, igualitarios; también se quería castigar de forma más severa a los comerciantes fallidos que eran en su mayoría los que quebraban. Por un lado, se buscó a través de los Códigos una ley única que regulara a todos por igual, sin distinción de clases ni condiciones, no era el derecho de los comerciantes sino de los comerciantes y no comerciantes (sistema objetivo), sin embargo, por otro lado, estableciendo la dualidad legislativa, separando la regulación del Derecho privado en dos textos legales, en materia de Derecho concursal, se dispuso la quiebra únicamente aplicable a deudores calificados como comerciantes, regulada en consecuencia por el Código de comercio, mientras que para deudores civiles, se estableció el concurso de acreedores contenido en el Código civil.²⁰

Hasta la primera codificación (1804-1807) las distinciones referidas al deudor iban desde su condición social: senadores o no en el Derecho romano; a no efectuar ninguna distinción aplicando el procedimiento a todo tipo de deudor en el Derecho estatutario; hasta la distinción según la condición profesional o actividad: comerciantes o no de las Ordenanzas de Bilbao y el Derecho francés, marcando la dicotomía civil-mercantil.

En todo caso, la única diferencia que se establecía para los deudores, era su condición profesional o actividad, en tanto, si era comerciante se le aplicaba el procedimiento de quiebra, de lo contrario quedaba excluido y debía someterse al procedimiento civil: cesión de bienes, concurso de acreedores. Bajo esta forma, para el deudor-persona física o natural, es decir, no comerciante, la regulación estaba prevista por el Derecho civil, fuera del ámbito mercantil; régimen adoptado por la mayoría de los ordenamientos que incorporaron la codificación francesa a sus primeras regulaciones.

De modo diferente, el sistema norteamericano, a través de la “*Bankruptcy Act*” de 1898, aplicó su normativa a todas las personas; igual el derecho alemán, que incorporó gran parte de los institutos que conforman el sistema concursal de la “*Bankruptcy*” esta-

19 MONTILLA, J., “Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao interesante fuente histórica del derecho mercantil”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>.

20 ESTECHE, E., “El sistema societario venezolano”, en AAVV. Bicentenario del Código de Comercio francés, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Coordinadores: Alfredo Morles Hernández-Irene Valera, Serie Eventos 25, Caracas: 2008, pp. 812 y ss.

dounidense,²¹ el régimen de quiebra regulado desde la Ley Concursal especial de 1877 “*Konkursordnung/ko*” y la Ley de Convenios “*Vergleichsordnung*” de 1935, resultaba aplicable tanto a comerciantes como no comerciantes,²² manteniendo la unidad subjetiva.

En esta evolución general, es apreciable la reforma italiana de 1942, que si bien modifica el sujeto pasivo de los procesos concursales, a través de la “*Legge Fallimentare*” (Decreto N° 267),²³ denominada “Disciplina de la Quiebra, el Convenio Preventivo, de la Administración Controlada y de la Liquidación Forzosa Administrativa” estableció su aplicación a los empresarios que ejercitaban una actividad comercial, con excepción de los entes públicos y los pequeños empresarios.²⁴ Con lo cual el sistema italiano excluyó a los no comerciantes, a los empresarios agrícolas y a las entidades públicas, y también a “los empresarios de menor capacidad económica”, independientemente de desplazar al comerciante por el empresario y al acto de comercio por la actividad comercial.

Ahora bien, siendo esta la situación, comienza a operar un cambio en el sistema francés y en la mayoría de los ordenamientos que lo habían adoptado, a partir de la Ley N° 67-563 de 1967, que promovió la extensión de los efectos de la quiebra a los no comerciantes. Iniciando su transformación con la Ordenanza N° 280 de 1967 sobre el procedimiento concursal, denominada “Suspensión provisional de las actuaciones y de la liquidación colectiva de los pasivos” (*Suspension provisoire des poursuites et il apurement collectif du passif*).²⁵ Posteriormente, con la promulgación de la Ley N° 148/84 de 1984 sobre el “Régimen de Prevención y arreglo amistoso de las dificultades de las Empresas” (*loi sur la prévention des difficultés et le règlement amiable*) y la Ley N° 98-85 de 1985 sobre el “Régimen de Recuperación y Liquidación Judicial de las Empresas” (*loi sur le redressement judiciaire et la liquidation*), con un procedimiento destinado fundamentalmente a permitir la salvaguarda de la empresa, su mantenimiento en actividad y la verificación del pasivo, impone su aplicación a todo comerciante, agricultor, artesano y a cualquier persona jurídica, independientemente de la profesión del deudor (comerciante o no). Si bien tradicionalmente, el Derecho concursal había sido reservado a los comerciantes, ahora es extendido no solo a empresarios, personas físicas o jurídicas, sino también comienza a extenderse a no empresarios, en 1967;²⁶ a los artesanos en 1985 y a los agricultores en 1988.²⁷ Regulación que ha sido incorporada al nuevo Código de Comercio francés, adop-

21 ESTECHE, E., “Necesidad de la cualidad de comerciante en el presupuesto subjetivo de la quiebra”, AAVV. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III, capítulo 69, Universidad Católica Andrés Bello, Coordinadores: Astrid Uscátegui-Julio Rodríguez, Caracas: 2012, pp. 693-738.

22 GOLDSCHMIDT, R., Curso de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 2003, pp. 39.

23 Debe recordarse el proceso de Unificación del Derecho privado sin diferenciar obligaciones civiles y comerciales; el desarrollo de la Teoría de la Empresa; la ampliación del concepto de comerciante y la elaboración de un concepto de empresa, la cual engloba actividades económicas-empresariales, dejando a un lado la distinción entre las sociedades en función del acto de comercio. Se transforman las relaciones comerciales en relaciones empresariales.

24 Artículo 1°: *Empresarios sujetos a la quiebra, al concordato preventivo y a la administración controlada*. “Están sujetos a las disposiciones sobre la quiebra, sobre el concordato preventivo y sobre la administración controlada los empresarios que ejercitan una actividad comercial, con excepción de los entes públicos y los pequeños empresarios...”. SATTI, S., Instituciones del Derecho de Quiebra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1951, pp. 645.

25 BOUVIER, R., “Los procedimientos concursales en el derecho francés”. Disponible en: <http://www.icas.es/export/sites/default/icas/es/galerias/descargas/CRI/El-procedimiento-concursal-en.Francia.pdf>.

26 Para algunos autores, la extensión de la ley de quiebras francesa a cualquier tipo de persona jurídica de Derecho privado es visto como un exceso. COMPARATO, F., “Aspectos jurídicos da macro-empresa”, cita de: FOLENA, J., “A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro”, en Revista de Información Legislativa, a 35 n, 139 jul/set, 1998, pp. 240.

27 *Ibidem*, pp. 2.

tado mediante la Ordenanza de 18 de septiembre de 2000.

Es digno de apreciar, en fecha relativamente reciente la misma tendencia, en la Ley Concursal española N° 22/2003, llamada “Ley de ordenación económica-concursos” (BOE 10-7-2003, N° 164/2003), que modificó sustancialmente la regulación al establecer un procedimiento único, denominado “Concurso de acreedores”; cambiando el presupuesto subjetivo de la declaración de concurso, al exigir que el deudor sea persona natural o jurídica, o un patrimonio de los admitidos como sujetos pasivos (herencia). De acuerdo con esto, no siendo necesaria la condición o cualidad de comerciante, resulta aplicable tanto al deudor civil como al comerciante. Por lo cual, la unidad del nuevo Derecho concursal significó también la unificación de los procedimientos concursales por *razones subjetivas*, de modo que <<la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor>>²⁸, aun cuando se matiza a lo largo de la propia Ley Concursal para dar respuesta a los problemas concretos que plantea cada uno de los supuestos,²⁹ estableciendo un procedimiento más abreviado para el no empresario o pequeño empresario. Sin embargo, aun cuando se considera una novedad que la persona natural pudiera acudir al proceso abreviado simple, no se creó un régimen exclusivo para ellas, al contrario se adecuó a un régimen de persona jurídica a las personas naturales sin tener en cuenta la diferencia, las necesidades y los problemas económicos tan diferentes que hay entre personas naturales y jurídicas.³⁰

El Derecho Latinoamericano, en su mayoría ha mantenido la tendencia hacia la unidad subjetiva del régimen concursal o de insolvencia.

En Perú, se encuentra vigente la Ley General del Sistema Concursal (N° 28709) de 2006, no obstante, desde la Ley Procesal de Quiebras (N° 7566) de 1932, se estableció la unidad de la quiebra, aplicable tanto a deudores civiles como a comerciantes, regulando el procedimiento para toda “persona, natural o jurídica, sea o no comerciante”, haciéndose así extensiva la quiebra a los no comerciantes. Situación que se mantuvo, en la Ley de Reestructuración Empresarial (N° 16116) de 1992 y la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto N° 845) de 1996. Así como en la Ley (N° 27809) de 2002.

Paraguay de forma similar, por medio de la Ley de Quiebras (N° 154/69) de 1970, en el artículo 2° dispone: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar y liquidar en un procedimiento único los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, que hubiese sido declarada en quiebra. Comprende todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones, salvo aquellos que fueren expresamente exceptuados por la Ley”.

En Argentina la Ley sobre Quiebras (N° 4156) de 1902, primera regulación que derogó el libro IV del Código de comercio, derogada más tarde por la Ley de Quiebra (N° 11719) del año 1933,³¹ era aplicable no solo a los comerciantes y sociedades mercantiles, sino también a las sociedades civiles y a los no comerciantes que realizaran sus negociaciones en forma mercantil. Sin embargo, la modificación importante fue acaecida en 1983, por la Ley (N° 22917), ampliando la institución de la quiebra a personas no comerciantes la cual

28 BELTRÁN, E., “El derecho concursal español. La Ley Concursal de 9 de julio de 2003”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año 3, n° 5, 2004, pp. 91.

29 CEBRIÁN, J., *op. cit.*, pp. 17.

30 TRUJILLO, G., y MUÑOZ, A., *op. cit.*, pp. 56.

31 SATTA, S., *op. cit.*, pp. 22.

eliminó toda diferencia entre concursos civiles y comerciales, al considerar sujetos de la quiebra y del concurso preventivo a las personas de existencia visible y las de existencia ideal de carácter privado, con prescindencia de que fueran o no comerciantes. Manteniendo la unificación subjetiva concursal en la Ley (N° 24522) sancionada el 20 de julio de 1995,³² aun cuando se establece un procedimiento para pequeños concursos, éste tiene en cuenta un parámetro cuantitativo para acogerse a sus disposiciones.³³

En Brasil, la Ley de Falencia (N° 7661) de 1945, regulaba la quiebra bajo la concepción tradicional (sistema francés), restringiendo su aplicación a los comerciantes (artículo 1°); sesenta años más tarde, la Ley sobre Recuperación Judicial, Extrajudicial y Quiebra del deudor mercantil (N° 11.101) de 2005, permitió su aplicación al empresario individual no solamente a la empresa, regulando “la recuperación y liquidación judicial de los deudores personas jurídicas y **personas físicas que ejercen actividades económicas**”.³⁴ Si bien se aparta del concepto tradicional de comerciante, la ley concursal únicamente se aplica a quienes ejercen actividades económicas. Los no comerciantes se deben someter al proceso de insolvencia civil contemplado en el Código de procedimiento civil en los artículos 748 a 786 de la Ley N° 5.860 de 1973. Situación que se mantiene en la reforma de 2012, Código de Insolvencia y Recuperación de Empresas N° 16/2012.

Uruguay, con la Ley de Concurso y Reorganización Empresarial (N° 18387) de 2008, estableció un solo y único procedimiento denominado “concurso”; previendo en el artículo 2° (presupuesto subjetivo): “la declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, **persona física que realice actividad empresarial** o persona jurídica civil o comercial”. Con lo cual incorpora la posibilidad de declarar la quiebra sólo a personas físicas que desarrollen actividades empresariales pero a todas las personas jurídicas, sean civiles o mercantiles (sociedades comerciales, sociedades agrarias, asociaciones civiles, fundaciones, personas públicas no estatales). La persona física que no realiza actividad empresarial, entre ellos los Consumidores va a tramitar por la vía civil regulada en el Código General del Proceso, asumiendo que las soluciones que apuntan a la conservación o liquidación de unidades productivas no son aplicables a los consumidores.³⁵ Igualmente, se excluyen las personas jurídicas de derecho público y a las de intermediación financiera. Ahora bien, pese a esta vocación unificadora, la ley reconoce las diferencias entre los distintos agentes económicos sometidos al nuevo régimen, regulando los “pequeños concursos”, procesos en los que esencialmente se acortan los plazos y reducen algunos costos.³⁶

En el caso venezolano, el régimen concursal se encuentra regulado por el Código de Comercio, el cual ha permanecido sustancialmente igual desde 1919, estableciendo como presupuesto subjetivo la cualidad de comerciante, incorporado a la legislación ve-

32 RODRÍGUEZ, M., “Bases de armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur”, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Año II, n° 2, 2008, pp. 147.

33 FERNANDEZ, J., “Reflexiones acerca del estatuto del consumidor norteamericano, a la luz de la concursalidad argentina”, en Ensayos de Derecho Empresarial, vol. 5, 2009, pp. 327-340.

34 LOBO, J., “Directo Concursal”, en Revista de Información Legislativa, n° 242, 1996, pp. 8-9.

35 CORREA, M., STAGNO, J., FUENTES, D., “Enfoque económico y Tributario de la Ley de Declaración Judicial de Concurso y Reorganización Empresarial”, Universidad de la República, (Trabajo Monográfico), 2010, pp. 26

36 DIAZ, S. y SCAIANI, H., “Régimen concursal uruguayo”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, n° 3, 2010, pp. 433-462.

nezolana desde 1862 con el primer código de comercio.³⁷ Para el deudor civil se dispone del procedimiento de cesión de bienes y el concurso necesario.

Visto lo anterior, es innegable la tendencia hacia la indiferenciación del sujeto pasivo, ya sea por la aplicación del régimen de insolvencia a toda clase de deudor, incorporando además la unidad procedimental; o por la aplicación únicamente a quienes ejercen una actividad económica (Brasil) o realicen una actividad empresarial (Uruguay), no existiendo distinción en cuanto sea persona física o jurídica, son ubicadas ambas categorías en el mismo nivel. De resultado, en el primer caso, todos los deudores sin distinción entran en un mismo procedimiento; en el segundo caso, el deudor no comerciante queda fuera del régimen concursal o de insolvencia, bajo un sistema que a todas luces ha mostrado el desinterés legislativo y en el caso del deudor-persona física o natural que realice actividades económicas o empresariales, recibe el mismo tratamiento dado a la persona jurídica.

Debiendo agregarse a lo anterior que, en tanto el régimen concursal se aplica a toda clase de deudor, o exclusivamente al deudor que realice actividades económicas o empresariales -aun cuando en las últimas décadas (1990) la mayoría de los países fueron sancionando normas reguladoras de las relaciones de consumo a partir de legislaciones especiales-, sin embargo, desde el Derecho de insolvencia, el sobreendeudamiento no ha sido tutelado, ni siquiera desde el ámbito del Derecho del consumidor y mucho menos regulada su insolvencia.³⁸

2. EL CONCURSO O LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA NATURAL CON LIBERACIÓN DE DEUDAS EN EL DERECHO COMPARADO

La segunda oportunidad "*fresh start*" consiste fundamentalmente en la liberación o condonación definitiva de deudas o pasivo no satisfecho por el deudor tras un procedimiento de reestructuración o reorganización de sus deudas, o bien tras un procedimiento de liquidación, ya sea en el seno de un proceso concursal o fuera del mismo.³⁹

Dejando a un lado el sistema francés, en el cual el mecanismo de exoneración no se establece en sede concursal sino que se recoge en el Código de consumo, debe considerarse de inicio que el procedimiento de liberación de deudas, es un procedimiento que nace en Estados Unidos con la "*Bankruptcy Act*" de 1898, con fundamento en la rehabilitación del deudor de buena fe, suponiendo una solución para el tratamiento de la insolvencia de la persona física. Considerado el modelo más estricto, supone la exoneración del pasivo restante no satisfecho tras una ejecución o liquidación de los bienes del deudor, siempre que éste no sea considerado de mala fe o fraudulento.⁴⁰

El principio "*fresh start*" tiene en la legislación norteamericana dos objetivos: impedir

37 MORLES, A., Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles. Derecho Concursal, Tomo IV, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 2008, pp. 2605 y ss.

38 ESTECHE, E., "El sobreendeudamiento del consumidor. Un desafío del nuevo milenio", en *Studi Senesi*, CXXVIII (III SERIE, LXV), Fascicolo 1-2, 2016, pp. 611.

39 SOTILLO, A., "Segunda oportunidad y derecho concursal", (Seminario Interdisciplinar), Facultad de Derecho, Valencia: 2013. Disponible en: <http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf>

40 Ídem.

que se estigmatice socialmente al incumplidor desafortunado y permitir que esta persona vuelva a entrar en la “rueda” del consumo a la mayor brevedad posible.⁴¹

Por otra parte, aun cuando, la norma no considera de forma particular y especial al sujeto calificado como consumidor, ofrece varios procedimientos a los cuales puede someterse como deudor, teniendo como propósito principal su rehabilitación económica cuando no puede pagar sus deudas,⁴² contando así con una sólida tradición en el tratamiento de las crisis económicas de los consumidores.⁴³

“Las personas físicas pueden emplear potencialmente cuatro tipos de procedimientos bajo el “U.S. Bankruptcy Code” que se corresponden con los siguientes capítulos: el capítulo 7 relativo a la liquidación; el capítulo 11, relativo a la reorganización de los créditos; el capítulo 12 relativos a las explotaciones agrarias o pesqueras familiares con ingresos regulares y el capítulo 13 relativo a personas físicas con ingresos regulares”.⁴⁴

Sin embargo, de acuerdo con Senent, los capítulos 7 y 13 son las dos opciones preferidas de quienes solicitan el concurso para afrontar los problemas asociados a la crisis de consumo, en tanto, ofrecen los mecanismos generales utilizados por las personas físicas para conseguir un alivio de la deuda pendiente. De ahí que el sistema concursal estadounidense para consumidores suela caracterizarse generalmente como un sistema de doble procedimiento,⁴⁵ siendo, por tanto, una ley “unificada” que cubre tanto la condonación de deudas de los particulares (*debt discharge*) como la reorganización y liquidación de empresas.

En este escenario el Derecho concursal norteamericano da solución al concurso de los particulares, bien a través del procedimiento de la liquidación o del plan de pagos, se permite acceder a la *discharge* o liberación de deudas, permitiendo al deudor un “*fresh start*” y su recuperación para el mercado de consumo o el ejercicio de una actividad económica, evitando así su exclusión social.

En la reforma efectuada en 2005, a través de la “*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*”, se acentuó el carácter restrictivo exigiendo más condiciones o requisitos a los deudores para demostrar su buena fe. Se refuerzan las medidas de control basadas en la conducta del deudor, pero el comportamiento imprudente en el acceso al crédito, provocando un sobreendeudamiento activo, no impidió la aplicación de la *discharge*.⁴⁶

41 CEBRIÁN, J., *op. cit.*, pp. 21.

42 BATTISTEL, P., “Quiebra del consumidor, régimen de la ley de quiebras, deudor de mala fe”, en Ensayos de Derecho Empresario, n° 5, 2009, pp. 322 y ss.

43 ALVAREZ, J., “La protección del consumidor sobreendeudado e insolvente en los Estados Unidos de América”. Disponible en: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3837995.pdf>

44 SENENT, S., “Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del derecho norteamericano y español”, Universidad Complutense de Madrid. Documento de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, n° 47, 2012. Disponible en: <http://www.studylib.es/doc/.../discharge-y-sobreendeudamiento-de-particulares-en-el-ambito>

45 *Ibíd.*, pp. 13.

46 SOTILLO, A., *op. cit.*, s/p.

La legislación alemana, también ofrece un mecanismo de liberación de deudas. A través de la “*Insolvenzordnung*” de 1999 (modificada parcialmente en 2001), estableció el procedimiento de insolvencia del consumidor previendo un sistema de liberación de deudas, a favor del deudor que sea una persona natural y <<no ejercite ninguna actividad económica autónoma o sólo una actividad económica autónoma no significativa>>. Aclarando, <<una actividad económica autónoma es en particular no significativa, en el sentido del párrafo 1, cuando por su clase o envergadura no requiere una empresa organizada de modo profesional>>.⁴⁷ En este sentido, no se maneja el concepto de consumidor propio del Derecho del consumo, pudiéndose acoger a este procedimiento de insolvencia simplificado incluso pequeños empresarios,⁴⁸ en tanto consumidor es toda persona física que no desarrolla actividad empresarial.⁴⁹

Según Arias, la Ley persigue la posibilidad de un descargue “*discharge*” de deudas para los deudores honestos y una satisfacción a los acreedores, al incorporar como parte de sus objetivos el dar una oportunidad a “los deudores honestos” de liberarse de todas las deudas pendientes, incluyendo a los consumidores y empresarios individuales, alternativas descritas perfectamente, según Morles,⁵⁰ por el artículo 1° de la ley al identificar la finalidad del procedimiento de insolvencia

(Trad.). “Artículo 1°.-Objetivo del procedimiento de insolvencia. El procedimiento tiene por objeto la satisfacción general de los acreedores del deudor, mediante la realización del patrimonio del deudor y el reparto del producto resultante, o a través de un arreglo diferente contenido en un plan de insolvencia, especialmente encaminado al mantenimiento de la empresa. Al deudor honesto se le dará la posibilidad de eximirse de sus obligaciones pendientes”.⁵¹

Esta figura ofrece al deudor persona física, dos procedimientos, uno específico de consumidores denominado “*Restschulddefreiung*” (liberación de deuda) y otro al que pueden optar todos los insolventes con independencia de su naturaleza una vez producida la liquidación de su patrimonio. Con lo cual, en Alemania, a diferencia de lo que ocurre en el caso estadounidense, se prevé dos tipos de procedimientos según la naturaleza del deudor persona física. Por un lado tenemos el procedimiento concursal común que afecta a los empresarios individuales. Y por otro el procedimiento específico para consumidores o “*Restschulddefreiung*”, más simplificado.⁵²

La normativa alemana entiende por consumidor aquella persona física que, con independencia del tamaño de su patrimonio, no se encuentra desarrollando ninguna acti-

47 TRUJILLO, I., *op. cit.*, pp. 9.

48 Ídem.

49 BRITO, M., “Concurso de los consumidores ejemplos mundiales”, en *Revista de Derecho*, Año XIV, n° 29, 2016, pp. 147 y ss.

50 MORLES, A., *op cit.*, pp. 2619.

51 ARIAS, J., “Ley de Insolvencia: *Insolvenzordnung* (InsO)”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 1, 1997, pp. 146.

52 CEBRIÁN, J., pp. 25 y ss.

vidad económica independiente, excluyendo así a todas las sociedades incluso aquellas sin personalidad jurídica.⁵³

“El modelo Alemán no valora la razón del endeudamiento del deudor, el procedimiento puede iniciarse a instancia del acreedor o deudor, la norma exige un periodo de negociación, estableciendo un procedimiento similar al del acuerdo extrajudicial de pagos español. Ante la imposibilidad de llegar al acuerdo previsto se prevé un procedimiento de tratamiento de la insolvencia, que supondrá un periodo de observancia, en la que se exigirá durante un periodo de siete años que el deudor se comporte de manera adecuada y lo hará bajo la supervisión de una especie de administrador. Si cumple, podrá liberarse a través de un auto judicial motivado del resto de deuda”.⁵⁴

En Italia, siendo que el procedimiento concursal se aplicaba únicamente a los empresarios, carecía de medidas de liberación. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 35 de 2005, convertido en Ley N° 80 (2005) modificando el sujeto pasivo en los procesos concursales, consagró el desendeudamiento “*Esdebitazione*” siguiendo al legislador alemán.⁵⁵ Modificada más tarde en 2006, por el Decreto Ley N° 5 de Procedimientos concursales incorporando la institución en el Título 2, Capítulo IX, “*Della Esdebitazione*”, liberación de la deuda residual tras la liquidación a modo de “*fresh start o discharge*” estadounidense, requiriendo acreditar la buena fe del deudor y la evaluación de su grado de colaboración durante el procedimiento concursal.⁵⁶ Siendo un procedimiento judicial, y cumplidos los requisitos legales, resultaba aplicable a los sujetos sometidos al “*fallimento*”, es decir, empresarios comerciales de cierta dimensión y no pequeños empresarios, profesionales o consumidores.⁵⁷

Más reciente, la Ley N° 212 del 22 de diciembre de 2011, denominada “Disposiciones urgentes en materia de composición de la crisis de sobreendeudamiento” “*Di composizione della crisi da sovraindebitamento*”, partiendo de la “extraordinaria necesidad y urgencia de dictar en esta materia normas de composición” instaura un sistema híbrido de marcado tinte extrajudicial originario aunque con culminación judicial.⁵⁸

“La peculiaridad del sistema está en que el acuerdo con los acreedores es procurado por el deudor con el auxilio de los llamados organismos de composición de crisis de sobreendeudamiento, cuya designación y reglamentación de funcionamiento, independiente y profesional es delegado al Ministerio de Justicia, quien debe organizar un registro especial. Los órganos de

53 Ídem.

54 GÓMEZ, L., “Emprendimiento y concurso de acreedores”, Universidad de Salamanca, (Máster en Derecho Privado Patrimonial), 2014. Disponible en: http://www.gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123390/1/TFM_GomezHernandez_Emprendimiento.pdf

55 PACCHI, S., “La reforma del Derecho Concursal italiano”, en Revista Derecho de los Negocios, Año N° 17, n° 187, 2006, pp. 7-19.

56 BATTISTEL, P., *op. cit.*, pp. 324 y 325.

57 SOTILLO, A., *op. cit.*, s/p.

58 DASSO, A., “La paradójica...”, *op. cit.*, pp. 21.

mediación de la Cámara de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura y los organizados por los Colegios de Abogados, comercialistas, expertos contables y notarios son considerados inscriptos de pleno derecho a su sólo requerimiento (art. 10). El plan de *Accordo di ristrutturazioni dei debiti* es preparado por el deudor en colaboración con el órgano de composición (art. 2) y su contenido puede ser todo cuanto fuere legalmente previsible, hasta cesiones de créditos futuros, conservativo o liquidativo. Si no existieren garantías suficientes para garantizar la factibilidad del plan requiere del acuerdo de un tercio de los acreedores a los efectos de su presentación a homologación. Las esperas no pueden superar el año y requieren en todo caso para su aprobación la consideración judicial de que el plan resulte idóneo en el sentido factible y no afecte a los titulares de créditos inembargables (art. 3).⁵⁹

El régimen fue modificado nuevamente por la Ley N° 221 de 2012 la cual al introducir "*L'istituto della esdebitazione delle famiglie*", resulta aplicable a los consumidores (deudores personas físicas que han asumido obligaciones exclusivamente con fines ajenos a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada), como a los pequeños empresarios, artesanos, profesionales o agricultores, personas físicas o jurídicas, que no están sujetos a los vigentes procedimientos concursales.

En esta última reforma, se establecieron dos procedimientos: un acuerdo de reestructuración de las deudas con la presentación de un plan de pagos; y un procedimiento de liquidación del patrimonio del deudor, de no alcanzarse el acuerdo o de incumplimiento del mismo. En este se establece el beneficio de liberación de la deuda residual no satisfecha, para aquellos deudores personas físicas que reúnan determinados requisitos de conducta. Destaca de ésta última reforma, la extensión fuera de los procedimientos concursales para toda clase de deudores, incluidos los consumidores personas físicas, del beneficio de liberación de deuda residual el cual estaba previsto únicamente para empresarios en un procedimiento concursal con liquidación.⁶⁰ Aparte de la regulación pormenorizada del procedimiento de composición de la crisis por sobreendeudamiento y por liquidación de patrimonio.⁶¹

En el caso de España, la Ley Concursal, aprobada en 2003 y vigente desde 2004, no contempló para el deudor civil un tratamiento diferenciado respecto del deudor empresario. En su pretensión de sustituir y modernizar el viejo Derecho concursal, optó por un modelo uniforme (el mismo procedimiento concursal para cualquier tipo de deudor) que, sustancialmente permanece aún.⁶² No se prevén normas particulares en función de la distinta tipología del deudor, incluso como menciona Pulgar, "el legislador toma

59 Ídem.

60 PACCHI, S., "El sobreendeudamiento. El régimen italiano de iure condito y de iure condendo", en Anuario de Derecho Concursal, n° 29, 2013, pp. 323-366.

61 SOTILLO, A., *op. cit.*, s/p.

62 QUIJANO, J., "La crisis por el sobreendeudamiento del deudor insolvente civil", en *Studi Senesi*, CXXVIII, (III SERIE, LXV), Fascicolo 1-2, 2016, pp. 574.

como modelo de deudor al empresario con especial atención a la persona jurídica y no tanto a la persona física...”⁶³

Sin embargo, en 2013 se comienza a regular la liberación de deudas con la Ley de Emprendedores y su Internalización (BOE-A-2013-10074), que introduce el mecanismo del “*fresh start*” para las personas emprendedoras. Independientemente que sean físicas o jurídicas que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional. Estableciendo una nueva regulación del Título X de la Ley concursal, modificación operada en el artículo 178 de la misma que por primera vez permite a las personas físicas un “*discharge*” o condonación de deudas tras un proceso concursal.

Específicamente, permite su aplicación para la persona física que, sin ser empresario, vea liquidado su patrimonio tras el concurso siempre que no “hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios”.

Más reciente, se facilita mucho más a través del Real Decreto-ley 25/2015 (BOE N° 180, de 29 de julio de 2015) de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, el cual fue adoptado luego de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, al disponer un mecanismo de segunda oportunidad respecto de deudores personas físicas que de algún modo pudieran iniciar su actividad industrial sin las deudas contraídas anteriormente, configurando una excepción al principio de responsabilidad universal.

El legislador configura por primera vez para la persona física la posible exoneración del pasivo insatisfecho, pero lo hace como la última opción para el concursado. Por lo tanto, el concursado persona física sólo podrá acogerse a dicha exoneración en el caso de que no sea capaz de llegar a un convenio con sus acreedores, haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos y el concurso haya terminado por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.⁶⁴

En todo caso, la novedad de la institución como menciona Sendra, radica en que, configurándose como una limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal, la misma se constituye “*ex lege*” y, por tanto, sin necesidad del consentimiento del/los acreedor/es, siempre y cuando, concurren determinados parámetros, y bajo ciertos requisitos y circunstancias, entre las que destaca la necesaria buena fe del deudor.⁶⁵

La finalidad del citado Real Decreto, según su propia Exposición de Motivos, es “permitir que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer”.⁶⁶

63 PULGAR, J., “Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 9, Sección Estudios, Segundo semestre, 2007, pp. 10.

64 CEBRIÁN, J., pp., 30.

65 SENDRA, A., “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 17, 2016, pp. 148.

66 CEBRIÁN, J., *op. cit.*, pp., 17.

3. SITUACIÓN EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

En el Derecho Latinoamericano, conviene citar de forma especial la legislación colombiana, por cuanto, en su evolución legislativa, la Ley de Quiebras (de insolvencia económica o de salvamento) de 2006, vigente a partir de junio de 2007, reemplazó la Ley N° 550 (1999) de integración económica y la Ley N° 222 (1995) sobre concordatos, y si bien la Ley N° 222 resultaba aplicable tanto a un comerciante como a un no comerciante, creando una unidad de régimen, permitiendo tanto al empresario persona natural o colectiva, como al no comerciante tener acceso, al menos para el último caso, al mecanismo del concordato, permitiendo por esta vía que los consumidores pudieran bajo una misma cuerda procesal renegociar con sus acreedores la forma como inicialmente se encontraban pactadas sus deudas;⁶⁷ la Ley N° 550 establecía que el acuerdo de reestructuración sólo estuviera dirigido al comerciante que tuviera carácter de empresa y no a las personas naturales.

La Corte Constitucional conoció el asunto y ordenó al Congreso de la República expedir un régimen de insolvencia para las personas naturales. Sin embargo, la Ley N° 1380 de 2010, queriendo aproximarse previendo el régimen de insolvencia económico para las personas naturales no comerciantes, fue declarada inexecutable por la sentencia C-685 de 2011, al detectarse vicios de forma.⁶⁸ Por lo cual, más tarde, con la inclusión en el Título IV del Código General del Proceso, de la Ley N° 1564 de 2012, de las normas relativas a una solución específica para la insolvencia del no comerciante, vigente a partir de 2014, se introduce una norma o régimen concursal denominado “La Insolvencia de Persona Natural no Comerciante”.

Lo fundamental de la nueva regulación, es la posibilidad de lograr reestructurar sus obligaciones con los acreedores. Merchán y Vargas⁶⁹ consideran que el legislador dio vida al régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, como mecanismo que permita a las personas que presentan una crisis financiera lograr solucionarla e iniciar nuevamente su vida crediticia sin tener antecedentes que lo lleven a una posible muerte financiera.

“La ley de Insolvencia de persona natural no comerciante incluida en el Código General del Proceso se torna actualmente, en un elemento esencial para el tratamiento de la crisis de sobreendeudamiento. No solo por la inclusión de mecanismos liberatorios sino por el hecho mismo de promover una estructura jurídica que permita al deudor (bueno y desafortunado) acudir a procesos concursales para salvar su dignidad y regresar nuevamente a la vida social, económica, financiera etc. esta filosofía gira en torno a la exaltación del individuo, al respecto por su dignidad como ser humano, lo que implica intrínsecamente respetar el derecho a una familia, a la prestación de servicios de salud, al

67 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. “Curso virtual en insolvencia para persona natural no comerciante”. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/.../Introduccio-cursovirtualinsolvencia.pdf>

68 MERCHAN, L. y VARGAS, P., “Análisis del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante en Colombia”, Universidad Libre, Facultad de Derecho, (Monografía). Disponible en: <http://www.repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7716/MerchanCondeLinaMaria2014.pdf?sequence=1>

69 MERCHAN, L. y VARGAS, P., *op. cit.*, pp. 6.

bienestar, a la alimentación, al crédito, la vivienda, etc. derechos que son vulnerados por una sociedad fuertemente engeguada por el consumo, es decir, es una figura apta para soportar un orden social en un estado de bienestar”.⁷⁰

Con ello, consagrando un procedimiento mixto permite a aquellos deudores que no realizan de forma profesional, pública y habitual una actividad empresarial acceder a un mecanismo similar a aquél que permite a los comerciantes pactar con sus acreedores una reestructuración de sus acreencias y sólo en caso extremo y en sede jurisdiccional ser sometidos a un proceso de liquidación patrimonial, que despliega al final la figura conocida como descargue, nuevo comienzo o “*fresh start*”.⁷¹

Asimismo junto con la ley, el Decreto N° 2677 de 2012, reglamenta el procedimiento de insolvencia de la persona natural no comerciante, previendo la negociación de deudas y la convalidación de acuerdos privados a través de un centro de conciliación y notarias.

En la legislación chilena, el procedimiento concursal era aplicable a todo tipo de deudores,⁷² presente desde 1931, estableciendo disposiciones más drásticas cuando se trataba del deudor comerciante, término que modificado por el de deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, por la Ley N° 18175.⁷³

Sin embargo, Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, N° 20720 de 2014, además de reemplazar el concepto de quiebra por insolvencia, reorganización y liquidación, permite renegociar deudas o liquidar bienes, a fin de ofrecer una solución a diferentes tipos de deudores: Micro, pequeñas, medianas o grandes empresas; Personas jurídicas sin fines de lucro y Personas naturales, comenzando a categorizar a los diferentes deudores: empresa deudora-persona deudora.

Artículo 1°.- *Ámbito de aplicación de la ley.* La presente ley establece el régimen general de los procedimientos concursales destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una Empresa Deudora, y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de una Persona Deudora.

En todo caso, se quiere que las personas además de las empresas en situación de insolvencia puedan tener una salida distinta a la común liquidación, en la cual la empresa se extingue sin más en el reparto de los acreedores de los pocos bienes que conformaban su activo; salida distinta que importa no necesariamente la liquidación del patrimonio de la persona insolvente, natural o jurídica, sino la posibilidad de continuar con la acti-

70 TRUJILLO, G. y MUÑOZ, A., *op. cit.*, pp. 57.

71 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. “Curso virtual en insolvencia para persona natural no comerciante”. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/.../Introduccio-cursovirtualinsolvencia.pdf>

72 Debe recordarse que el Decreto Ley de 1837 era aplicable a toda clase de deudores, sin embargo, con la promulgación del Código de comercio, en 1867, inspirado en la legislación francesa de 1838, se regula la quiebra como una institución privativa de deudores comerciantes, manteniéndose hasta 1931.

73 SOZA, M., *op. cit.*, pp. 13.

vidad económica, a través de los acuerdos de reorganización, el fomento, por tanto, a la refinanciación y rescate de empresas o personas naturales en situación de insolvencia.⁷⁴

4. A MODO DE REFLEXIÓN

De lo expuesto hay varios puntos fundamentales a valorar, el primero referido indiscutiblemente al acentuado proceso de humanización del régimen de insolvencia, si se analiza la verdadera dimensión del problema del sobreendeudamiento o la insolvencia de la persona natural, la cual parece haber quedado en el olvido o relegada ante el protagonismo otorgado al sujeto pasivo empresa, como eje del Derecho concursal.

En pleno siglo XXI, debe asumirse que la crisis no es exclusiva de las empresas, los ciudadanos como los califica Quijano, ya se les denomine particular o consumidor, persona física en definitiva,

“...han podido comprobar que las causas más habituales por las que necesitaron acudir al crédito (adquirir su vivienda habitual, financiar los estudios especializados de sus hijos, atender los gastos imprevistos derivados de una enfermedad o de otra necesidad imperiosa, etc.) les han conducido en muchas ocasiones a situaciones angustiosas de insolvencia para las que el ordenamiento jurídico no siempre ni en todos los sitios les ofrecía soluciones adecuadas...”⁷⁵

Por otra parte, la situación siendo similar en los diferentes países, en algunos casos es afrontada desde el Derecho del Consumidor; mientras que en otros lo es desde el Derecho de la Insolvencia.

Sin embargo, lo cierto es que como señala Dasso,⁷⁶ “es una nota característica del derecho concursal del Siglo XXI el asentamiento incontestable de distintos institutos del derecho americano antes prácticamente ignorados en el derecho continental europeo”. Agregando que el fenómeno también se advierte en Latinoamérica. De ahí que se plantea con tanta insistencia la necesidad de incorporar prontamente, el mecanismo de liberación de deudas, en función del ya mencionado proceso de humanización del régimen de la insolvencia, por cuanto, como afirma Escarti, la liberación de deudas, se concibe como un instrumento de política económica, y agrega

“...a pesar de que a priori parece que el sistema financiero absorbe la mala suerte del deudor, se entiende que toda la sociedad se beneficia de la liberación del deudor, en tanto, exonerado de su pasivo pendiente, ésta recupera un miembro que puede ser

74 ALARCÓN, M., “Las personas relacionadas en la Ley 20.720. Consecuencias y comentarios críticos”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, n° 2, 2014, pp. 11-45.

75 QUIJANO, J., “Sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos al debate”, AA.VV. *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, (Recensión). Disponible en: http://www.academia.edu/.../_EUROPE_EL_sobreendeudamiento_de_los_particulares_y_del_consumidor

76 DASSO, A., “La paradójica...”, *op. cit.*, pp. 5.

productivo para la sociedad. Es la teoría denominada teoría de la utilidad social o teoría humanitaria.

En este sentido la política concursal viene a ser un complemento de la política social estatal dirigida a proteger al deudor, a los trabajadores, a la comunidad en su conjunto evitando que se generen situaciones de asfixia y exclusión social.

El sistema se ha proyectado al Derecho continental europeo y ha sido receptado en las nuevas legislaciones con el nombre de “*Restschulddefreiung*” en la *Insolvenzordnung* aun cuando a diferencia de lo que ocurre en el caso estadounidense, se aplica según la naturaleza del deudor persona física a los consumidores. *Esdebitazione* en Italia, con todas las reformas que debieron operar incluyendo el abandono de la unidad subjetiva propia de su sistema concursal. Mientras que, en el caso específico del Derecho Latinoamericano, la marcada tendencia hacia la indiferenciación del presupuesto subjetivo, escapa de la necesaria categorización de deudores, que resulta fundamental considerando su situación particular, debiendo distinguirse dentro del presupuesto subjetivo la condición del deudor como persona jurídica o física, consumidor, empresario o profesional. Sin embargo, ya pueden citarse los ordenamientos de Colombia, el cual a través del régimen sobre Insolvencia de la Persona Natural no comerciante (2012), permite reestructurar las obligaciones con los acreedores y Chile, con la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas (2014), renegociar las deudas.

Si bien es cierto, justificadas razones llevaron a la unificación subjetiva del régimen concursal, hoy día, no resulta ser lo más acertado, debe existir un tratamiento diferenciado, si se asume de acuerdo con Trujillo que, el Derecho concursal constituye un ámbito ideal para resolver las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores, bien ofreciéndoles un procedimiento concursal particular, bien instrumentando mecanismos previos tendentes a evitar la apertura de la insolvencia, bien disponiendo remedios posteriores que maticen la responsabilidad por la parte de la deuda que no se haya podido satisfacer tras la ejecución colectiva del patrimonio del deudor.⁷⁷

REFERENCIAS

ALARCÓN, M., “Las personas relacionadas en la Ley 20.720. Consecuencias y comentarios críticos”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, n° 2, 2014.

ALVAREZ, J., “La protección del consumidor sobreendeudado e insolvente en los Estados Unidos de América”. Disponible en: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3837995.pdf>

ARIAS, J., “Ley de Insolvencia: *Insolvenzordnung* (InsO)”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 1, 1997.

BARREIRO, M., “Mecanismos alternativos para la solución de la problemática del consumidor sobreendeudado”. Disponible en: <http://www.dictum-abogados.bthematic.com/files/2012/03/articulo-colaboracion-marcelo-barreiro.pdf>

⁷⁷ TRUJILLO, I., *op. cit.*, pp. 10.

BARREIRO, M., “Pautas para la regulación de un procedimiento para el concurso mínimo”, en VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, 2009.

BATTISTEL, P., “Quiebra del consumidor, régimen de la ley de quiebras, deudor de mala fe”, en Ensayos de Derecho Empresario, n° 5, 2009.

BELTRÁN, E., “El derecho concursal español. La Ley Concursal de 9 de julio de 2003”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año 3, n° 5, 2004.

BOUVIER, R., “Los procedimientos concursales en el derecho francés”. Disponible en: <http://www.icas.es/export/sites/default/icas/es/galerias/descargas/CRI/El-procedimiento-concursal-en.Francia.pdf>.

BRITO, M., “Concurso de los consumidores ejemplos mundiales”, en Revista de Derecho, Año XIV, n° 29, 2016.

CEBRIÁN, J., “Mecanismo de segunda oportunidad. El concurso de la persona física”, (Máster Universitario). Disponible en: http://www.biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc_num.php?explnum_id=1375

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia”. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolvent/05-80725_Ebook.pdf

CORREA, M., STAGNO, J., FUENTES, D., “Enfoque económico y Tributario de la Ley de Declaración Judicial de Concurso y Reorganización Empresarial”, Universidad de la República, (Trabajo Monográfico), 2010.

DASSO, J., “La insolvencia del consumidor”, en Estudios de Derecho Empresario, vol. Especial, n° 6, 2015.

DASSO, A., “La paradójica inmisión de la extraconcursalidad en el nuevo derecho concursal del Siglo XXI”, La legislación sobre insolvencia en la actual crisis financiera – *Insolvency Law in the Current Financial Crisis* (Seminario, 2012) Zaragoza. Disponible en: <http://www.lawyerseekeurope.com/boletines/ficheros/DASSO,%20Ariel%20-%20La%20paradogica%20inmision%20de%20la%20extraconcursalidad%20en%20el%20nuevo%20derecho%20concursal>

DASSO, A., “Las reformas de las legislaciones concursales en Iberoamérica y la Ley Española en el nuevo mundo concursal”. Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/publicaciones/Ariel%20Dasso/las%20reformas%20de%20>

DASSO, A., “Tendencias actuales del Derecho Concursal”, en Estudios de Derecho Empresario, vol. Especial n° 6, 2015.

DIAZ, S. y SCAIANSCHI, H., “Régimen concursal uruguayo”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, n° 3, 2010.

ESTECHE, E., “El sistema societario venezolano”, en AAVV. Bicentenario del Código de Comercio francés, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Coordinadores: Alfredo Morles Hernández-Irene Valera, Serie Eventos 25, Caracas: 2008.

ESTECHE, E., "Necesidad de la cualidad de comerciante en el presupuesto subjetivo de la quiebra", AAVV. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III, capítulo 69, Universidad Católica Andrés Bello, Coordinadores: Astrid Uscátegui-Julio Rodríguez, Caracas: 2012.

ESTECHE, E., "El sobreendeudamiento del consumidor. Un desafío del nuevo milenio", en *Studi Senesi*, CXXVIII (III SERIE, LXV), Facicolo 1-2, 2016.

FERNANDEZ, J., "Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar", (Ponencia, 2009). Disponible en: <http://www.observatoridesc.org/files/seijo.pdf>

FERNANDEZ, J., "Reflexiones acerca del estatuto del consumidor norteamericano, a la luz de la concursalidad argentina", en *Ensayos de Derecho Empresario*, vol. 5, 2009.

FILIPPI, L., KEMELMAJER, A., VITOLO, D. y LORENTE, J., "Panel abierto sobre la insolvencia del consumidor", en *Derecho al Día*, Año VIII, n° 142, 2009.

FOLENA, J., "A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro", en *Revista de Información Legislativa*, a 35 n, 139 jul/set, 1998.

GOLDSCHMIDT, R., Curso de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 2003.

GÓMEZ, L., "Emprendimiento y concurso de acreedores", Universidad de Salamanca, (Máster en Derecho Privado Patrimonial), 2014. Disponible en: http://www.gredos.usal.es/jsmui/bitstream/10366/123390/1/TFM_GomezHernandez_Emprendimiento.pdf

KLEIDERMACHER, A., "Hacia un ecosistema del régimen concursal", en AAVV. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III, capítulo 65, Universidad Católica Andrés Bello, Coordinadores: Astrid Uscátegui-Julio Rodríguez, Caracas: 2012.

LOBO, J., "Directo Concursal", en *Revista de Información Legislativa*, n° 242, 1996.

MERCHAN, L. y VARGAS, P., "Análisis del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante en Colombia", Universidad Libre, Facultad de Derecho, (Monografía). Disponible en: <http://www.repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/7716/MerchanCondeLinaMaria2014.pdf?sequence=1>

MONTILLA, J., "Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao interesante fuente histórica del derecho mercantil". Disponible en: <http://www.jurídicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>.

MORLES, A., Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles. Derecho Concursal, Tomo IV, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 2008.

PACCHI, S., "La reforma del Derecho Concursal italiano", en *Revista Derecho de los Negocios*, Año N° 17, n° 187, 2006.

PACCHI, S., "El sobreendeudamiento. El régimen italiano de iure condito y de iure condendo", en *Anuario de Derecho Concursal*, n° 29, 2013.

PULGAR, J., "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 9, Sección Estudios, Segundo semestre, 2007.

QUIJANO, J., "Sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos al debate", AA.VV. El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate, (Recensión). Disponible en: http://www.academia.edu/.../_EUROPE_EL_sobreendeudamiento_de_los_particulares_y_del_consumidor

QUIJANO, J., "La crisis por el sobreendeudamiento del deudor insolvente civil", en *Studi Senesi*, CXXVIII, (III SERIE, LXV), Facicolo 1-2, 2016.

RODRÍGUEZ, M., "Bases de armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año II, n° 2, 2008.

SATTA, S., *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1951.

SENDRA, A., "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 17, 2016.

SEMENT, S., "Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del derecho norteamericano y español", Universidad Complutense de Madrid. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, n° 47, 2012. Disponible en: <http://www.studylib.es/doc/.../discharge-y-sobreendeudamiento-de-particulares-en-el-ambito>

SOSA, M., "El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras", en *Revista de Estudios Históricos-jurídicos*, n° 20, 1998.

SOTILLO, A., "Segunda oportunidad y derecho concursal", (Seminario Interdisciplinar), Facultad de Derecho, Valencia: 2013. Disponible en: <http://www.uv.es/seminari-dret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf>

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. "Curso virtual en insolvencia para persona natural no comerciante". Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/.../Introduccio-cursovirtualinsolvencia.pdf>

TRUJILLO, G., y MUÑOZ, A., "Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento", Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, (Maestría en Derecho Empresarial). Disponible en: http://www.vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/.../Ley_insolvencia_persona.pdf?

TRUJILLO, I., "El sobreendeudamiento de los consumidores", (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Disponible en: <http://www.ecri.eu/new/system/files/13+So-breendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>