

5. TRABAJOS DE INVESTIGACION

1) Grupo de investigación 1: “El deudor sobreendeudado”

Directora: Prof. Dra. Stefania Pacchi (Italia).

Integraron este grupo de investigación:

- Esteban Carbonell O’Brien (Perú) “El consumidor sobreendeudado: Hacia una respuesta eficiente desde el derecho de la insolvencia”.
- Elianne Estecche de Fernández (Venezuela) El sobreendeudamiento del consumidor: Un desafío del nuevo milenio”
- Luis Manuel Méjan (México) “Un Régimen de Insolvencia de los Consumidores en México”.
- Stefania Pacchi (Italia) “I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento”
- Francisco Junyent Bas (Argentina) “En torno a las alternativas de saneamiento para el deudor sobre-endeudado”.
- Juan Carlos Rodríguez Maseda (España) “El sobreendeudamiento de la persona física en España y las vías para su solución”.
- Daniele Vattermoli (Italia)“ La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore”.

EL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO**Coordinador PROF. STEFANIA PACCHI****EQUIPO***Esteban Carbonell O'Brien - Perú**Elianne Estecche De Fernandez - Venezuela**Francisco Junyent Bas - Argentina**Luis Manuel Méjan - México**Stefania Pacchi - Italia**Juan Carlos Rodríguez Maseda - España**Sergio Ruiz - Argentina**Daniele Vattermoli - Italia*

Título descriptivo: El consumidor sobreendeudado. Problemáticas y respuestas de las diversas legislaciones.

Selección del área temática: La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial han coincidido en que el endeudamiento de las personas humanas (o naturales)¹ y la falta de mecanismos adecuados para tratar dicho flagelo, pueden tener graves repercusiones sociales y económicas en una sociedad cada vez más hiperconsumista.

Si bien es cierto que algunas de las leyes concursales en los Estados Unidos, Europa y Latinoamérica permiten los concursos o quiebras de personas humanas, se advierte que el tratamiento que se da a las soluciones que se plantean no siempre contemplan las particularidades que supone el sobreendeudamiento del consumidor, pues están pensadas para comerciantes pequeños o profesionales, requiriéndose de normas tuitivas que posibiliten sea un mecanismo de reestructuración de deudas del consumidor, de manera ágil, eficiente y con bajo coste, sea la "discharge".

Así, la legislación concursal, al no contener tales veces normas específicas respecto de las personas humanas no comerciantes, omite regular de manera concreta los efectos que trae aparejada la apertura del procedimiento concursal con relación a quienes no son comerciantes o empresarios, especialmente en lo que refiere a las consecuencias patrimoniales de la falencia.

De allí que no han sido pocos los autores que desde, distintas aristas, han estudiado el tema afirmando la necesidad de un nuevo régimen para dar curso a la situación económica de los particulares cuando esta se encuentre en crisis. Este reclamo constituye una constante en los

¹ Una advertencia: hay diversos vocablos para indicar el sujeto deudor diferente del empresario comercial no pequeño. En las leyes de los diversos Países y en la doctrina se utilizan los siguientes términos: persona natural, persona física no comerciante, deudor civil, deudor consumeril, consumidor, deudor no sujeto a quiebra. Por lo tanto en este protocolo cualquiera de estas palabras se utilicen, siempre se refirieren al mismo sujeto

estudios sobre el tema y forma parte de la agenda de la mayoría de congresos y seminarios concursales.

No obstante, cabe resaltar que mientras no existan reglas jurídicas que aborden específicamente la cuestión, resulta necesario analizar el derecho vigente para identificar y armonizar las normas a los fines de dar respuestas consistentes a los inconvenientes planteados. Al revés cuando existen reglas (Europa y Estados Unidos) para el deudor civil (término omnicomprendivo del consumidor, del pequeño empresario, del empresario agrícola y de todos que ejercen una actividad diferente de la de empresa) resulta necesario verificar si estas normas son eficaces y eficientes para resolver el problema.

Por ello, en el presente protocolo de investigación nos proponemos analizar los alcances materiales y temporales de los sistemas concursales de Europa, de los Estados Unidos y de LatinoAmerica, con relación a los procedimientos disponibles para la reestructuración de pasivos de un deudor consumeril, y a las consecuencias normativas que de este efecto se derivan.

A esos fines, primeramente se abordará la problemática del sobreendeudamiento de persona humana no comerciante, puntualizando los presupuestos objetivos y subjetivos. Efectuaremos asimismo un examen de las regulaciones que ofrecen los distintos ordenamientos concursales del derecho comparado de Europa, de los Estados Unidos y de LatinoAmerica en orden a determinar el marco normativo en el que se insertan los distintos procedimientos, sean preventivos o liquidativos, analizando, particularmente, los proyectos de reforma que se hubieren presentado para su sanción.

Esbozadas todas estas cuestiones ingresaremos en el estudio de los efectos que se suceden a partir sea de la admisión al procedimiento específico para el consumidor (cuando esta previsto) sea de la sentencia de quiebra (cuando no existe procedimiento específico) y las particularidades que presentan respecto de las personas físicas no comerciantes. Así, y sin perjuicio de describir brevemente los efectos personales de la quiebra, centraremos nuestro análisis en los efectos patrimoniales de la misma.

Cabe referirse también al límite temporal del desapoderamiento y a las consecuencias que trae aparejada su instrumentación, sus implicancias respecto los haberes del deudor y la posibilidad de la liberación patrimonial del deudor (discharge). Al respecto, existen variados modelos que se han diseñado en el derecho comparado y que básicamente se reconducen a dos: una exoneración directa (modelo anglosajón) o tras un periodo de buena conducta tras el cumplimiento de un plan de pagos vigente por ejemplo en el Derecho de Europa, recientemente reformado (para adecuarlo a la Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo 2014) en el sentido de reducir tal periodo de rehabilitación.

Finalmente, expondremos nuestras conclusiones procurando integrar todas las aristas que presentan las particulares quiebras (o particulares procedimientos) que tienen como protagonistas a las personas físicas no comerciantes.

En una palabra, partiendo de la premisa que sostiene que el régimen concursal de la mayoría de los países latinoamericanos está signado por la insuficiencia y la falta de actualización de sus reglas en lo que respecta a la reestructuración de las deudas de los consumidores frente a su sobreendeudamiento, y que las normas previstas para las personas comerciantes y sociedades son incompatibles con la realidad del consumidor, sostenemos que resulta urgente e imprescindible encarar legislativamente la adopción de reglas para los concursos de estos individuos, que sean acordes a las modernas tendencias en la materia, que logren una actuación rápida y eficiente, que

contemplan los intereses de los consumidores, en el marco de los derechos humanos, y que afirmen los valores de la previsibilidad y de la seguridad jurídica, favoreciendo la pronta reinserción del deudor.

Advertencia: Diversos vocablos para indicar el sujeto deudor diferente del empresario comercial no pequeño:

- persona natural,
- persona física no comerciante,
- deudor civil, deudor consumeril, consumidor,
- deudor persona física no sujeto a los procedimientos concursales para los
- empresarios comerciales

Con estos términos nos referimos al sujeto persona física que no ejerce una actividad económica y que presenta deudas contraídas por necesidades suyas o eventos.

Premisa 1: La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial coinciden: el endeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar el problema, tienen graves repercusiones sociales y económicas en una sociedad hiperconsumista.

Premisa 2: Algunas legislaciones permiten en la misma ley concursal el concurso de personas naturales, las soluciones no siempre contemplan las particularidades que supone el sobreendeudamiento del consumidor, otras legislaciones contemplan sólo las acciones ejecutivas individuales, otras, todavía, prevén mecanismos especiales para el consumidor.

Premisa 3: Se ha afirmado la necesidad de un distinto régimen para enfrentar la situación de crisis económica de los particulares. Este reclamo constituye una constante en los estudios sobre el tema y forma parte de la agenda de la mayoría de estudiosos y profesionales del sector.

MARCO TEÓRICO

Hipótesis: La situación de sobreendeudamiento del consumidor requiere de normas tuitivas, en la órbita del derecho concursal, que prevea una justa y equitativa distribución de los riesgos de los créditos del consumo y la previsión de alguna forma de liberación de deuda, mediante el establecimiento de un procedimiento específico, ágil y económico, de reestructuración de pasivos, sea judicial, extrajudicial o mixto.

La aplicación de los principios tuitivos del derecho del consumidor al régimen concursal mediante la adopción de sus reglas, sea como un capítulo de la ley concursal, o sea como una ley autónoma, permitirá una pronta y eficaz solución de los problemas suscitados por la legislación actual.

Formulación del problema: ¿Cuáles son los principales mecanismos que han sido adoptados, o pudieran adoptarse en los distintos ordenamientos jurídicos para lograr, con una actuación rápida y eficiente, superar el sobreendeudamiento de la persona física expuesta a una relación de consumo, que afirme los valores de la previsibilidad y de la seguridad jurídica, favoreciendo la pronta reinserción del consumidor?

Objetivo General: En el presente trabajo nos proponemos analizar los alcances materiales y temporales de los sistemas concursales de Europa, de los Estados Unidos y de Latinoamérica, con

relación a los procedimientos disponibles para la reestructuración de pasivos de un deudor persona física no empresario, y a las consecuencias normativas que de este efecto se derivan.

Objetivos Específicos:

- Efectuar una investigación de nivel básico de tipo jurídico – descriptivo
- Ofrecer una imagen del funcionamiento de las diferentes normativas
- Realizar el análisis jurídico comparativo entre los distintos ordenamientos jurídicos
- Poner a disposición de la comunidad de estudiosos y profesionales un instrumento útil para conocer los problemas de índole práctica en la aplicación de las normas y principios de las distintas leyes existentes
- Ofrecer a la comunidad de estudiosos y legisladores una visión panorámica de los distintos ordenamientos en el caso de reformas legislativas

El presente protocolo pretende efectuar una investigación de nivel básico, a cuyo fin el diseño de objetivos será de tipo jurídico - descriptivo. Utilizando el método de análisis se pretende descomponer el problema de investigación en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrezcan una imagen de funcionamiento de las diferentes normativas en el derecho comparado.

El proyecto se enmarca dentro de las políticas de derecho de la insolvencia del consumidor prevalecientes en el orden internacional.

Contribuye al afianzamiento de una nueva visión de la situación de sobreendeudamiento del consumidor.

Tiende a generar certidumbre, confianza y seguridad, en una materia de especial delicadeza y relevancia para la reestructuración de las deudas de la persona humana no comerciante, sobre la base de los derechos humanos y su reinserción.

Procura generar la posibilidad de superación de las crisis consumeriles y la conservación del empleo.

Pretende ser un instrumento útil para resolver problemas de índole práctica en la aplicación de las normas y principios de las distintas leyes existentes, y en la posibilidad de reformas legislativas en los distintos países latinoamericanos.

Persigue transferir los conocimientos logrados a la sociedad.

Prevé la realización del análisis jurídico comparativo entre los distintos ordenamientos jurídicos.

Establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia del consumidor; y lograr una administración equitativa y eficiente de las insolvencias de los consumidores que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluidos el deudor y la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor.

Encuesta:

- ¿Existe solamente un régimen de insolvencia que aplica a empresas, comerciantes personas físicas y personas naturales?
- ¿Existe un régimen especial para personas naturales no comerciantes?

- ¿El procedimiento de insolvencia para personas naturales se lleva de manera judicial, de manera administrativa, o combinando una etapa administrativa y una judicial?
- ¿Existe un umbral para determinar cuándo una persona natural está en situación de insolvencia?
- ¿Puede ser útil el uso de facilitadores, mediadores o conciliadores?
- ¿Para las personas naturales solicitar el procedimiento de insolvencia es voluntario o obligatorio?
- ¿Los acreedores de una persona Natural pueden demandar la insolvencia de una persona natural?
- ¿Los acreedores ¿forman una junta de acreedores u órgano similar para tomar decisiones en el proceso de insolvencia de una persona natural?
- ¿Existe una lista de los bienes de una persona que están exentos de ser considerados como parte de la Masa?
- ¿Se establece un plan periódico de pagos en adición o independientemente de la venta de los activos de la persona?
- ¿Hay un tratamiento para los bienes adquiridos después del proceso de insolvencia?
- ¿Existe un sistema de exoneración (discharge)?
- ¿Existe una previsión para tratar con los casos de deudores “No bienes, no ingreso”?
- ¿Existe un régimen de tratamiento especial para los créditos hipotecarios sobre la casa habitación?
- ¿Existe una limitación de tiempo para que una persona moral pueda volver a solicitar el estar en un procedimiento de insolvencia?

Conclusiones

EL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO: HACIA UNA RESPUESTA EFICIENTE DESDE EL DERECHO DE LA INSOLVENCIA

Esteban CARBONELL O'BRIEN

Resumen: La mayoría de los estudios que se realizan de la crisis financiera mundial que se presenta en el ámbito financiero sobre el tema de endeudamiento de las persona que se dan ámbito sociales y económicas en una sociedad .Los fines que se tiene con la problemática del sobreendeudamiento que se le prestan a la persona humana como comerciante viendo su objetivos y subjetivos se efectuaran asimismo examen de la regulación que se ofrecen lo distintos ordenamiento concursales del derecho europeo en los estados unidos y de latinoamericana para determina marco normativo con el tema de endeudamiento que se da con la persona física o comerciante mediante tan bien de una ley concursal.

Palabras Claves: Ley Concursal, Financiera, Endeudamiento, Comerciante, Sobreendeudamiento, Crisis, y Crédito.

Summary: The majority of the studies that are carried out of the global financial crisis that is presented in the financial field on the subject of indebtedness of the people that are given social and economic scope in a society. The aims that one has with the problematic of the Over-indebtedness that lends itself to the human person as a merchant seeing its objectives and subjective will also be made examination of the regulation that are offered the different insolvency order of European law in the United States and Latin American for a certain normative framework with the subject of indebtedness that Occurs with the natural person or merchant through so much of a bankruptcy law

Key Words: Insolvency Law, Financial, Indebtedness, Merchant, Over-indebtedness, Crisis, and Credit

Introducción

Tal como se viene explicando sobre el tema de sobreendeudamiento del consumidor éste constituye un fenómeno distinto al de la crisis de la empresa, por ende carece encuadramiento normativo específico y sólo se da nuestro país en el contexto del artículo 65 de la Carta Magna, siendo una serie de reflexiones sobre los derechos de los consumidores, básicamente en lo referido al derecho de información sobre los productos y servicios en el mercado.

Por una parte la crisis que se da productor y empresario es contranatural en el mundo de los negocios y se corre grave riesgo, máxime si repercute en la vía concursal.

Por el contrario, el endeudamiento del consumidor se define como un estado de exceso de deudas, que no implica necesariamente el incumplimiento de sus obligaciones que llevan a situaciones de ingresos insuficientes para cubrir necesidades básicas.

La condición del consumidor sobreendeudado se da por encontrarse en crisis o bancarrota, siendo que su salario se ve mermado con retenciones diversas, resultando el remanente insuficiente para solventar sus necesidades vitales diarias.

Al menos el consumidor carece de activos y si los posee, éstos son mínimos y su capacidad

económica para generar ingresos y/o retribuciones de su trabajo son insuficientes para una vida digna.

Consumo y producción son dos polos de tensión, armonía, supervivencia y depende de los avances económicos, pero la crisis sus protagonistas, consumidor productor son tan distintas como su propios sujetos.

Concepto de Sobreendeudamiento

El sobreendeudamiento no se encuentra definido en ninguna norma, si bien hace tiempo que está a la búsqueda de un concepto unitario, que sea comúnmente aceptado, tanto que se ha justificado por la dimensión europea, que se presenta el fenómeno y hace escala a nivel mundial entre la dificultad que se da, sobre lo cual se ofrece una descripción precisa del sobreendeudamiento, el mismo que ocupa un lugar importante ante la falta de acuerdo y los indicadores que deberán emplearse para medir la dificultades financieras en un sujeto: así sea por una familia o una persona que este sobre endeudado, cuando sus atrasos son estructurales o están en riesgo de convertirse en estructurales.

Además en otros documentos se apunta que el sobreendeudamiento es aquella situación en la que la ratio de endeudamiento de un particular de una familia excede de una forma clara y a lo largo plazo de su capacidad de pago.

Se aprecia por tanto que no es tarea fácil encontrar una definición única para este fenómeno, si bien la mayoría sugiere que en un elemento de consumo, hace mención a un aspecto subjetivo (consumidor, persona física no empresario, unidad familiar) o la referencia a la dificultad para pagar deudas contraídas ejempladas en su retrasos normalmente estructurales en su abono.

En los últimos años, se encuentra como recomendación, los elementos que deberían figurar en la definición armonizada del sobreendeudamiento que son los siguientes:

- hogar como unidad de medida apropiada para cuantificar el sobreendeudamiento.
- los compromisos financieros adquiridos (entre los que han incluirse lo créditos de hipotecario o para consumo de las facturas de servicio básico).
- el compromiso informal adoptado por una familia o una comunidad.
- la incapacidad de pago se referido a gasto corriente de compromiso adquirido e informales.
- el sobreendeudamiento estructural que hace referencia de la continuidad y persistencia de los problemas financiero.
- el manteamiento del nivel de vida digno permitiendo compatibilizar el compromiso financiero, sin reducir los gastos mínimos vitales.
- la insolvencia que se presentará cuando la unidad familiar no pueda resolver la situación financiera mediante sus activos financieros y de otro tipo.

En la consecuencia negativa de falta de concepto unitario se señala que una parte de la evaluación de la política es adoptada para mejorar las posiciones de los deudores de otras dificultades, y por ende, los intentos de llevar acabo el debate bien fundado sobre la medida efectiva con el tema del endeudamiento.

Para el profesor Gutiérrez de Cabiedes, el sobreendeudamiento hace referencia de un hecho o situación financiera y por tanto, referida al grado de endeudamiento.

Y como señala el jurista español Angel Rojo, la insolvencia es una concepción legal, señalando que es insolvente quien momentáneamente se encuentra en imposibilidad de cumplir las obligaciones que exige cierto grado de continuidad, por tanto, para que exista insolvencia se requiere continuidad de la imposibilidad.

Para el profesor Trujillo Diez en el sentido más amplio se hallara sobre endeudado, aquel consumidor que aunque no resulte definitivamente insolvente, no sea capaz de hacer frente su deuda según su ingreso racional y normal.

De lo dicho hasta ahora podría entenderse, que más distinción en sí, el *momen iuris* que se da en uno u otro fenómeno, y se ofrece el interés en averiguar si el sobreendeudamiento e insolvencia merecen un mismo trato, bien tratándose de fenómenos distintos aunque estrechamente conectados cada uno de ellos y si deben contar con sus propios mecanismos de solución en cuestión sobre la que se volverá con más detalles.

Clases de Sobreendeudamiento

Para ofrecer un panorama completo sobre el tema de sobreendeudamiento, éste nuevo fenómeno se presenta en la crisis, y por ende, es preciso señalar que se presenta de manera distinta y se da en dos criterios: por un lado hay sobreendeudamiento activo y pasivo, siendo las causas que dan a lugar a un excesivo de endeudamiento (provoca además y como enseguida se comprenderá, un diferencia de trato entre uno a otro).

El primero es el que se asocia como tema de exceso en el importe de las deudas, que hace referencia a un consumidor que no atiende su nivel de renta, ni posibilidad de pago y que se vincula su adición de consumo o al menos, a un consumo irreflexivo estimulado por publicidad inmediata de financiación a través de un medio de pago: la tarjeta de crédito.

El sobreendeudamiento pasivo se caracteriza por que no se debe a un comportamiento irresponsable del deudor, si no que en cambio, es la incapacidad para hacer frente a los créditos y se debe a circunstancias sobrevenidas y en gran parte, imprevisibles (muerte, enfermedad, grave, separación o divorcios, partos múltiples o pérdida de empleo) que generan aumento y disminuciones de ingresos propios.

Por otra parte, en atención de los tipos de indicadores de los empleados, se puede definir el sobreendeudamiento y se podría distinguir entre sobreendeudamiento subjetivo y objetivo. El primero es el que se da, cuando el consumidor se siente capaz de hacer frente al pago de deudas, mientras que el segundo es en el caso de concurso de persona física no empresario. Que, este asunto se ha caracterizado como endeudamiento cuantitativamente importante, aunque considero que también se podría recurrir a los indicadores, que han sido empleados en el documento elaborado para tratar de definir el sobreendeudamiento a los que me referí antes, que alude entre otros a los retrasos estructurales en el abono de las deudas, en el carácter recurrente de los pagos debidos y la imposibilidad de mantener el nivel de vida normal.

El Tratamiento del Sobreendeudamiento ¿Solución específica o adaptación de la normativa concursal? Planteamiento en cuestión

Decíamos que probablemente la principal utilidad de la distinción entre sobreendeudamiento e insolvencia, radica en la proyección que deba darse a uno u otro fenómeno ¿conviene pensar en el marco de la legislación concursal, ya que la insolvencia se da en el sobreendeudamiento hacia la aplicación de la normativa concursal con la tremenda desventaja para el deudor persona física no empresario, que se ello comporte o es mejor optar por soluciones diferenciadas para cada uno? A este interrogante, se conecta con otra formulada hace tiempo por un sector de la doctrina, a juicio entre otros entre ellos el Profesor Carrasco Perra.

Para el tema de sobreendeudamiento en el concurso mercantil, en realidad podemos entender lo referido a la discusión sobre el endeudamiento excesivo y la insolvencia, puesto que el citado autor plantea esta cuestión de sobreendeudamiento y el presupuesto objetivo del concurso, que en realidad es un debate sobre conveniencia y razonabilidad de arbitrar soluciones concursales o para-concursales específicas para consumidores sobre endeudados.

Los remedios al sobreendeudamiento

Para dar una respuesta adecuada a la cuestión planteada recuérdese que se refiere a la convivencia o no, siendo que las soluciones particulares son distintas de las dispensadas a la insolvencia, cuyo fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor considero, que habrían de tenerse en cuenta, como mínimo los dos factores siguientes:

Primero: que el sobreendeudamiento es una situación que según la mayoría de la doctrina, aparece antes de la insolvencia y que si no es adecuadamente atendida desembocaran a un estado insolvencia.

Segundo: que la insolvencia es un estado en el que puedan incurrir tanto persona física como personas físicas no empresarias, consumidores o unidades familiares, más no se predica en ningún caso, de las empresas ni de las personas jurídicas de otra naturaleza.

En cuanto a la primera circunstancia, aparece como correcto tratamiento el poner énfasis con el empleado en la medida que asuma más deudas de la que se pueda razonablemente de atender y por tanto, que eviten llegue a la situación de imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, diseñando por lo tanto, un régimen que podría denominarse de prevención del sobreendeudamiento (para evitar la insolvencia) del deudor consumidor.

Tal como ya se dio en el segundo factor se debe contemplar para abordar correctamente la cuestión planteada lo referido al elemento o presupuesto subjetivo del sobreendeudamiento: mientras que puedan encontrarse en un estado de insolvencia, tanto las personas físicas como las jurídicas, con independencia de la actividad económica desarrollada del sobreendeudamiento que predica, el consumidor.

En atención a lo expuesto hasta aquí, el modo más razonable para abordar la situación del sobreendeudamiento es la que presupone, en primer lugar, la preventiva y destinar evitar al consumidor (particular no empresario) que llegue a una situación de excesiva dificultad para abonar en plazo, los pagos debidos.

Este régimen estaría conformado por los tres pilares de protección del consumidor esto es:

- La obligación de proporcionar información precontractual del particular, con énfasis en la parte normativa comunitaria.
- La exigencia del establecimiento de medidas y reglas que garanticen prácticas responsables, una vez evaluada la solvencia del deudor en el momento de mayor nitidez.
- El reconocimiento del derecho del desistimiento del contrato de crédito sin penalización.

Puede afirmarse en conclusión, que la finalidad principal en la norma, consiste en garantizar una contratación responsable de los créditos (crédito garantizados con hipoteca u otra garantía comparable y crédito destinados adquirir o conservar derecho propiedad sobre la fincas o edificios construidos o por construir.

La aplicabilidad de la normativa concursal al deudor persona física no empresaria. Desventaja concursal

Una vez que se han expuesto las posibilidades a dar un tratamiento a las dificultades financieras del consumidor (en un caso, de las unidades financieras) se podía considerar una fase embrionaria (el sobreendeudamiento) hasta la insolvencia definitiva, vale decir, es el enunciado para dar paso a un gran número de posibilidades y soluciones, y por tanto, habría que plantearse cuál sería el camino para seguir cuando ninguno de los instrumentos anteriores, no ha dado resultado, siendo que el deudor no ha llegado a su estado de insolvencia. Por ende, será precisamente el momento cuando se planteé, la disyuntiva sobre si acudir o no al procedimiento concursal.

El problema se da -muy numerosos- son los inconvenientes que se presentan en el procedimiento concursal, a la hora de la aplicación de la persona física con dificultades financieras que han sido denunciadas por la doctrina, reiteración que se podrían dar (sin carácter exhaustivo) en los casos siguientes:

En primer término, se apunta tanto en la complejidad de los elevados costes económicos y temporales del concurso, en proporción de sus posibilidades.

En segundo término, la inadecuación de algunos efectos de la declaración del concurso del consumidor e ineficiente de la pública declaración de concurso en general.

En concreto, se califica de desproporcionada e ineficiente, la publicación de la declaración de concurso del consumidor, ya que el sometimiento del patrimonio de este pequeño deudor o la intervención administración, sin reconocer la posibilidad de recurrir al asesoramiento y apoyo del órgano público específico (por ejemplo, los de consumo) y las posibilidades de limitar algunos derechos fundamentales, verbigracia el Artículo 65 de la Carta Magna peruana, del particular no empresario, sin afirmar su carácter excepcional.

Propuesta de solución

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas y en particular, la envergadura de los problemas apuntados, estamos ya en condición de formular la interrogante formulada en el título epígrafe anterior, que planteaba disyuntiva entre articular un mecanismo autónomo, para

remediar el sobreendeudamiento ahora convertido en insolvencia del consumidor, o bien resolver esta situación en el marco del concurso de mediante articulación de un procedimiento concursal específico, al haberse entendido, que serían insuficiente enmendar la vigente legislación concursal.

En torno a las alternativas de saneamiento para el deudor sobreendeudado

El fenómeno de consumo en la sociedad tiene un medio capitalista. El consumo es fomentado por todos los medios y se incentiva fuera de la capacidad de pago del sujeto consumidor.

Señalamos que al uso de un crédito se pueda acceder mediante bienes y/o servicios que seducen y convocan a las económicas familiares, muchas veces, resignando el ahorro y afectando los ingresos normales. Tenemos que decir además, que el problema del consumidor es por excelencia, un problema de la clase media que se endeuda por cuotas, y su endeudamiento es adelantado para la industria de crédito y la reglamentación de esta situación, presupone una tensión entre el consumo capitalista y los derechos de los consumidores. De tal modo, que al consumidor seducido le otorgan una línea de crédito a consecuencia de la publicidad, y llega a endeudarse a niveles que comprometen sus posibilidades de pago y la forma configura, un exceso de deuda en donde la responsabilidad de los dadores de crédito aparece hasta cierto punto configurada o preestablecida.

En general de los estudios del medio de consumo se verifica una notable desatención a los problemas que se dan en millones de familias de todo mundo, tanto en los Estados Unidos de Norteamérica, como en Europa, así se puede observar los medios financieros, que se dan en el mundo y puede observarse, como un fenómeno de crédito de consumo, que se da en muchas ocasiones con financieras ilegales que actúan al margen del control del Banco Central y que explotan el salario de forma ilegal, poniendo en alto riesgo el sector crediticio.

Desde otra orilla también existe otro estilo del consumista, que propone la gratificación ahora versus una posición financiera futura y otra parte se han modificado, el estatus económico de los consumidores, verbigracia, el alza de los costes, los sistema de salud, transporte etc. Aquí se plantea el dilema.²

La problemática de las personas humanas sobreendeudadas

En el mundo en los últimos años se formulan diversos proyectos con el tema de consumidor sobre endeudado, pero por diversos motivos no llegan a sancionarse y aun nos encontramos en grave deuda con la manda del Artículo 65 de la Carta Magna peruana.

En el primer evento, los problemas a tratar sobre el endeudamiento es sí se podía retomar el viejo sistema de la falencia, y no caer en un excesivo favorecimiento, a quien haya actuado como verdadero defraudador.

En esta línea el profesor argentino Daniel Truffat puntualizo que no duda en casos donde el abuso de derecho (Cod.Civil art 1071, hoy art 10 y 11 del CCCN) para que se pueda evitar repeler, la aplicación de la legislación concursal. Sin embargo y aun cuando admitió hay algo de antipático

² SANCHEZ JORDAN, María Elena. El Régimen De Segunda Oportunidad Del Consumidor Concursado. Madrid, Civitas, 2016.

(que incluso genera alguna incomodidad desde lo ético) al aferrarse a la tabla salvación de la quiebra para generar el fresh star, no encuentra que sea supuestamente ejercicio disfuncional del derecho.

Así afirmo que la ley autoriza expresamente a quien está en cesación de pagos, a solicitar su quiebra y obtener pronunciamiento judicial sobre el punto.

En efecto, Truffat puntualizo que la sola presencia del art 232 LCQ argentina (clausura por falta de activo) debería demostrar que no es menester tener activo alguno, para poder quebrar, con el agregado que la inmensa mayoría buscaría su propia quiebra, y no solo su rehabilitación, si el activo tiene una cierta cantidad de sueldo o jubilaciones que caerá bajo el desapoderamiento durante como mínimo el año que dure según los artículos 107 y 236 de la LCQ argentina.

En este aspecto cabe coincidir con el conocido jurista en el sentido, que el funcionamiento tiene dos negativas:

- La publicidad de colegas que depresivamente proponen incluso por la prensa, se levanten los embargos sobre su sueldo, quiebre y rehabilitación al año y,
- La actitud subyacente de picardía criolla, de tomarse ventaja con un tufillo de inmoralidad, que tienen aquellos deudores que sabían o intuían que no podrían jamás pagar las obligaciones asumidas y solicitan liberarse cómodamente de las consecuencias patrimoniales de su accionar.

De tal modo, aun coincidiendo con los reproches efectuados a la conducta abusiva del deudor, no puede el juez convertirse en legislador modificando, el texto que se expresa en la ley y calificar la conducta en base del régimen que este fuera derogado expresamente.

Demostrándose eventualmente el abuso del proceso concursal está expresamente reprimido mediante las acciones responsables pautadas en el art 173 y sig. de la L.C argentina, como así también en el propio sistema ineficacia o acción pauliana consagrado en los artículos 14 y 18 de la ley concursal peruana.

En la última línea cabe precisar que el deudor no se convierte en muerto civil mediante la creación de una sanción no pautada legislativamente, por lo que el sistema sigue sin dar una respuesta concreta.

De allí la preocupación de la doctrina de analizar lo que se ha dado a llamar concurso mínimo, como una alternativa por construir.

Los problemas no solo es solo respecto del patrimonio argentino o peruano, sino que las causas de endeudamiento del consumidor son muchas y las modificaciones de las reglas de acceso al crédito, que aparejo una expansión del mismo en el entramado social y la circunstancia de que estos no pudieran ser devueltos, máxime tratándose de deudas para el consumo asumidas como tal por personas de ingreso fijos inmersos en una economía en crisis.

De tal modo, que aun cuando se busque explicar el tema desde la óptica moral, ésta resulta palmariamente insuficiente. En efecto a la pregunta, como gastan las personas que terminan inmersos en sobreendeudamientos, debe anteponerse otro interrogante mucho más importante.

¿Cómo compran y por qué compran y usan el crédito y no el efectivo? La respuesta no permite asignar un peso moral, tal como la pérdida de vergüenza, pues más allá de las faltas éticas de consumo, son lo que se facilitan el acceso irrestricto al crédito que a nuestro modo de ver, son

también responsables del problema.

Dicho de otro modo, el abuso que da la quiebra o el aumento de las tasas de presentación no responde mayoritariamente a una conducta reprochable, si no que se encuentran fuertemente ligadas a cuestiones estructurales macroeconómicas.

En consecuencia, para evitar el sobreendeudamiento del consumidor tanto en el derecho comparado como en nuestro país se advierten dos niveles de respuesta absolutamente imprescindible que caben ponderarse.

Desde otras expectativas, los mecanismos regulados en las principales leyes de concursos y quiebras son insuficientes para solucionar, el sobreendeudamiento de los consumidores y resulta necesaria una legislación especial, que implemente el principio del Derecho del Consumidor que aborde los casos saneamiento, reparación, prevención y rehabilitación para el caso de sobreendeudamiento de los consumidores y que incorporen los códigos de procedimiento como normas de carácter procesal para su implementación.

Finalmente para crear un Registro Nacional de Crédito que le permita al acreedor evaluar los riesgos que asume y de hacerlo será bajo su entera responsabilidad, no pudiendo ejecutar sobre endeudado y estableciendo un sistema unificado único universal y obligatorio de scoring crediticio.

Análisis de un anteproyecto básico

De esta perspectiva nos parece útil explicar brevemente los principales aspecto del ante proyecto que busca modificar en la Argentina, el capítulo IV de la ley 24.522 que se regula los pequeños concursos y quiebra para la microempresa, en el cual se agrega un capítulo V Concurso de las personas humanas que no realizan actividad económica y otro sujetos.

En otro aspecto, se detendrán en el esquema normativo capítulo quinto que regula lo que doctrina ha denominado en forma sencilla, como sobreendeudamiento del consumidor.

El presupuesto objetivo

La normativa concreta se renumera respetando un esquema de la ley 24522 argentina respecto del nuevo procedimiento contenido en el art 295, del cual aborda al presupuesto objetivo, es decir las situaciones de sobreendeudamiento del consumidor intentando construir una norma suficientemente flexible para relajar el pensamiento de la doctrina y la jurisprudencia.

Así el art 295 expresa que es presupuesto para la apertura del proceso regulado en el presente capítulo del sujeto peticionante se encuentre:

- Estado de cesación de pagos,
- En dificultades económicas financieras de carácter genial, o.
- Sobreendeudado.

A efecto de este artículo se entenderá por sujeto sobre endeudado aquel que presente, al interior de su patrimonio, un desequilibrio significativo entre acto ejecutable y realizable de que se resulte titular y sus obligaciones sujetas a cumplimiento, por las cuales dicho activo deba responder en su máxima expresión.

Diferencia entre las crisis empresaria y el sobreendeudamiento

Esta temática condujo analizar como un punto de partida, de manera que debía ser conceptualizada del presupuesto objetivo, a saber que las notas jurídicas permitían predicar la existencia del sobreendeudamiento y la relación clásica del estado de cesación de pago o aquellas dificultades económicas de índole general.

Así, se tuvo presente las claras enseñanzas de la doctrina, en el sentido que los términos de cesación pagos, insolvencia y crisis demuestran existencia de un mismo fenómeno económico, que comienza con un deterioro financiero en el capital de giro empresa y que si no tiene una respuesta reorganizativa puede conducir definitivamente a la insolvencia y a una consecuente liquidación, tal como explica el jurista argentino Héctor Alegría.

En este sentido, el derecho concursal reconoce que la fórmula de prevención de la crisis de la insolvencia, es permitir actuar de manera antelada ante la instalación de la cesación de pago y preservar la conversación de la empresa.

En consecuencia, el presupuesto del objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estado anteriores del estado de cesación de pagos, siendo la posición mayoritaria en la doctrina.

Ahora bien, el sobreendeudamiento reconoce una situación distinta al de la génesis de la crisis empresaria pues, mientras en la organización comercial existe una intermediación en el cambio de las cosas, bienes, producto y/o servicio que apareja un flujo del fondos, en el caso de las personas, éstas no pueden realizar actividad económica organizada, y sus ingresos no tiene dicha característica.

Para decirlo como lo explica el jurista Ariel Angel Dasso, la crisis del consumidor constituye un fenómeno totalmente distinto al de la crisis del empresario. Así, la crisis del empresario resulta connatural a mundo de los negocios en el que el riesgo explica el incumplimiento de la consecuencia del mundo negocial que se encuentra en vía concursal.

El presupuesto del sobreendeudamiento

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

Así la confrontación del pasivo del activo disponible que permitirá determinar el grado de endeudamiento y concluir su eventual carácter excesivo.

De allí que el jurista Ariel A. Dasso puntualiza, que fácil es advertir que siendo distinto el bien jurídico tutelado en el procedimiento de crisis empresarial respecto del sobreendeudamiento del consumidor cabe ponderarlo en forma específica.

Ahora bien, tampoco conviene ignorar que gozando de un cariz tributario, el concepto de cesaciones de pagos e insolvencia resultaba conveniente que el presupuesto objetivo de apertura del proceso especial para los consumidores fuese amplio facilitando la admisibilidad del procedimiento.

Liberación del deudor. El Alcance del Fresh Start

Queda claro que luego de un estudio en el campo de distintos tribunales, la mayoría se inclina en un procedimiento que concluya en presentar una falta de activos y de allí que las personas físicas gocen de un trato digno del ordenamiento jurídico, que resulta generalmente con un nuevo amanecer o llamado fresh start, un nuevo comienzo.

Por ello se establece, que la descarga de todo pasivo es la ocasión de la situación del sobreendeudamiento de la cesación de pagos, disponiéndose la extinción de los créditos y los títulos que causan al anterior de la liquidación.³

En este punto, cabe aclarar se exceptúa la extinción de las deudas alimentaria que tenga a titulo personal, de aquellas provenientes de daños a las personas, que resultan exigibles.

Cabe resaltar que una vez realizados, si el activo no alcanzare para pagar el crédito se procederá al prorrato de los fondos debiendo abonarse en primer lugar, a los gastos corrientes y el saldo a los acreedores reconocidos, respetando en su caso, el régimen de privilegios impuestos en la ley especial.

Una vez distribuidos, el resultado será que la autoridad concursal quien dictara una resolución en la que se declaran extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor vinculadas en el proceso, salvo las excepciones de ley, no pudiendo ningún acreedor reclamar en el futuro saldo insoluto alguno.

La autoridad concursal podrá imponer al deudor la realización de curso dirigidos a la educación para el consumo o de la utilización de servicios, como así sea también ayudarlo para evaluar la alternativa y a emplear los recurso de forma eficiente con el objeto para evitar lo que puedan producirse la situaciones futuras que lo coloque nuevamente bajo el ojo de la tormenta.

Breve análisis del proceso preventivo y conciliatorio proyectado

El sobreendeudamiento de la persona humana en esta línea es un típico proceso concursal especial, por tanto de naturaleza universal y atento a que efecto de todo el patrimonio del deudor sirva como sostén al acreedor ante un incumplimiento en el pago, con excepciones de aquellos bienes específicamente excluidos por la ley.

Se califica de especial para diferenciarlo al concurso preventivo propiamente dicho y porque además esta nueva propuesta va más allá de ser una simplificación del concurso, tal como lo conocemos e incorporar a un nuevo sujeto que se denomina conciliador, que va asumir entre otras tareas, el rol activo de negociación de los acuerdos que pueda celebrar el deudor con sus acreedores, quien convoca y les propondrá formulas conciliatorias para superar la crisis y todo ello en el marco de un proceso que es llamado conciliatorio, pero que si fracasa va dar paso a una liquidación judicial, sin quiebra.

Por ende, se propone que los conciliadores, podrán ser abogados o contadores con cinco años de antigüedad de la profesión, aunque para garantizar se debe hacer referencia a que el ser conciliador debe ser de incumbencia de profesionales del Derecho. Dentro de esta línea de pensamiento el profesor argentino Daniel R. Vitolo ha expresado y afirmado que el consumidor no es en puridad de verdad, un sujeto quien deba referirse la normativa en el aspecto de la

3 JUNYENT BAS, Francisco. En Torno Alternativas De Saneamiento Para El Deudor Sobre endeudado.

legitimidad subjetiva en materia de insolvencia, ni tampoco puede constituirse en un régimen de insolvencia particular alrededor de este concepto.

Más allá de estas disquisiciones se debe resaltar la importancia de incluir el sobreendeudamiento como llave de ingreso al proceso, que pueda permitir atacar la crisis en etapas tempranas y antes que se desencadene, dando al deudor y al abogado que asiste, una herramienta útil y oportuna para evitar situaciones más gravosas y completa resolución como aquellas que se producen, a raíz de la insolvencia cuando esta se revela y comienza a producir perniciosos efectos, que golpean especialmente en el grupo familiar del deudor con una contundencia muchas veces insoportable por su consecuencia económica y fundamentalmente personales y sociales.⁴

Conclusiones

Llegamos a conclusión que conforme el tema de sobreendeudamiento es un tópico preocupante para la sociedad, esto es que la insolvencia de la persona física, no se desarrolla en una plena actividad empresarial, puesto que básicamente está integrado como ya se expuso por los trabajadores y/o la familia nuclear, quienes son receptores directos de los perjuicios, que se dan en el proceso pre-concursal.

Que cambia la relevancia del proyecto pues aborda en la actualidad y destaca el realismo del problema del sobreendeudamiento del trabajador y/o consumidor- usuario, el cual desempeña diferentes actividades, y en aquellos sectores donde es más vulnerable, siendo la población la más afectada por las crisis económicas y financieras.

El procedimiento de saneamiento en la economía familiar y que viene de una nueva visión normativa, la misma que deben asumir tanto la autoridad concursal, como el conciliador o la autoridad judicial en el caso peruano, siendo los facilitadores y promotores de futuros acuerdos, dotando al órgano jurisdiccional de la facultad de imponer este último, la imposición de una solución equitativa que respete el principio del esfuerzo compartido.

Finalmente, el proyecto que hemos explicado es un sistema novedoso para la legislación, aunque participando parcialmente de otros modelos ya vigentes en el derecho comparado, razón por la cual asume la característica propia de nuestros medios jurídicos y la actual vida económica y social, cuya sanción sería de suma utilidad ante una insuficiencia y escasa normativa, la misma que debe buscar la eficiencia de los acuerdos.

Bibliografía:

Libro:

SANCHEZ JORDAN, María Elena. El Régimen De Segunda Oportunidad Del Consumidor Concursado. Civitas, Madrid, 2016 Pag.31, 38 y 60.

4 MARCOS, Fernando Javier. El Concurso De La Persona Humana Que No Realiza Actividad Empresaria En El Proyecto De Reforma A La Ley 24.522(El Concurso Preventivo –Conciliatorio Y La Liquidación Judicial Sin Quiebra).3/2016

Articulos:

MARCOS, Fernando Javier. El Concurso De La Persona Humana Que No Realiza Actividad Empresaria En El Proyecto De Reforma A La Ley 24.522(El Concurso Preventivo –Conciliatorio Y La Liquidación Judicial Sin Quiebra). Buenos Aires, Argentina. Marzo 2016. Publicado en la Revista de las Sociedades y Concursos que dirige el Prof. Ricardo Nissen.

JUNYENT BAS, Francisco. En Torno Alternativas De Saneamiento Para El Deudor Sobreendeudado. Revista de la Universidad Nacional de Cordoba, Argentina que dirige el Prof. Efraín Hugo Richard, Marzo 2017.

EN TORNO A LAS ALTERNATIVAS DE SANEAMIENTO PARA EL DEUDOR SOBREENDEUDADO**Francisco JUNYENT BAS**

*A propósito de la descarga del pasivo del consumidor
y un procedimiento específico que habilite una segunda
oportunidad para su reinserción socioeconómica y
por ende, para una vida digna.*

MODULO I: LA ECONOMÍA DE MERCADO Y EL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR.**La sociedad de consumo.****I. 1. El proceso de globalización.**

En las últimas décadas, como parte integrante del proceso de globalización, hemos presenciado uno de los fenómenos que han afectado las distintas clases sociales sin distinción: el consumo.

Ahora bien, esta manifestación, llevada a su máxima expresión, origina lo que puede ser denominado como una tendencia al “consumismo”.

Así, Ariel Dasso⁵ enseña que “... el consumo adquirió relevancia como terapia de la economía en la gran depresión del año 30...” El autor citado explica que fue John Maynard Keynes quien en su obra “Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero”, publicada en el año 1936, atribuyó la gran caída de la bolsa a la falta de circulante, volcado a la inversión bursátil y calificado como “exceso de ahorro” y consecuentemente, promovió el consumo interno.

En esta línea, Dasso⁶ explica que Keynes sostuvo la insuficiencia de las medidas monetarias y postuló el incremento, tanto del gasto público como del consumo, para incentivar la producción de bienes, totalmente desacelerada, en caída sin freno por carencia de compradores.

Desde esta perspectiva económica, se crean necesidades, se otorgan múltiples y cada vez más sencillos medios de pago en base a ingresos futuros.

El hábito de recurrir al crédito se ha instalado en la sociedad de consumo de una manera patente y éste se ha convertido en un producto más de adquisición.

De tal forma, el uso del crédito por parte de particulares para acceder a bienes y servicios seduce y convoca a las economías familiares, resignando ahorro y afectando los ingresos normales del hombre común.

En realidad, el sistema capitalista fomenta el consumo sin reparar en cuál sea la capacidad de pago de la persona concreta y es aquí donde se plantea un fenómeno de notable “ambivalencia”.

En efecto, por un lado, el dador de crédito y de bienes y servicios, que no repara ante su interés de vender y, por el otro, el consumidor que muchas veces no tiene en cuenta el nivel de compromiso que adquiere.

Ahora bien, cuando la persona advierte su nivel de endeudamiento, que sobrepasa su

5 DASSO, Ariel A. “El concurso del consumidor (y otros sujetos)”. Trabajo recibido por e-mail.

6 DASSO, Ariel A., ob cit.

capacidad económica, deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas.

Así, al descubrir este fenómeno social el presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy, al pronunciar su discurso ante el Congreso de su país, el 15 de marzo de 1962, advirtió las dificultades de las familias endeudadas y particularmente los abusos en la publicidad y el marketing, y lanzó su célebre frase “todos somos consumidores”, describiendo el nuevo tipo de sociedad.

1.2. El fenómeno de consumo.

En rigor, la sociedad capitalista vive “de y por” el consumo. El consumo es fomentado por todos los medios y se incentiva y enaltece cualquiera fuere la capacidad de pago del sujeto consumidor.

Así, el mercado y en él, las grandes corporaciones, se valen de la publicidad para crear necesidades, y además, se otorgan múltiples modalidades de operaciones de crédito para la adquisición de bienes y servicios.

De tal forma, tal como señalamos supra, el uso del crédito por parte de particulares para acceder a bienes y servicios seduce y convoca a las economías familiares, “resignando ahorro” y “afectando los ingresos normales” del hombre común.

A esta altura debemos decir, que el problema del consumidor fue, por excelencia, un problema de la clase media que se endeuda en cuotas “porque no llega” y su endeudamiento es alentado por la industria del crédito y la reglamentación de esta situación presupone una tensión entre “el consumo capitalista” y los derechos de los consumidores. El problema resulta preocupante porque el deudor no encuentra una solución a su sobreendeudamiento y tampoco el acreedor tiene un sistema que permita el recupero de su crédito en forma clara.

En este aspecto, cabe resaltar que en los nuevos modos de comercialización se establece una “subordinación estructural” del consumidor con relación a las empresas productoras de bienes y servicios y que, en la práctica, se traduce en contratos de adhesión o con cláusulas predispuestas, en donde no existe posibilidad alguna de negociación.

La afirmación precedente conduce a que la economía de mercado se encuentre en manos de los sectores de las corporaciones que fijan los precios y las condiciones de comercialización a los que se ve sometido el “hombre común” y donde, pese al contralor del Estado, a través de los organismos especializados, las “prácticas comerciales” se vuelven muchas veces “abusivas” con las consecuencias nocivas para el consumidor.

De tal modo, el consumidor seducido por las líneas de crédito y la consecuente publicidad llega a endeudarse a niveles que comprometen sus posibilidades de pago y, de esta forma, se configura un “exceso de deuda” en donde la responsabilidad de los dadores de crédito aparece configurada.

En general, los estudios nos alertan sobre una notable desatención del problema que agobia a millones de familias en todo el mundo, tanto Estados Unidos como Europa, y así puede observarse como fenómeno la problemática de crédito para consumo de las “financieras”, legales e ilegales, que actúan al margen del Banco Central y explotan los salarios de la gente que no puede recurrir al crédito formal, sea por no tener empleos registrados o por aparecer en los sistemas de riesgo crediticio.

Desde otro costado, también existe un nuevo estilo de vida consumista que propone la

gratificación ahora versus la financiación futura y, por otra parte, se han modificado las bases económicas de los consumidores con el alza del costo de cuestiones como el colegio de los hijos, los sistemas de salud, el transporte, etc.

Ahora bien, cuando la persona advierte su nivel de endeudamiento, que sobrepasa su capacidad económica, deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas.

Aquí se plantea el dilema.

II. La legislación concursal.

II. 1. Las falencias normativas.

La problemática planteada, como consecuencia del sobreendeudamiento del consumidor, se avisa con todas sus fuerzas al advertir que la ley 24.522 tiene virtualmente “un único modelo” de concurso preventivo o liquidativo para toda clase de deudores, sin reparar en la situación especial del consumidor y sin haber tenido en cuenta el marco de tutela especial contenido en el art. 42 de la Carta Magna y de ley 24240 como así también, las directrices incorporadas en los arts. 1092 a 1122 del CCCN.

En efecto, más allá de la distinción que efectúan los arts. 288 y 289 de la ley concursal con relación a los denominados “pequeños concursos”, la realidad es que se trata de un intento frustrado de simplificación del proceso único y, desde ninguna perspectiva, se contempla la situación de la persona física consumidora.

De tal modo, el sistema de pequeños concursos es absolutamente insatisfactorio y no marca ninguna diferencia cualitativa, al grado tal que Osvaldo Maffía⁷ afirmó con toda claridad que “es un procedimiento especial sólo que sin procedimiento especial”.

En una palabra, el régimen de pequeño concurso nada aporta a la problemática planteada sobre la insolvencia de las personas físicas y, por el contrario, se sigue recurriendo al actual esquema falimentario que, al no realizar distinción alguna ante el sujeto consumidor, se traduce en una solución “inconsistente”.

En efecto, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero ésta se produce automáticamente al año y permite la “liberación” de las deudas anteriores con el nuevo patrimonio que adquiera.

Este “nuevo comienzo” puede ser una solución positiva o negativa según la situación de la persona fallida y, concretamente, con relación al consumidor, no existe respuesta legislativa concreta.

Así, cuando el deudor “sobreendeudado” se presenta a pedir su propia quiebra se plantean diversas soluciones jurisprudenciales que ponen en “tela de juicio” los criterios de interpretación del actual sistema concursal.

Desde esta perspectiva, se cuestiona el derecho a peticionar la propia quiebra cuando el consumidor carece de patrimonio y se advierte que el objetivo final del proceso es obtener el levantamiento de los embargos del sueldo y, por último, limpiar el pasivo mediante la

⁷ Maffía Osvaldo, Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos, ED T. 165, pág. 1226.

rehabilitación que procede al año de su declaración, de conformidad al art. 236 de la L.C.

II. 2. La situación del consumidor.

En esta inteligencia, el régimen de pequeño concurso, reglado en la actual ley concursal, poco aporta a la situación del consumidor sobreendeudado que “prima facie” tiene a su disposición la posibilidad de concursarse preventivamente o presentarse en quiebra.

Hasta ahora la alternativa del concurso preventivo, al menos en Argentina, no ha sido muy utilizada pues, las personas humanas que no realizan actividades económicas organizadas, art. 320 del CCCN, no tienen la posibilidad de mejorar su “flujo de fondos”, característica propia del quehacer mercantil y/o empresarial y, por ende, con un sueldo en muy difícil concretar una “fórmula de repago”.

Por el contrario, la quiebra, como ejecución colectiva, si bien produce el desapoderamiento pleno, no pueda afectar la vivienda familiar y a la postre, permite la “liberación de deuda” cuando culmina el período de inhibición establecido en el art. 234 de la ley 24522, en correlación con los arts. 104 a 107.

En una palabra, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero ésta se produce automáticamente al año y permite la “liberación” de las deudas anteriores del nuevo patrimonio que adquiera, art. 104, 107, 234 a 236 de la ley 24522.

Este “nuevo comienzo” puede ser una solución positiva o negativa según la situación de la persona fallida y, concretamente, con relación al consumidor, no existe respuesta legislativa concreta.

Así, cuando el deudor “sobreendeudado” se presenta a pedir su propia quiebra se plantean diversas soluciones jurisprudenciales que ponen en “tela de juicio” los criterios de interpretación del actual sistema concursal.

II. 3. El debate planteado.

Desde esta perspectiva, se cuestiona el derecho a peticionar la propia quiebra cuando el consumidor carece de patrimonio y se advierte que el objetivo final del proceso es obtener el levantamiento de los embargos del sueldo y, por último, limpiar el pasivo mediante la rehabilitación que procede al año de su declaración, de conformidad al art. 236 de la L.C.

De esta forma, podríamos decir que nos encontramos frente a cambios “paradigmáticos”, de manera tal que, desde un punto de vista epistemológico, se cuestionan los postulados centrales que informan el fenómeno del sobreconsumo y la falencia.

En esta inteligencia, también parece contradictorio que la ley concursal se preocupe exclusivamente de la gran empresa y no tenga ninguna medida de contención en orden a la economía familiar.

En materia de insolvencia de los consumidores, se han enunciado una cantidad de factores propios de la vida personal y que Alegría⁸ explica puntualizando la complejidad de la problemática

8 Alegría Héctor, Los llamados “pequeños concursos”. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, SLL, Octubre 2005, pág. 5.

en la sociedad actual.

El maestro Alegría⁹ explica que enfocar la problemática como una inadecuación del procedimiento a la realidad patrimonial menguada es insuficiente, pues es necesario diferenciar una serie de situaciones relativas a:

Los concursos preventivos o quiebras en los que el patrimonio activo o pasivo es pequeño.

Los concursos sin activos.

Los concursos de personas físicas, que, a su vez, podrían comprender:

c.1.) Consumidores

c.2.) Personas con ingresos fijos.

c. 3.) Profesionales autónomos.

c. 4.) Pequeños comerciantes.

Ahora bien, todos estos pequeños concursos abarcan distintas situaciones que pueden tener diferente tratamiento legal y, de allí, que Alicia Pereyra¹⁰ identifica al sujeto comprendido, o sea, al consumidor, a partir de la ley 24.240, pero estrecha aún más el concepto de dicha normativa limitándolo a “la persona física que tiene como único patrimonio su sueldo y que goza de estabilidad que le permite pagar sus deudas mediante el sistema de descuento de haberes”.

En una palabra, un ingreso regular y la estabilidad laboral constituyen la garantía que los acreedores tienen en miras al momento de otorgarle un crédito.

Ahora bien, con toda claridad, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, se pone de relieve que el sobreendeudamiento del consumidor tiene notables diferencias con el del empresario o el comerciante, pues éste deudor llega a la situación de insolvencia, no producto de su actividad, sino que sus deudas tienen origen en el consumo¹¹.

Dicho derechamente, debe porque ha gastado más de lo que ha ganado; sus egresos superan sus ingresos, por lo que se ha visto en la necesidad de contraer deudas, las que han sido respaldadas por el único bien que compone su patrimonio: su sueldo o ingresos regulares.

En este sentido, en el derecho comparado se advierte también la inadecuación de los procedimientos frente a la situación de “sobreendeudamiento del consumidor”, aspectos analizados en el ámbito de la Unión Europea, como así también de INSOL Internacional¹².

Dicho diagnóstico ha llevado a la necesidad de promover una legislación específica relativa a la liquidación colectiva de deudas para ofrecer un trato social, jurídico y económico a los consumidores con endeudamiento excesivo y, en este sentido, INSOL ha elaborado un documento con una serie de principios y recomendaciones en donde se destaca la necesidad de proveer nuevas vías alternativas, de acuerdo a las circunstancias del deudor consumidor, que revisen el acceso al crédito y la forma en que se prevee la información y el método de cobro, como así también, el respectivo plan de cancelación y liberación.

9 Alegría Héctor, ob cit, pág. 1.

10 Pereyra Alicia, ob cit, pág. 127 y sig.

11 Rubin Miguel E., La necesidad de reforma del régimen represivo concursal. La inaudita nueva inhabilitación para los quebrados no comerciantes sometidos a proceso penal, LLSupl. Concursos y Quiebras, 25/8/2009, pág. 12.

12 COSTUMER DEBT REPORT, Report of findings and recommendations, INSOL Internacional, Londres, Mayo 2001.

De tal modo, tal como expresa Truffat¹³, la concursabilidad, privada de su antigua autonomía jactanciosa, ha entrado en crisis –en lo atinente al tratamiento de los pequeños deudores- al concurrir con la temática de la tutela del consumidor. La inmensa mayoría de los concursos mínimos lo son de pequeños consumidores individuales, y el problema no queda únicamente en la saturación de trabajo para los Tribunales (¡cuestión importante si las hay!) sino en la insuficiencia del sistema para responder al desafío que propone el tutelar a quienes han caído víctimas de una propensión al consumo desmesurada, hija de una estética que ha venido a desplazar la vieja y querible ética del trabajo.

El autor citado se pregunta con relación a los consumidores sobreendeudados, ¿víctimas o culpables?. Un poco de ambas cosas. Por un lado, una maquinaria publicitaria arrolladora que confunde el “ser” con el “tener” (si no tenés: no existís!) y que lleva a comprar más y más¹⁴. Mucho más lejos que las posibilidades reales, enmascarado tras la fantasía de que los pagos en cuotas, o las bonificaciones especiales, o los premios adosados, conseguirán el milagro de acceder a aquello que objetivamente se revelaba como inalcanzable.

Tal como explica Anchával¹⁵, en la actualidad las propagandas de créditos fáciles y sin análisis previo están al orden del día. El autor explica que se busca y se escoge el mercado al cual prestar. Jubilados, agentes de seguridad, empleados públicos, todas personas que comprometen sus sueldos a futuro ante una sociedad de consumo, que gráficamente Truffat¹⁶ ha explicado que exhiben sus lujosos bienes para que pongan “la ñata contra el vidrio” del consumo.

II. 4. La tutela del consumidor.

En esta inteligencia, el mandato constitucional de proteger los derechos del consumidor impone al Estado el deber de actuar mediante la sanción de una legislación que prevea las consecuencias derivadas del endeudamiento excesivo que afecta a las economías domésticas.

Así, Belén Japaze¹⁷ afirma que las graves consecuencias del sobreendeudamiento definen un cuadro de situación que no puede ser consentido con la mirada esquiva y voz silente del conjunto social; menos aún de los poderes públicos.

En esta línea, en España la conocida jurista Pulgar Ezquerro¹⁸ expresa que la consagración constitucional de la tutela de los consumidores impone a los poderes públicos el mandato de

13 Truffat Daniel E., “Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños deudores”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, N° 260, Julio 2009.

14 “...Escribe Heidegger: La publicidad lo oscurece todo y da así lo encubierto por lo sabido y accesible a todos”. El nuevo milenio lleva al desbocamiento de todas las posibilidades alienantes. El poder de aplanamiento es tal que, sin más, es uno de los rostros más constitutivos de las sociedades presentes. La publicidad o –por decirlo más exactamente- el “poder mediático” del “tecnocapitalismo” seduce a un mundo donde todo está decidido. Es cierta la expresión de Heidegger: “la publicidad lo oscurece todo”. Pero agreguemos: “lo oscurece todo enceguedándonos con sus brillos, con sus destellos, con su ruido”. Un mundo de objetos, de valores-objeto, de horizontes-objeto, de cuerpos-objeto. El “ser ahí” ya no toma decisiones. Ya no necesita ser responsable. El “uno” le quita el peso que tiene toda decisión...”, Feinmann, José Pablo, “La filosofía y el barro de la historia”, pág. 320

15 Anchával Hugo, *El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social*, *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Agosto 2009, pág. 808.

16 Truffat Daniel, “¿Decoctor, ergo fraudator?”, *Lexis Nexis*, Córdoba Nro 7, julio 2007, pág. 565

17 JAPAZE, Belén, *ECONOMÍAS DOMESTICAS Y SOBREENDEUDAMIENTO. DESTINATARIOS DE UNA REGULACION IMPOSTERGABLE.*, *Revista de Derecho del Consumo*, 2016, N° 1, pág. 69 y ss

18 PULGAR EZQUERRA, Juana, *CONCURSO Y CONSUMIDORES EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DEL BIENESTAR*, en *Revista de Derecho Concursal* N°9, 2007, pág. 43.

garantizar su defensa y de allí la obligación de regular procedimientos adecuados con arreglo a criterios de justicia y equidad.

En igual línea, la Corte de Casación Francesa ha calificado a la regulación del sobreendeudamiento como “norma de orden público económico de protección social”.¹⁹

Hemos adelantado que toda esta situación llevó a la necesidad de promover una legislación específica relativa a la liquidación colectiva de deudas para ofrecer una vía de saneamiento a los consumidores con endeudamiento excesivo y, en este sentido, recordamos que INSOL elaboró un documento en donde se destacó la necesidad de proveer nuevas vías alternativas, de acuerdo a las circunstancias del deudor consumidor, que revisen: a) el acceso al crédito y la forma en que se provee la información; b) el método de cobro, y también, c) el correspondiente plan de renegociación del pasivo y la posibilidad de un “nuevo comienzo”.

En igual sentido, la Asamblea General de la ONU dictó la resolución del 9 de abril de 1985 tendiente a que los países miembros dicten normativas que protejan a los consumidores. A su vez, El Tratado de Constitución de la Unión Europea conocido por la ciudad que fue su sede, Mastrisch, 1992 plasmó en su articulado una sección dedicada a la “protección de los consumidores”.

Colombia anticipó una regulación en 1982, y con apoyo en ulteriores Tratados Internacionales consagró en 2011 el “Estatuto del consumidor”. En tanto Francia por ley de diciembre de 1989 reguló el sistema que mayor adhesión parece concitar en la doctrina, dirigido a la “persona física sobreendeudada de buena fe” imposibilitada de pagar deudas no profesionales.

En 2005 Estados Unidos dictó la famosa Ley de abuso en la prevención y protección del consumidor que fue incorporada al título 11 Capítulo 13 del Código de Quiebras bajo el título “Composición del patrimonio del individuo” cuyo sujeto es el deudor individual con ingresos regulares.

Italia dictó una expresa regulación sobre el sobreendeudamiento del consumidor por Ley 221/2012 entendiendo por sobreendeudamiento “el perdurable equilibrio entre las obligaciones y el patrimonio prontamente liquidable que determina la dificultad de cumplir las obligaciones o la definitiva incapacidad de hacerlo regularmente”.

El Real Decreto Ley 1 /2015 del 27 de febrero titulado “Mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financieras y otra medida social” procura incluir a las entidades bancarias en una normativa dirigida al tratamiento considerado de “buenas prácticas” al consumidor de productos bancarios, que en alguna medida guarda correlato con el Real Dec. Ley 27/2012 de “Medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios”, con suspensión de lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2017 de la vivienda habitual de personas vulnerables incluyendo entre estas al deudor mayor de 60 años aunque no constituya unidad familiar con bajo ingreso.

En nuestro país la Ley Nacional de Defensa del Consumidor del 22 de diciembre de 1993 anticipó una nueva regulación legal que llegaría a su “cenit” con la Reforma de la Constitución de 1994 cuyo art. 42 consagra los derechos y garantías de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en relación al consumo, su salud, seguridad e intereses económicos por vía de una información adecuada y veraz, libertad de elección, trato equitativo y digno.

19 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, EL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR, La Ley, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, junio 2008

III. Los diferentes sistemas.

III. 1. El estatuto del consumidor: una conciliación extrajudicial.

La primera distinción de magnitud que se advierte en el derecho comparado conlleva a definir si la tutela debe darse en el estatuto del consumidor, como lo hace Francia, o como un procedimiento de insolvencia específico, como lo incorpora Alemania y E.E.UU.

En Francia el Código del Consumo regula el sobreendeudamiento de los consumidores como figura típica que introduce un específico sistema de cooperación entre la autoridad administrativa, representada por la Comisión de Sobreendeudamiento que ostenta un marcado papel conciliador, y la autoridad judicial que puede ordenar el cumplimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por la Comisión, o iniciar el procedimiento de recuperación personal que queda a su cargo.

De tal modo, se advierte una primera etapa extrajudicial con mediación ante la Comisión, como así también, la posibilidad de un plan de recuperación judicial, previendo la posibilidad de diferimiento de las deudas impositivas.

En la primera alternativa, la Comisión invita a las partes a negociar un plan de pagos y, en caso de obtenerse un acuerdo, la Comisión propondrá medidas de reestructuración del pasivo.

En algún caso, luego del plan de pagos, con reducción de intereses y de deudas impositivas, la Comisión puede recomendar la exoneración del pasivo, con excepción de aquellas que tengan carácter alimentario.

Va de suyo que para obtener la posibilidad de la reestructuración, cuya viabilidad queda en último término a evaluación del juez, la legislación francesa requiere que se trate de deudas no profesionales y que el deudor sea de buena fe.

III. 2. La mediación en el ámbito judicial.

Desde otro costado, el sistema estadounidense habilita un “nuevo comienzo” o “fresh start” mediante un proceso especial formulado por el deudor con sustento en un plan de pagos.

En el esquema legal aludido, se permite que el deudor concurra al juez de la quiebra a pedir una orden judicial de redención o espera, y ésta opera la suspensión de las acciones judiciales, habilitando a la persona a presentar un plan de pagos en un término de 90 días.

El régimen se estructuraba, fundamentalmente, sobre las alternativas regladas en los capítulos 12 y 13 de la ley de bancarrotas, y el juez a cargo del proceso convocaba a los acreedores a una audiencia para lograr la confirmación de dicho plan.

Este sistema fue modificado en el año 2005, requiriéndose que todo sometimiento a proceso concursal debía acompañarse de una certificación de que el deudor había asistido a un curso de asesoramiento financiero y, de lo contrario, se habilitaba al juez para declarar la quiebra bajo el procedimiento del capítulo 7.

Ahora bien, la última reforma de la ley de quiebras estadounidense del año 2005, que intentó equilibrar los abusos de la descarga de deudas por parte de los consumidores, ha recibido una severa crítica por parte de la doctrina.

La reforma, que pretendió actuar sobre el abuso del sistema, funcionó en los hechos, no como un colador, sino más bien como una barricada, para el bloqueo de cientos de miles de familias que

luchaban para salir de esta circunstancia, retrasando las presentaciones en forma indiscriminada, sin importar sus circunstancias individuales, tal como lo explica detenidamente Anchával²⁰.

También la legislación concursal alemana contempla un procedimiento de solicitud de liberación del resto de la deuda para cualquier persona física que se encuentre ante una incapacidad de pago por deudas del consumo.

La regulación europea citada establece que el deudor debe ceder la parte embargable de sus ingresos a un fiduciario para que éste vaya pagando a los acreedores y, una vez superado el plazo de 7 años, si el deudor ha observado buena conducta, el tribunal puede dictar la liberación de las deudas restantes.

Tal como se advierte, ninguna de estas alternativas del derecho comparado tienen correlato alguno en nuestra legislación consumeril ni concursal.

IV. El concurso del consumidor

IV. 1. Introducción

Tal como se viene explicando, el sobreendeudamiento del consumidor constituye un fenómeno totalmente distinto a la de la crisis de la empresa y, por ende, carece de encuadramiento normativo “específico” en nuestro país, por lo que a la luz del art. 42 de la Carta Magna se imponen una serie de reflexiones.

Por una parte, la crisis del productor, empresario, es connatural al mundo de los negocios en el que el riesgo explica el incumplimiento como una mera consecuencia evolutiva del mundo negocial, cuyo remedio se encuentra en la vía concursal.

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

La condición del consumidor sobreendeudado se caracteriza por encontrarse facilitada por vía de la “bancarización” del sistema de pago que incide en su salario con “retenciones” diversas, de modo que, el remanente disponible resulta insuficiente para solventar sus necesidades vitales básicas.

El consumidor es un deudor que carece de activos o, si los tiene, son mínimos. Su capacidad económica es la de generar ingresos en retribución de su trabajo y los bienes comprometidos son sus derechos elementales para una vida digna.

Consumo y producción son dos polos en tensión y de su armonía y supervivencia depende el avance económico pero la crisis de sus protagonistas, consumidor y productor, son tan distintas como sus propios sujetos.

En efecto, el productor tiene un patrimonio especial que le permite la comercialización de bienes y servicios, de modo tal que goza de un flujo de fondos para enfrentar los costos de la empresa y abonar sus deudas.

Por el contrario el consumidor, en la mayoría de los casos, tiene ingresos fijos, verbigracia salarios, jubilaciones, etc. y por ello, superado un nivel de endeudamiento, carece de capacidad de

20 Anchával Hugo, El sobreendeudamiento...ob cit, pág. 808 y sig

repago. Además cabe agregar que las deudas de la persona humana son de las denominadas “domésticas”, es decir, para su “diario vivir”.

IV. 2. La problemática de las personas humanas sobreendeudadas.

En nuestro país, se sucedieron durante los últimos años una serie de proyectos tendientes a regular la situación del consumidor sobreendeudado pero que, por diversos motivos, no llegaron a sancionarse y aún nos encontramos en grave deuda con la manda del art. 42 de la Carta Magna.

Así, a la luz de los debates planteados por la doctrina, y que fueran especialmente abordados en las XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, realizadas en Santa Fe, como así también en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil la problemática del consumidor sobreendeudado se reeditó una vez más.

En efecto, en el primer evento se presentaron ponencias²¹ que polemizaron sobre el tratamiento del deudor sobreendeudado y se concluyó que, si bien no podía retornarse al viejo sistema sancionatorio de la falencia, tampoco podía caerse en un “garantismo” excesivo favoreciendo a quien haya actuado como verdadero defraudador.

En esta línea, Truffat²² ha puntualizó que no duda en que hay casos donde el abuso de derecho (Cód.Civil, art. 1071, hoy arts. 10 y 11 del CCCN) habilita a repeler la aplicación de trámites concursales. Sin embargo, y aún cuando admitió que hay algo de antipático (que incluso genera alguna incomodidad desde lo ético) el aferrarse a la tabla de salvación de la quiebra para generar el “fresh star”, no encuentra que ello sea técnicamente un supuesto de ejercicio disfuncional del derecho.

Así, el jurista citado afirmó que la ley autoriza expresamente a quien está en cesación de pagos a solicitar su quiebra y obtener pronunciamiento judicial sobre el punto. La salvedad, y esto es materia de debate –pero no sobre el fondo sino sobre la suficiencia de la “confesión” como dato para tenerla configurada-, es que el deudor esté efectivamente en cesación de pagos.

En consecuencia, entiende que la circunstancia de que la liquidación no arroje resultados favorables, o que solo arroje resultados paupérrimos no es mérito para denegar la declaración de quiebra.

En efecto, Truffat puntualizó que la sola presencia del art. 232 LCQ (clausura por falta de activo) debería demostrar que no es menester “tener activo alguno” para quebrar; con el agregado que la inmensa mayoría de los peticionarios de propia quiebra que solo buscan la ulterior rehabilitación sí tienen, como mínimo, un activo: el porcentaje de sus sueldos o jubilaciones que caerá bajo el desapoderamiento durante, como mínimo, el año que dure éste –arg arts. 107 y 236 LCQ-²³.

En este aspecto, cabe coincidir con el conocido jurista en el sentido de que el funcionamiento

21 Bergia, Marcelo R, “El abuso del derecho de pedir la propia quiebra con el objeto exclusivo (confesado o no) de no pagar las deudas”, Libro de Ponencias de las XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Santa Fe, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Litoral, Libro de ponencias, pág. 253; Aveillé Testi María Sol, Inhabilitación y rehabilitación del fallido: necesidad de precisiones, Libro de Ponencias de las XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Santa Fe, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Litoral, pág. 247

22 Truffat Daniel E., “Sobre el potencial abuso en el pedido de propia quiebra para obtener la rehabilitación patrimonial”, trabajo remitido vía mail por el autor.

23 En sentido contrario Bergia, Marcelo R, “El abuso del derecho de pedir la propia quiebra con el objeto exclusivo (confesado o no) de no pagar las deudas”, en Jornadas ya referidas. Libro de ponencias, pág. 253

del sistema tiene –al menos- dos aristas negativas: (a) la publicidad de colegas que desaprensivamente proponen, incluso por la prensa, según informa algún autor, algo así como “levante los embargos sobre su sueldo: quiebre y rehabilítese al año”: y (b) la actitud subyacente de picardía criolla, de tomarse ventajas con un tufillo de inmoralidad, que tiene que deudores que sabían, o intuían, que no podrían jamás pagar las obligaciones asumidas, se liberen tan cómodamente de las consecuencias patrimoniales de su accionar²⁴.

Atento las circunstancias descritas precedentemente, se plantean las distintas interpretaciones sobre la viabilidad de la falencia del consumidor y se esgrimen razones que demostrarían, en diversos supuestos, su utilización abusiva.

Ahora bien, lo real y cierto es que el actual régimen de inhabilitación automática derogó la calificación de conducta del fallido y de sus cómplices, contenida en los arts. 234 a 240 de la ley 19.551, dejando solamente subsistentes las acciones de responsabilidad regladas en los arts. 173 a 176 de la ley 24.522.

En esta inteligencia, es un principio hermenéutico sumamente claro que todo régimen sancionatorio debe ser expreso y no cabe la interpretación extensiva, so pretexto de abuso del derecho.

De tal modo, aún coincidiendo con los reproches efectuados a la conducta abusiva del deudor, no puede el juez convertirse en legislador modificando textos expresos de la ley y “calificar la conducta” en base a un régimen que fuera derogado expresamente.

En una palabra, el eventual abuso del proceso concursal está expresamente reprimido mediante las acciones de responsabilidad pautadas en los arts. 173 y sig. de la L.C., como así también, en el propio sistema de ineficacia.

En esta línea, cabe también señalar que las inconductas del deudor no lo convierten en un “muerto civil”, mediante la creación de una sanción no pautada legislativamente, por lo que, el sistema sigue sin dar una respuesta concreta.

De allí la preocupación de la doctrina de analizar lo que se ha dado a llamar “concurso mínimo”.

IV. 3. Una alternativa por construir.

De todo lo que venimos narrando se sigue que el problema no sólo no es patrimonio argentino, sino que las causas históricas del endeudamiento del consumidor son muchas y se explican en la modificación de las reglas de acceso al crédito, que aparejó una expansión del mismo en el entramado social, y la circunstancia de que éstos no pudieran ser devueltos, máxime tratándose de deudas para el consumo asumidas por personas físicas con ingresos fijos y en economías en crisis.

De tal modo, aún cuando se busque explicar el tema desde la óptica “moral”, ésta resulta palmariamente insuficiente.

En efecto, a la pregunta qué compran o cómo gastan las personas que terminan sobreendeudándose, debe anteponérsele otro interrogante mucho más importante.

24 La cuestión ha sido abordada por el jurista rosarino Edgar Baracat, en “Pequeñas quiebras y deudores de mala fe”, LL, 2009-B, pág. 1229

¿Cómo compran y porqué compran usando el crédito y no el efectivo?

La respuesta no permite asignar una falta moral, tal como una pérdida de vergüenza, pues, más allá de las faltas éticas que siempre existen, está demostrado que los motivos estructurales de la sociedad de consumo son los que facilitan el acceso irrestricto al crédito.

Dicho de otro modo, el abuso de la quiebra o el aumento de las tasas de presentación no responden mayoritariamente a conductas reprochables, sino que se encuentran fuertemente ligadas a cuestiones estructurales macroeconómicas.

En efecto, es lógico que hoy las personas deseen tener acceso a bienes de uso cotidiano e, incluso, imprescindibles para mejorar la calidad de vida.

En consecuencia, para evitar el sobreendeudamiento del consumidor, tanto en el derecho comparado como en nuestro país, se advierten dos niveles de respuesta absolutamente imprescindibles que cabe ponderar.

Así, los especialistas del derecho del consumo reunidos en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2013, afirmaron que el sobreendeudamiento, no implica estado de cesación de pagos, y que las soluciones deben ser “preventivas” para evitar justamente las consecuencias negativas de dicho estado.

Así, se concluyó que deben ponderarse las causas del sobreendeudamiento y las condiciones subjetivas y objetivas que profundicen la vulnerabilidad propia del consumidor, y que también respecto del proveedor de crédito debe meritarse especialmente su proceder abusivo o engañoso al tiempo de la concesión de financiamiento.

En esta línea, se estableció que los proveedores de crédito están obligados a cumplir con la obligación de información que prevén los arts. 4 y 36 –principalmente- de la LDC, y a evaluar la capacidad de pago y solvencia del deudor, y que su incumplimiento genera responsabilidad objetiva.

Desde otro costado, los participantes de las Jornadas afirmaron que los mecanismos regulados en la actual ley de concursos y quiebras son insuficientes para solucionar el sobreendeudamiento de los consumidores, y que resulta necesario una legislación especial, que implemente los principios del Derecho del Consumidor, que aborde de manera integral medidas de prevención, saneamiento, reparación y rehabilitación para los casos de sobreendeudamiento de los consumidores; y también que se incorporen en los códigos de procedimientos normas de carácter procesal para su implementación.

Finalmente, se aconsejó crear un Registro Nacional de Créditos, que le permita al acreedor evaluar los riesgos que asume y de hacerlo será bajo su responsabilidad, no pudiendo ejecutar al consumidor sobreendeudado, y estableciendo un sistema unificado: “único, universal y obligatorio” de scoring crediticio.

En definitiva, en las Jornadas se trató el tema del sobreendeudamiento del consumidor pero casi exclusivamente desde la faz preventiva, y no desde la perspectiva del “saneamiento”.

IV. 4. Los niveles de tutela.

IV.4. a. La prevención de los créditos “predatorios”.

Un primer aspecto que debe contemplar el legislador es el que articula un sistema de

prevención del sobreendeudamiento y correspondiente protección extrajudicial, evitando la concesión irrestricta del crédito.

En esta línea, cabe desarticular lo que se ha denominado “la industria del crédito” atento a que puede distinguirse entre el crédito “prime”, común, corriente; el crédito “subprime” de alta tasa, lícito, dirigido a un mercado diferente; y el “crédito predatorio” que produce un grave daño y que persigue simplemente el consumo a determinados bienes sin preocuparse por la capacidad de pago de las personas.

Desde esta perspectiva, no deja de llamar la atención la permanente queja en contra de la conducta del consumidor, y nada se dice de los dadores de crédito que, indudablemente, es el eje central de la problemática.

En este sentido, adviértase que en la Unión Europea rige la directiva 2008/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de crédito para el consumo y que obliga a los Estados Miembros a velar porque en todo contrato de crédito el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente y, en su caso, se actualice la información financiera antes de otorgar el importe del crédito.

En esta línea, resultan clarificadores los trabajos de Truffat y Anchával que ponen de relieve que éste tipo de créditos “asfixian” a los consumidores que recurren al pedido de su propia quiebra y que ningún país serio, que contenga una legislación relativa a la insolvencia de los consumidores, ha dejado de legislar sobre dicho aspecto para evitar la vulnerabilidad de los sectores sociales sujetos a sueldos, sean agentes de seguridad, empleados públicos, policías, etc.

En una palabra, el primer ámbito de tutela debe enderezarse a asegurar que los préstamos se concedan, previo estudio de solvencia, y no se permita el descuento por planilla de porcentajes que afectan el carácter alimentario del salario.

IV. 4. b. La conciliación de los intereses.

Desde otro costado, cabe puntualizar que el consumidor sobreendeudado no debe quedar expuesto a las acciones de agresión patrimonial que puedan iniciar sus acreedores y, por ello, la legislación concursal debe articular, en caso de insolvencia, un procedimiento de saneamiento judicial que tutele específicamente esta situación, desestimando las alternativas negatorias actualmente esgrimidas por algunos tribunales.

Así, pensamos que en nuestro país resulta más conveniente seguir el ejemplo de la legislación alemana, que articula la herramienta dentro de la legislación concursal, y no en el estatuto del consumidor, para dotarlo del control jurisdiccional.

En esta línea, no concordamos con el Proyecto de Ley de Saneamiento de Deudas de las Economías Familiares que, al hacer referencia a la tutela del consumidor sobreendeudado, se inclina por no incorporar el remedio a la legislación concursal.

Este remedio legal, que contemple a la persona del consumidor, debe permitir la propuesta de reestructuración de los pasivos mediante la participación activa de un conciliador o mediador que facilite el acuerdo entre las partes.

MODULO II: EN TORNO A UN PROYECTO DE PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL DEUDOR SOBREENDEUDADO.**I. El anteproyecto de ley que crea un procedimiento especial para el consumidor.**

En esta línea, el Poder Ejecutivo de la Nación, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dispuso la creación de una Comisión Especial con el objetivo de adecuar el régimen concursal aplicable a los pequeños procesos para proveer la necesaria reforma a fin de incorporar “el sobreendeudamiento del consumidor y la microempresa”. La aludida comisión fue designada por Resolución 1163 del 22/5/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos²⁵, y desarrolló la labor encomendada la que concluyó con un anteproyecto que fue elevado al Ministerio respectivo el 11/08/2015 y que estuvo precedido por una audiencia pública que se realizó en la Facultad de Derecho de la UBA el 7/7/2015 con representantes de foro académico, entidades empresarias, profesionales y del Ministerio Público.

Con motivo del cambio de gobierno la comisión volvió a presentar el proyecto al Ministro de Justicia, Germán Garavano, sin que hasta ahora se conozca respuesta alguna.

A los fines de que se advierta el estudio y la tarea realizada, cabe sintetizar los principales puntos de la nota de elevación:

I. 1. El sobreendeudamiento del consumidor.

En la comunicación elevada al Ministerio de Justicia se hace incapié en los siguientes aspectos:

Hoy la República Argentina presenta una enorme cantidad de personas humanas que no desarrollan actividades comerciales ni empresarias, que carecen de actividad económica organizada, tales como los trabajadores en relación de dependencia —tanto en el sector privado como los empleados públicos—, los desempleados, las amas de casa, los jubilados y pensionados, que en razón de su deudas —generalmente de consumo— llegan a escenarios de sobre endeudamiento o quedan colocados en situaciones de quiebra.

Así, en las provincias, se encuentran miles de servidores públicos —como policías, bomberos, enfermeras, empleados del correo, de la administración pública y de la Justicia— que son prácticamente esquilados por los sistemas de crédito informal — muchas veces otorgados a tasas usurarias— y por el sistema perverso de “descuentos por planilla”, sin límite porcentual alguno, que le consumen —muchas veces— hasta el ciento por ciento (100%) de sus ingresos de donde, al final de mes, solo se les entrega un recibo de sueldo con un saldo que indica — simplemente— “cero” (0). Lo mismo ocurre con los descuentos de cupones de tarjetas de crédito para acceder a dinero en efectivo, o los sistemas de préstamos bajo la modalidad “efectivo ya” — ampliamente publicitados por los medios masivos de comunicación—, que le ofrecen al consumidor o usuario financieras y otros prestamistas.

La actual Ley de Concursos y Quiebras —que funciona bien, adecuada y modernamente para las situaciones de crisis de las empresas en general— no brinda soluciones efectivas para estos otros sujetos.

25 Héctor Osvaldo Chomer, Daniel Roque Vítolo, Juan Carlos Veiga, Francisco Junyent Bas, Alejandra Noemí Tevez, Emiliano García Cuerva, Marcelo Eduardo Haissiner, actuando como Secretaria Gabriela S. Antonelli.

I. 2. Algunos datos ilustrativos

En la misma nota la Comisión pone de relieve que ha estudiado las estadísticas tanto a nivel mundial como nacional y de la cual se derivan las siguientes circunstancias:

Según lo señalan las estadísticas a nivel mundial —y la Argentina, no escapa al fenómeno social generalizado— el origen de la quiebra de estos ciudadanos comunes deviene de un desequilibrio patrimonial que tiene su causa en: (i) gastos ordinarios del diario vivir —ante el aumento generalizado de precios y de necesidades de consumo y el no acompañamiento del nivel de ingresos—; (ii) desempleo; (iii) gastos médicos y de remedios propios y de sus grupo familiar; (iv) sobreendeudamiento crediticio por consumo; (v) deudas de educación; (vi) divorcios o separaciones; (vii) accidentes sufridos por sí o por otros miembros de la familia; o (viii) crisis empresarias de empleadores que importan para al asalariado, dependiente o pequeño profesional que presta servicios, una disminución de salarios o beneficios sociales; entre otros.

A simple modo de ejemplo se puede informar que —según relevamientos utilizados para Jornadas Técnicas de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA— en la ciudad de Santa Fé, el noventa y seis por ciento (96%) de los quebrados son personas humanas y sólo en seis (6) de cada trescientos treinta y cuatro (334) procesos hay inmuebles subastados; y además el sesenta y cinco por ciento (65%) de los procesos concursales corresponden a empleados públicos, y en la mayoría de ellos el patrimonio del concursado está compuesto únicamente por los haberes que perciben en su actividad laboral, y el pasivo se encuentra conformado, en su casi totalidad, por deudas contraídas con entidades financieras, siendo que en el noventa y ocho por ciento (98%) de los casos no hubo realización de bienes en la quiebra.

Otras provincias y —hasta la Capital Federal— presentan datos similares.

I. 3. La vinculación de este problema con la política en materia de Derechos Humanos

En consecuencia, los integrantes de la Comisión destacan una serie de aspectos jurídicos deben tenerse presentes en la redacción de un procedimiento especial para los consumidores.

A partir del año 1994 en que se produjo la reforma de la Constitución nacional, por imperio de los arts. 31 y 75, inc. 22, se ha establecido una jerarquía normativa —o pirámide jurídica— que coloca a los Tratados Internacionales —y en especial a los Tratados sobre Derechos Humanos— con jerarquía superior a las leyes y, en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional y deben ser considerados complementarios de los derechos y garantías reconocidos por nuestra Carta Magna. De donde deben ser respetados en su plena vigencia jurídica y política.

La abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en varias situaciones de vulnerabilidad, que es una obligación ineludible de los Estados salir a brindar protección a las personas por la vía de medidas legislativas o acciones gubernamentales concretas, para el establecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales afectados, entre los cuales se han mencionado —como integrantes de la Convención— el derecho a las garantías judiciales —art. 8—; el derecho a igualdad ante la ley —art. 24—; y el derecho a la protección judicial —art. 25—.

I. 4. Trascendencia de sancionar esta ley

Al elevar el proyecto, el Ministerio de Justicia, se pusieron de relieve cuales serían los impactos políticos, económicos, financieros y sociales que produciría la pronta sanción de esta ley:

Es una norma de protección para débiles, vulnerables, y daría satisfacción a un segmento muy significativo de la población, compuesto por hombres y mujeres comunes, trabajadores, jubilados, pensionados y pequeños y medianos empresarios;

Es una norma que se inserta en la política de Derechos Humanos que nosotros proclamamos, y que el nuevo Presidente de la República —Ing. Mauricio Macri— también sostiene, y cumple con el principio de convencionalidad que ajusta la labor legislativa del Estado a las recomendaciones de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

Sancionar esta ley colocaría al país dentro de las legislaciones mundiales de avanzada en esta materia; y

La noticia tendrá un fuerte impacto social positivo en la población —la cual se vería interpretada en sus necesidades por las autoridades gubernamentales—.

De todas formas, tal como suele suceder en estas “lides” no ha habido respuesta alguna por parte de las autoridades y el consumidor sobreendeudado sigue esperando una respuesta legislativa y consecuentemente, el respeto de la manda constitucional contenida en los arts. 42 y 43 de la Carta Magna.

II. Análisis del anteproyecto.

Desde esta perspectiva, nos parece útil explicar brevemente los principales aspectos del Anteproyecto que modifica el Capítulo IV de la ley 24.522 regulando los pequeños concursos y quiebras para la microempresa y en el cual se agrega uno más como capítulo V para el “Concurso de las personas humanas que no realizan actividad económica organizada y otros sujetos”.

En este aspecto, nos detendremos en el esquema normativo del capítulo quinto que regula lo que la doctrina ha denominado en forma sencilla como el “sobreendeudamiento” del consumidor.

II. 1. El presupuesto objetivo.

La normativa concreta reenumera, respetando el esquema de la ley 24522 el nuevo procedimiento a partir del art 295 en el cual se aborda el presupuesto objetivo, es decir, la situación de sobreendeudamiento del consumidor, intentando construir una norma que tenga la suficiente flexibilidad como para reflejar el pensamiento de la doctrina y la jurisprudencia.

Así el art. 295 expresa que “es presupuesto para la apertura del proceso regulado en el presente capítulo que el sujeto peticionante se encuentre:

- en estado de cesación de pagos;
- en dificultades económicas o financieras de carácter general; o
- sobreendeudado.

A efectos de este artículo se entenderá por sujeto sobreendeudado a aquel que presente, en su patrimonio, un desequilibrio significativo entre el activo ejecutable y realizable de que resulte

titular y las obligaciones sujetas a cumplimiento por las cuales dicho activo deba responder.”

II. 2. Diferencias entre la crisis empresarial y el sobreendeudamiento.

Esta temática condujo a analizar, como punto de partida, de que manera debía ser conceptualizado el presupuesto objetivo, a saber que “notas jurídicas” permitían predicar la existencia del “sobreendeudamiento” y qué relación existía con el clásico “estado de cesación de pagos” o las dificultades económicas de índole general.

Así, se tuvo presente las claras enseñanzas de la doctrina en el sentido de que los términos “cesación de pagos”, “insolvencia” y “crisis”, demuestran la existencia de un mismo fenómeno económico que comienza con un deterioro financiero en el capital de giro de la empresa, y que si no tiene una respuesta reorganizativa, puede conducir definitivamente a la insolvencia y consecuente liquidación, tal como lo explica Héctor Alegría²⁶.

En opinión de Cámara²⁷, el estado de cesación de pagos exige comprobaciones: la primera atiende a los elementos interdependientes del crédito, que tiene una empresa en particular, y en segundo lugar, como afecta su capacidad financiera y productiva; la tercera, basada sobre la estabilidad, permanencia e insanabilidad del equilibrio financiero.

De todas formas, en la actualidad, la doctrina especializada reelaboró el presupuesto objetivo de la cesación de pagos, para actualizarlo a los tiempos que corren.

En este sentido, el derecho concursal reconoció que las formulas de prevención de la crisis de la insolvencia, permiten actuar antes de la instalación de la cesación de pagos, y, consecuentemente, hacer realidad la conservación de la empresa.

En una palabra, este debate se instaló a raíz de la preocupación por hacer efectivos los procedimientos de reorganización empresarial en tiempo oportuno y acudir a ellos antes de la instalación de la insolvencia.

En consecuencia, el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estados anteriores del estado de cesación de pagos, etapa que la doctrina patria denominó “estado de dificultades económicas o financieras de carácter general”, art. 79 y ss. de la Ley de Concursos y Quiebras, o “situación de crisis empresarial”.

Por su parte, en el derecho comparado, mientras algunos países conservan el término “cesación de pagos”, otros -como el derecho germánico- introducen la noción de “imposibilidad de pago”, y en algunos casos se utiliza el giro “insolvencia”, “amenaza de insolvencia” o “sobreendeudamiento”, como alternativas demostrativas de un deterioro financiero que requiriere de medidas de prevención y reorganización.

Ahora bien, el sobreendeudamiento reconoce una situación distinta al de la génesis de la crisis empresarial pues, mientras en la organización comercial existe una intermediación en el cambio de cosas, bienes, productos, y/o servicios que apareja un “flujo de fondos” en el caso de las personas humanas, al no realizar actividad económica organizada, los ingresos no tienen dicha característica.

26 ALEGRÍA, Héctor, “Objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual”, Suplemento de Concursos y Quiebras, La Ley, abril 2009.

27 CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, Depalma, Bs. As., 1981, t. 1, p. 241.

Para decirlo como lo explica Ariel Dasso²⁸ “la crisis del consumidor constituye un fenómeno totalmente diverso al de la crisis del empresario.”

Así, la crisis del empresario resulta connatural al mundo de los negocios en el que el riesgo, explica el incumplimiento como una consecuencia evolutiva del mundo negocial, cuyo remedio se encuentra en la vía concursal.

II. 3. El presupuesto del sobreendeudamiento.

Por el contrario, 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.

Esta línea, Belén Japaze²⁹ expresa que el sobreendeudamiento remite a la idea de un endeudamiento excesivo y como es evidente esta calificación alude a un concepto relativo –el exceso- puesto que el límite entre la toma de deuda razonable o excesiva dependerá del patrón con el que se compare el endeudamiento.

Así la confrontación del pasivo con el activo disponible permitirá determinar el grado de endeudamiento y concluir sobre su eventual carácter excesivo.³⁰

En una palabra, el consumidor normalmente carece de activos o si los tiene son mínimos y por ello, su capacidad económica de generar ingresos tiene relación con la retribución de su trabajo y los bienes comprometidos son sus derechos elementales para una vida digna.

De allí, que el maestro Dasso³¹ puntualiza que “fácil es advertir que siendo distinto el bien jurídico tutelado en el procedimiento de crisis empresarial, respecto del sobreendeudamiento del consumidor, cabía ponderarlo en forma específica.

Ahora bien, tampoco podía ignorarse que siendo tributarios en la ley concursal argentina del concepto de cesación de pagos e insolvencia, resultaba conveniente que el presupuesto objetivo de apertura del proceso especial para los consumidores fue amplio, facilitando la admisibilidad del procedimiento y de allí, el texto del art. 295 comprende ambos tipos de situaciones.

Tal como se advierte, siguiendo a la doctrina italiana, se define como sujeto sobreendeudado a aquél cuyo patrimonio presente un desequilibrio significativo entre su activo ejecutable y las obligaciones por las cuales dicho activo debe responder, caracterizando así al sobreendeudamiento propiamente dicho.

En este sentido, Belén Japaze coincide que el criterio seguido por la Comisión redactora y plasmado en el art. 295 es acertado pues, la asunción de una fórmula amplia en el presupuesto objetivo facilita la habilitación del remedio de conciliación y reordenamiento de deuda de la persona humana.

28 DASSO, Ariel A., El concurso del consumidor y otros sujetos, trabajo presentado en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal

29 JAPAZE, Belén, Economías domesticas y sobreendeudamiento, en Revista de Derecho de Consumo, año 1/2016, pág. 78

30 BARREIRO, Marcelo, Sobre la prevención del sobreconsumo, Ponencia presentada en el V Congreso Iberoamericano de Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal, Mendoza, 2009.

31 DASSO, Ariel A., ob. Cit.

II. 4. El presupuesto subjetivo.

Un debate también muy complejo se da con relación a quienes pueden ser considerados estrictamente consumidores a los fines del procedimiento especial de conciliación y saneamiento en atención a las zonas grises que se advierten en los microemprendimientos.

De allí que la Comisión optó por respetar el esquema establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación y puntualmente en el art. 320 de dicho cuerpo legal excluyendo del presente proceso a las personas humanas que realizan “actividad económica organizada”.

Así el texto puntualmente establece:

ART. 296.— Pueden acceder voluntariamente al procedimiento previsto en este Capítulo las personas humanas que:

- no realicen una actividad económica organizada ni resulten titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios;
- realicen una actividad como empleados públicos o privados en relación de dependencia;
- ejerzan una profesión liberal no organizada bajo la forma de empresa;
- realicen una actividad autónoma e independiente no organizada bajo la forma de empresa

La circunstancia de que dichas personas humanas se encuentren inscriptas como empleadores y tengan personal en relación de dependencia en número no mayor a tres (3) trabajadores, no obstará a su inclusión dentro del régimen regulado por el presente capítulo.

II. 4. a. Una primera aproximación.

En esta línea, siguiendo la legislación del derecho comparado sobre la insolvencia de personas naturales no comerciantes y, en especial, tutelando al consumidor sobreendeudado, se tiene en cuenta que la legislación al considerar el sujeto pasivo incorpora también a los profesionales liberales y a los pequeños deudores que trabajan para la satisfacción de sus necesidades, tal como lo hace la legislación colombiana, el decreto ley español³², el capítulo 13 de la Bankruptcy de Estados Unidos, y la Ordenanza Francesa 326 del 16/03/2014.

Así, la legislación francesa tiene en cuenta el endeudamiento del consumidor en tanto la crisis está generada en función de “deudas contraídas para el desarrollo de su profesión”, lo que puede conceptuarse “tan vital” como el generado en razón de la adquisición de bienes necesarios para la alimentación, la salud, la educación y toda otra exigencia calificada como doméstica.

Por ello, se admite al procedimiento cualquier deudor persona humana, sea que la causa de su situación de crisis sea el sobreendeudamiento propiamente dicho o que las dificultades financieras y/o patrimoniales devengan del ejercicio profesional no comercial.

32 El Real Decreto-Ley 1/2015 de España incorpora diferentes dispositivos vinculados a la problemática del sobreendeudamiento de consumidores pero la gran novedad es, sin dudas, la modificación del régimen de la llamada segunda oportunidad o exoneración del pasivo insatisfecho oportunamente diseñada por la ley 14/2013. La reforma incorpora a la ley concursal un nuevo art. 178 bis, bajo el título “Beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho” y modifica el art. 178 que lo precede.

En este sentido, se agrega que pueden estar inscriptos como empleadores en la medida que no tengan más de tres trabajadores, para permitir la incorporación de la hipótesis propia de los profesionales liberales y de las personas humanas que puedan tener personal doméstico, sin que ello implique ningún tipo de actividad empresarial.

Este aspecto ha sido cuestionado por alguna doctrina³³ señalando que además del consumidor propiamente dicho, es decir, a las personas que no realizan actividad económica organizada se ha agregado a quienes ejerzan una profesión liberal no organizada bajo la forma de empresa, habilitando la posibilidad de que tengan empleados lo que permitiría introducir a las PYMES.

A los fines de que se comprenda bien el alcance subjetivo del procedimiento, se transcribe la norma:

De la lectura del artículo, se sigue con meridiana claridad una directiva central con relación a los consumidores; rectius personas humanas que no realicen actividad económica organizada, excluyendo de esta forma cualquier tipo de actividad empresarial, aún las de las microempresas para quienes se introducen las modificaciones al capítulo IV.

II. 4. b. El alcance del precepto.

De tal modo, se advierte que quedan comprendidos en este procedimiento los empleados públicos o privados en relación de dependencia, justamente por sus ingresos fijos y cuando se agrega a los profesionales se señala puntualmente que no deben funcionar bajo la forma de una empresa.

Así, queda claro que la amplitud del presupuesto subjetivo tiende a proteger adecuadamente a los consumidores, es decir, a las personas humanas que no realizan actividad económica organizada pero, incorporando a los profesionales y trabajadores autónomos que no titulizan una empresa.

Desde esta perspectiva, su definición puede generar polémica, pues la propia Aida Kemelmajer de Carlucci³⁴ se preguntaba quién es el consumidor sobreendeudado, advirtiendo las zonas grises que esta figura trae cuando se trata de personas humanas que no realicen actividad económica organizada.

De todas formas, la profesora tucumana Belén Japaze³⁵ señala que al momento de establecer si estamos frente a una situación de endeudamiento vinculada a la actividad lucrativa del sujeto o ajena a la misma, debemos acudir a criterios de cierta flexibilidad y, en caso de duda, estar a la interpretación más favorable del consumidor.

Por ello, entendemos, que incorporar los profesionales que no están organizados bajo la forma de empresa es una laudable intención que deberá ser adecuadamente ponderada por el intérprete.

33 SISTERNA, María de las Mercedes, El concurso del consumidor sobreendeudado, a la luz del proyecto de reforma a la Ley 24.522.

34 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, junio 2008

35 JAPAZE, Bélen, ob. Cit.

II. 5. Juez competente

La definición del juez competente podría haberse remitido al art. 3 de la ley 24522 pero, cabe reconocer que dicha norma esta enderezada a la actividad empresaria aún cuando refiera a las “personas físicas” pues habla del lugar de la administración y, por el contrario, el deudor sobreendeudado tiene domicilio real allí donde reside. De allí que la norma puntualmente expresa:

ART. 297.— Corresponde intervenir en el presente procedimiento al juez con competencia ordinaria del lugar del domicilio del deudor, entendiendo por tal al lugar de residencia habitual o donde desempeña su actividad profesional, en los términos de los arts. 73 y 76 del Código Civil y Comercial de la nación.

Con relación, a la asignación de competencia el art. 297 establece una máxima propia del derecho consumeril como es el domicilio del deudor.

Así, se tiene en cuenta el domicilio real de la persona humana, definido en el Art. 73 del Nuevo Código Civil y Comercial que lo establece “en el lugar de la residencia habitual” y, si ejerce actividad profesional lo tiene en el lugar del cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.

También se tiene en cuenta la situación del domicilio ignorado a los fines de solucionar casos donde el deudor no tenga un domicilio fijo.

Por último, cabe recordar que como dice el art. 78 el domicilio determina la competencia de las autoridades pero que en materia concursal no existe prórroga pues esta norma atributiva es de orden público y máxime cuando se trata de un consumidor, art. 36 de ley 24240.

II. 6. Instancia del procedimiento

Aún cuando la apertura del procedimiento es a instancia de parte, en este caso del consumidor sobreendeudado, debe tenerse presente el rol activo del juez concursal y la tutela constitucionalizada del estatuto del consumidor y consecuentemente tener presente el impulso de oficio, contemplado en el art. 274 de la ley concursal y el principio de verdad real que impera en esta materia. De tal modo, aún cuando se le haya pedido la quiebra o esta haya sido declarada la preferencia de este procedimiento luce nítida en el Anteproyecto. Así, el artículo dispone lo siguiente:

ART. 298.— El procedimiento podrá ser solicitado exclusivamente por el deudor, o por apoderado con facultad especial, mientras no haya sido declarado en quiebra. Declarada la quiebra, el deudor podrá hacer uso de la facultad prevista en el art. 90, con el objeto de convertir el trámite en el procedimiento previsto en el presente Capítulo, en el mismo plazo, y con los efectos y alcances fijados en el art. 91.

El esquema legal sigue la tradición argentina de que es el deudor, es decir el consumidor sobreendeudado, quien pide la apertura del procedimiento especial, debiendo destacarse que ésta vía es prevalente frente a un pedido de quiebra, mientras no se encuentra declarada.

Va de suyo que, como este proceso especial integra la ley 24.522, al consumidor se le puede pedir la quiebra y, ante dicha petición, el deudor que se encuentre sobreendeudado puede, en la oportunidad del art. 84, pedir el acogimiento al presente proceso.

Además, si así no lo hubiese hecho, y aun cuando se haya declarado la quiebra, también tiene la facultad de convertirla tal como expresamente lo señala la norma proyectada.

III. Los elementos de la demanda.

III. 1. Los recaudos formales.

Los requisitos formales que se exigen son los propios del pequeño deudor que normalmente no tendrá contabilidad alguna y, por ende, sólo podrá explicar las causas de su situación patrimonial y acompañar detalles del activo y del pasivo, como así también la nómina de sus acreedores, para que el juez pueda analizar la situación de sobreendeudamiento.

Por ello, los recaudos enumerados no deben exigirse con el rigor formal del procedimiento concursal ordinario y por el contrario, se encuentra de por medio la tutela judicial efectiva que debe concederse a los consumidores sobreendeudados, Art. 42 de la CN.

Por su parte, el requerimiento sobre los empleados en relación de dependencia, tiene en cuenta a los profesionales liberales que puedan tener colaboradores, como así también, a las personas humanas que tienen personal doméstico.

Veamos brevemente la información requerida.

ART. 299.— Son requisitos formales de la petición de apertura del procedimiento previsto en el presente Capítulo:

- Suministrar al juez los datos completos de identificación del deudor, incluyendo su nombre, copia del documento nacional de identidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, estado civil, actividad o profesión, y dirección de correo electrónico, ésta última si la tuviese.

Tal como se advierte, este recaudo tiende a la individualización del sujeto deudor y se relaciona directamente con el presupuesto subjetivo contemplado en el art. 296, es decir, debe tratarse de una persona que no realiza actividad económica organizada, no resulte titular de una empresa o establecimiento comercial.

En una palabra, debemos estar frente a un empleado, público o privado; o quien realice una actividad “autónoma” pero no organizada bajo la forma de empresa, o tratarse de una profesional liberal que tampoco este organizada negocialmente.

De lo contrario, si no se dan dichas características, el sujeto no estará legitimado para peticionar este procedimiento, siempre teniendo presente las claras enseñanzas de Belén Japaze³⁶ en cuanto explica que hay que tener un criterio flexible y que en caso de duda rige el principio “in dubio pro consumidor”, art 3 de la ley 24240 y 1094 CCCN.

- Explicar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la situación de sobreendeudamiento, las dificultades económicas o financieras de carácter general o el estado de cesación de pagos —según sea el caso— e identificar y señalar los hechos por los cuales alguna de estas circunstancias se hubieran manifestado.

Aún cuando se trate de un consumidor, la ley exige que explique las causas de su situación

36 JAPAZE Belén, ob. cit.

patrimonial, en una palabra, cuáles fueron los motivos que lo llevaron a la situación de sobreendeudamiento, justamente para conocer lo sucedido con las deudas domésticas y/o profesionales no lucrativas y eventualmente poder insinuar una salida o solución de la situación que lo aqueja.

En esta línea, no puede obviarse el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Rinaldi³⁷.

En dicha oportunidad, el Alto Tribunal Federal, puntualizó que el problema del sobreendeudamiento ha motivado que en diversos países se autoricen medidas vinculadas con la intervención en el contrato, otorgando plazos de gracia y promoviendo refinanciación a través de terceros.

En el fallo citado, la corte reconoce un derecho a la protección del consumidor sobreendeudado elevándola al rango de derecho fundamental vinculado con la dignidad de la persona humana y reflexiona sobre la necesidad de repensar los niveles de tutela.

Por ello podemos decir, siguiendo a María Belén Japaze³⁸, si la Corte Suprema ha impuesto un estándar de protección del consumidor sobreendeudado en causas singulares, con mayor razón, dichas consideraciones se potencian cuando se trata de diseñar dispositivos para gestionar la crisis de los sectores vulnerables en situación de sobreendeudamiento y, de allí, la necesidad de que la persona humana que requiere este tipo de tutela explique los motivos de su situación.

- Acompañar, con carácter de declaración jurada, un estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, los criterios seguidos para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio y la documentación contable que se llevare voluntariamente.

En la mayoría de los casos al tratarse de empleados o monotributistas que trabajan “para vivir” no tendrán contabilidad alguna, pese a lo cual se les requiere que describan los bienes que integran su activo y su pasivo, para conocer la situación de sobreendeudamiento y, de allí, la necesidad de que se indiquen los criterios seguidos para la valuación de los bienes y todo dato necesario para conocer debidamente el patrimonio.

En esta línea, hay que tener muy presente la tutela de la vivienda personal de conformidad en los arts. 244 y ss. del CCCN, como así también cuando se trata de conyuges y/o convivientes lo dispuesto por los arts. 456 infine y 522 del CCCN que establecen que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración de un matrimonio o de inscripta la convivencia, salvo que la obligación haya sido contraída por ambos o haya existido asentimiento.

Va de suyo que también se debe tener presente cuales son los bienes que puede alcanzar el procedimiento a tenor del art. 744 del CCCN.

- Acompañar, con carácter de declaración jurada, la nómina de acreedores, con indicación de sus domicilios, sus direcciones de correo electrónico, montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados o responsables y privilegios, con copia de la documentación sustentatoria de la deuda

37 Rinaldi, Francisco A. y otros contra Guzman Toledo, Ronal C. y otra. La Ley 2007-B-43.

38 Japaze, María Belén. “Economías domésticas y sobreendeudamiento. Destinatarios de una regulación impostergable” Revista Derecho del Consumo, Año 1, 2016 – 1, Ed. Fidas, pag. 76

denunciada, que tuviera en su poder. Debe agregar, en su declaración, el detalle de los procesos judiciales o administrativos de carácter patrimonial en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación.

La nómina de los acreedores y la documentación de la deuda resultan fundamentales en el caso de los consumidores porque, en la mayoría de los supuestos, se tratará de “deudas domésticas”.

Dicho de otro modo, no será siempre sencillo establecer el origen de las deudas contraídas o el destino de los bienes y servicios contratados. Asimismo, la toma de créditos puede explicarse en la necesidad de refinanciar deudas anteriores y, el uso de las tarjetas de crédito, sea probablemente una característica en este tipo de presentaciones.

En esta inteligencia no puede ignorarse que el sobreendeudamiento requiere analizar de qué manera han impactado los modos de financiación en la economía de la persona en concreto y la eventual capacidad de respuesta de la persona, como así también las responsabilidades de los dadores de crédito.

- Denunciar la existencia de proceso concursal anterior y justificar, en su caso, que no se encuentra dentro del período de inhibición que establece el artículo 59, o el desistimiento del concurso si lo hubiere habido.

En este sentido, la norma es una reedición del principio de buena fe para evitar el abuso en el uso del proceso.

- Acompañar nómina de empleados, si los tuviere, con detalle de domicilio, categoría, antigüedad y última remuneración recibida. Deberá acompañarse también declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social.

Tal como hemos explicado se habilita que el consumidor que utilice este procedimiento pueda tener hasta tres empleados y de allí, la necesidad de acompañar esa nómina y la eventual existencia de deuda laboral y previsional.

- Acompañar certificado de su inscripción ante la autoridad tributaria, en caso de existir.

Como el consumidor puede ser un cuentapropista o trabajador autónomo que tenga inscripción tributaria, aún cuando no realice actividad económica organizada, se requiere que acompañe la correspondiente inscripción en caso de existir, de manera tal de conocer exactamente su situación particular.

- El escrito y la documentación agregada deben acompañarse con dos (2) copias firmadas.
- Cuando el deudor lo requiera, o en su caso el tribunal lo estime necesario, ponderando los requisitos legales con criterio de razonabilidad, según las circunstancias del deudor, se podrá otorgar un plazo de diez (10) días desde la presentación, para completar la información que se estime necesaria para habilitar el procedimiento pudiendo dispensarse del cumplimiento de algún requisito que el juez no considere pertinente.

Por último, la norma establece una directriz central distinta a la del proceso ordinario pues, no solamente concede el plazo de gracia para completar los recaudos necesarios para habilitar el proceso, sino que señala que estos deben ser ponderados con flexibilidad y razonabilidad pues se

trata de facilitar la tutela, atento a que el régimen tutela la dignidad de vida de la persona humana que no realiza actividad económica organizada.

Desde otro costado, también se exige la constitución de domicilio procesal y a esos fines el art. 300 establece como recaudo procesal el cumplimiento de dicho recaudo.

ART. 300.— Se aplica la norma contenida en el art. 12 en lo pertinente. El presentante deberá constituir domicilio electrónico y denunciar un teléfono de contacto en los que el conciliador pueda efectuar válidamente las comunicaciones necesarias.

III. 2. Plazo para resolver

Como no podía ser de otro modo se establecen taxativamente cuales son las causales de rechazo del procedimiento y que, en este caso, la resolución judicial resulta apelable.

Así, el art. 301 puntualmente señala que: “Presentado el pedido o, en su caso, vencido el plazo que acuerde el juez, éste se debe pronunciar dentro del término fijado en el art. 13.

Debe rechazar la petición, cuando el deudor:

- no sea sujeto susceptible de acceder al procedimiento regulado en el presente Capítulo;
- si no se ha dado cumplimiento al artículo 295;
- si se encuentra dentro del período de inhibición que establecen los artículos 59 y 312, o
- cuando la causa no sea de su competencia. La resolución es apelable”

Al igual que el concurso preventivo, el nuevo capítulo prevé que el juez tiene un plazo de 5 días para pronunciarse sobre la procedencia de la apertura del procedimiento.

Asimismo, se mantienen las causales de rechazo propias de éste tipo de procesos, en orden al encuadramiento del deudor, y si bien, se faculta el rechazo en caso de incumplimiento de los recaudos formales, se ha establecido el principio de “tutela judicial efectiva” como directiva central de su correcta inteligencia, relacionando el art. 299 y 301, de manera tal que el juez debe tener un criterio de flexibilidad y razonabilidad en orden a la habilitación del proceso pues se encuentra de por medio la dignidad de la persona sobreendeudada, art. 1097 del CCCN.

IV. La apertura del proceso de conciliación.

IV. 1. El contenido de la resolución de apertura

Este procedimiento tiene como “figura central” al juez y al conciliador, pues la ley busca que el deudor logre un acuerdo con los acreedores, de allí que se faculte al primero a tomar todas las medidas necesarias a esos fines, tal como lo establece el art. 36 del CPCCN, incluso dar las instrucciones pertinentes a las partes y al conciliador para facilitar el eventual convenio, de conformidad a las pautas que establece el artículo que se transcribe:

ART. 302.— Cumplidos en debido tiempo los requisitos legales, el juez debe dictar resolución que disponga:

- La declaración de apertura del procedimiento, identificando al deudor.

- La designación de un conciliador de la lista para que intervenga en el procedimiento. Los conciliadores sólo podrán ser abogados o contadores. Se aplicará el art. 253 a los efectos de la inscripción, selección y designación y, en cuanto sea pertinente, rigen los arts. 255, 256 y 258.
- La orden de publicar edictos durante dos (2) días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del juzgado, los que deberán contener los datos referentes a la identificación del; los del juicio y su radicación; el nombre y domicilio del conciliador, y la citación a los acreedores para que formulen sus pedidos de verificación de sus créditos ante el conciliador dentro de los diez (10) días de la fecha de publicación del último edicto observando las disposiciones contenidas en el art. 32.
- La inhibición general para disponer y gravar bienes registrables del deudor, la que será anotada en los registros pertinentes.
- La publicación de edictos será gratuita; debiendo llevarse a cabo dentro de los cinco (5) días desde la aceptación del cargo del conciliador, y su diligenciamiento estará a cargo del deudor.

El anteproyecto crea la figura del “conciliador”, como una alternativa “diferenciada” de los estudios de síndicos clase A y de la sindicatura clase B, en atención a la especial preparación que debe tener este funcionario.

El conciliador puede ser abogado o contador, con una antigüedad de cinco años de ejercicio profesional, sin perjuicio que también se inscriban para tal cargo los integrantes de los estudios de contadores y los síndicos clase B, siempre y cuando se tenga en cuenta que no bastan los conocimientos de las ciencias contables, sino que el conciliador debe ser un experto en el Estatuto del Consumidor y manejar muy especialmente los tratados de derechos humanos que se encuentran en juego en esta temática.

A esos fines y de conformidad a los arts. 253 y sgtes. las Cámaras con competencia concursal deberán articular la confección de los listados de conciliadores para la actuación en estos procesos.

Hasta tanto, una norma supletoria habilita a los síndicos clase B a actuar como conciliadores.

Este funcionario es el que tiene a su cargo la recepción de los pedidos de verificación por parte de los acreedores y el que deberá informar oportunamente al juez sobre quienes han concurrido a insinuarse en el pasivo del deudor, como así también la documentación en que se basan, el monto, causa y eventual privilegio del crédito, siendo relevante la opinión que se vierta sobre su procedencia.

Asimismo, la efectiva tutela del consumidor conlleva a que la publicación de edictos esté a su cargo, pero, en caso de incumplimiento, el desistimiento sólo apareja un plazo de inhibición de seis meses.

En igual línea, se ordena la inhibición general para disponer y gravar bienes registrables del deudor la que será anotada en los registros pertinentes.

En una palabra, el conciliador no solo se vuelve un “controlador” de la actividad de la persona humana sobreendeudada sino que debe tener muy presente el principio de educación para el consumo y la dignidad de aquella.

IV. 2. Efectos de la apertura.

Las consecuencias jurídicas de la apertura del procedimiento especial trata de tener en cuenta la especial situación de la persona humana sobreendeudada y de allí que se dispongan las siguientes pautas:

La norma en cuestión dispone que (art 303): La apertura del procedimiento produce los siguientes efectos:

- La suspensión por 90 días de todos los juicios de contenido patrimonial por causa o título anterior a su presentación, no pudiendo deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos, incluidas la ejecución de créditos prendarios y/o hipotecarios y desalojos de la vivienda particular del deudor o del lugar donde lleva a cabo su labor profesional.

Los expedientes permanecerán en los Juzgados originariamente asignados y los acreedores deberán acreditar su condición con copia certificada a presentar ante el conciliador, cuando sean convocados a los efectos de su reconocimiento.

- La suspensión de los intereses de los créditos del deudor, con excepción de los créditos garantizados con garantías reales que prosiguen en la medida que alcanza el asiento del crédito.
- Quedan sin efectos todas las medidas cautelares trabadas sobre los bienes y honorarios del deudor y en especial los embargos sobre los sueldos y salarios.
- El conciliador tiene las facultades de contralor de la situación patrimonial del deudor, aplicándose el régimen establecido por los arts. 15 y 16 de la presente ley, a cuyo fin el juez puede autorizar para tutela personal del deudor y de su familia el pago de las cuotas correspondientes a las coberturas de salud de obras sociales o empresas de medicina prepaga.
- La apertura de la etapa de conciliación, la cual se extenderá por 90 días desde la última publicación de edictos en el cual el conciliador tendrá por misión promover y facilitar acuerdos entre el deudor y sus acreedores”.

Los efectos de la apertura son fundamentalmente la suspensión de todas las acciones dirigidas en contra del pequeño deudor y especialmente, las ejecuciones de créditos con garantías reales para habilitar la posibilidad de un acuerdo.

Cabe destacar, que a diferencia del concurso preventivo este procedimiento también suspende las ejecuciones de garantías reales pues, se encuentran de por medio las condiciones de vida de la persona humana sobreendeudada e incluso se suspende el desalojo de la vivienda y del lugar de trabajo del profesional.

En orden a la vivienda, si es familiar estará tutelada por el régimen de los arts. 456 y 522 de la CCCN o incluso por el nuevo esquema de los arts. 244 y ss. del ordenamiento citado.

Va de suyo que quedan sin efecto todas las medidas cautelares trabadas en juicios singulares en atención a que la resolución de apertura de este proceso universal ordena la anotación de la indisponibilidad general de los bienes y, en especial, se ordena el cese de todo tipo de descuento sobre el salario y/o retribución del consumidor, justamente para permitir que recupere el nivel de vida que tiene como sustento la dignidad de la persona humana.

En igual sentido, el conciliador tiene las mismas facultades que el síndico en el concurso preventivo, en cuanto controla la situación patrimonial del deudor pero, no es el mismo funcionario pues debe estar imbuido del contenido del estatuto del consumidor para poder emitir opinión fundada sobre los créditos y las eventuales responsabilidades que se derivan de las obligaciones que el art. 42 de la Carta Magna, la ley 24240 y el CCCN imponen al proveedor en la relación de consumo.

Desde otro costado, este nuevo funcionario tiene el contralor de la actividad de la persona a los fines de que aquella no puede alterar la situación de los acreedores por causa anterior y respete el régimen de autorización que prevé el art. 16 en caso de actos extraordinarios, aplicándose en caso de violación lo dispuesto por el art. 17 en orden a la ineficacia de pleno derecho de dichos actos.

A su vez, el conocimiento del estado patrimonial del deudor le permite al conciliador ser un verdadero “facilitador y promotor” del acuerdo entre el deudor y sus acreedores, y en su caso, presentar su propio plan de saneamiento ante el juez.

En este sentido, la especial relación entre los acreedores y el deudor permite que el conciliador realice una labor fundamental en orden a la reorganización del pasivo, aspecto que puede ser presentado como una respuesta concreta ante el juez para que éste convoque a todas las partes y trate de arribar a un acuerdo que contemple todos los intereses en juego.

Por último, cabe señalar que la etapa de conciliación se extiende por el plazo de 90 días, período en el cual se procederá a la verificación de créditos, a la presentación del informe individual y a promoverse el proceso conciliatorio para lograr el acuerdo entre el deudor sobreendeudado y sus acreedores.

Asimismo, se puntualiza especialmente que el proceso no afecta la legitimación del deudor el que puede continuar con sus tareas, de conformidad al texto del art. 304 que se transcribe:

“La apertura del proceso no afecta la legitimación del deudor, el que conserva sus facultades para desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia, debiendo aplicarse la obligación de residencia reglada en el art. 25”.

Por último, el art 305 establece que el desistimiento del procedimiento solo se produce si el deudor no cumple con la publicación de edictos pero el plazo de inhibición previsto en el art. 31, último párrafo, se reduce a seis (6) meses.

V. Período de conciliación.

V. 1. El conciliador como promotor del acuerdo.

El período de conciliación se inicia desde la última publicación de edictos, pues es en ésta oportunidad donde los acreedores toman conocimiento del proceso y de quien es el conciliador y su domicilio para presentarse a pedir la verificación.

Asimismo, se establece que el conciliador deberá informar al juez la nómina de los acreedores que considera admisibles, como así también de las eventuales exclusiones, acompañando la documentación pertinente en cada legajo, a los fines de que el tribunal dicte la respectiva sentencia de admisión en el pasivo.

Una vez dictada la sentencia de verificación por el juez se inicia la etapa conciliatoria propiamente dicha, con un plazo de vigencia de 60 días y donde, en caso de no lograrse acuerdo,

el conciliador puede proponer su propio plan de saneamiento, tal como explicamos supra, y en cualquier etapa del proceso, el juez tiene facultades para convocar a audiencias conciliatorias buscando la concreción del acuerdo.

Tal como se advierte, aún antes de llegar al esquema de las mayorías, tanto el conciliador como el juez tienen un rol muy “activo” en el acercamiento de los intereses de las partes, de manera tal que los acreedores comprendan el estatuto del consumidor requiere de vías de saneamiento específicas y de un esfuerzo compartido que otorgue una segunda oportunidad al deudor sobreendeudado, sin perjuicio de analizar tanto la conducta de los acreedores “dadores de crédito” como del consumidor en orden a las causas de su situación de endeudamiento.

Todas estas particularidades tiñen especialmente este proceso y, consecuentemente, demuestran las especiales calidades que debe tener el conciliador y consiguiente información que debe proveer ser juez en sustento de los convenios que se propugnan.

El sistema conciliatorio requiere las mayorías del art. 45 de la LC y en caso de no lograrse acuerdo faculta al conciliador a proponer un plan, que habilite el saneamiento de su situación patrimonial.

De tal modo, el texto legal puntualmente expresa:

ART. 306 El periodo de conciliación se extenderá por 90 días corridos desde la última publicación de edictos, etapa durante la cual el conciliador tendrá por misión determinar provisionalmente el pasivo y facilitar acuerdos entre el deudor y sus acreedores.

Durante el período de conciliación se llevarán a cabo las siguientes gestiones:

El funcionario designado recibirá la documentación que le presenten los acreedores y corroborará la denuncia del deudor a los fines de procurar celebrar acuerdos para la satisfacción de las obligaciones pendientes de cumplimiento.

Los acreedores tendrán un plazo de 10 días desde la iniciación de la etapa de conciliación para presentarse ante el conciliador o solicitar la verificación de sus créditos.

Vencido dicho plazo, y en igual término, el conciliador deberá informar al juez la nómina detallada de los acreedores cuya verificación o admisibilidad recomienda, como así también de las eventuales exclusiones acompañando la documentación pertinente en sus respectivos legajos.

El juez en el plazo de diez (10) días deberá dictar la sentencia de verificación, con los efectos del art. 36 último párrafo.

El funcionario promoverá el proceso conciliatorio y podrá celebrar tantas audiencias como considere necesarias, convocando a ellas al deudor y a los acreedores.

La etapa concluye por el vencimiento del plazo o cuando se obtuviere la conformidad de acreedores que representen la mayoría absoluta del capital verificado y declarado admisible, rigiendo el régimen de exclusiones del art. 45.

En caso de no lograrse acuerdo, el conciliador propondrá una fórmula de repago y cualquier otra que estime conveniente ante el Juez.

De texto de la norma se sigue que el conciliador es el que recibe la documentación que le presentan los acreedores, en un plazo de 10 días, a cuya finalización el funcionario debe informar al juez la nómina detallada de los acreedores que considera admisibles, como así también de aquellos que entiende deben excluirse del pasivo.

Es función del conciliador cotejar la documentación que le presenten los acreedores, con la denuncia del deudor y podrá convocarlos a tantas audiencias como considere necesario.

Dentro del plazo de 10 días de vencido el plazo de verificación, informa y recomienda el juez la admisibilidad o rechazo de los presentados y las eventuales exclusiones, en legajos separados. El Juez debe dictar dentro de un nuevo plazo de 10 días la sentencia de verificación con los mismos efectos del art 36 in fine (art. 306).

A su vez, el magistrado tiene otros 10 días para dictar la sentencia de verificación.

De todas formas y tal como se sigue del juego de los artículos 302 inc. 2, 303 inc. 4 y 5, conjuntamente con lo previsto en la manda contenida en el inc. 3 del presente artículo, el funcionario debe promover el proceso conciliatorio entre el deudor y los acreedores y, a esos fines, podrá celebrar tantas audiencias como considere necesarias, a cuyo fin convocará a las partes.

El esquema legal establece que la etapa conciliatoria concluye cuando se obtuviere la conformidad de acreedores que representen la mayoría absoluta del capital verificado y declarado admisible, rigiendo el régimen de exclusiones del art. 45.

Tal como se advierte, éste procedimiento ha flexibilizado las mayorías concordatarias pues, sólo resulta necesario lograr las mayorías de capital y, en caso contrario, se dispone que el conciliador está facultado para proponer una fórmula de repago y/o cualquier otra solución que estime conveniente ante el juez, todo lo cual se correlaciona con las facultades que se le otorgan al magistrado para imponer el plan de reorganización, art. 309 inc. 3 y 4.

En este aspecto, y en correlación con lo que dispone la Ley de Defensa al Consumidor, el juez tiene facultades para integrar el acuerdo.

El deudor conserva sus facultades para su actividad artesanal, profesional o en relación de dependencia (art. 304).

V. 2. Forma y contenido de los acuerdos

La finalización de la etapa conciliatoria concluye con la firma del instrumento del convenio, el que puede tener diversas categorías, a los fines de dotar de máxima flexibilidad las alternativas concordatarias, todo lo cual debe ser informado al tribunal, en el plazo de 48 hs. de concluir el plazo de 90 días, dando cuenta de las mayorías obtenidas, y del convenio que se haya conformado entre el deudor y los acreedores.

En caso contrario, el conciliador deberá formalizar su propio plan de saneamiento el que quedará a estudio del tribunal a los fines de la etapa homologatoria.

ART. 307 El conciliador deberá comprobar, bajo su firma y autoridad, los acreedores que están en su presencia, sea en forma personal o por apoderado.

Se aplica el art. 70, en cuanto el o los acuerdos deben ser otorgados por instrumento firmado por el conciliador debiendo los documentos habilitantes de la representación de los acreedores estar debidamente certificados por escribano público o mediante poder otorgado ante el Secretario del Juzgado.

Los acuerdos podrán habilitar diversas categorías y ser diferentes respecto de cada acreedor pudiendo pactarse quitas y esperas sin límite temporal, ni cuantitativo, y toda otra fórmula que

obtenga la conformidad de los acreedores.

Dentro de las dos (2) días de vencido el plazo de conciliación, el conciliador informará al juez sobre los acuerdos, presentándole los convenios a los que se hubiere arribado, con la expresa indicación del porcentaje de acreedores y capital de créditos que hubieran conciliado.”

El artículo en comentario, establece que los acuerdos deben ser otorgados por instrumento firmado ante el conciliador, debiendo los documentos habilitantes de la representación de los acreedores estar debidamente certificados por escribano o poder otorgado ante el Secretario del juzgado.

Además, los convenios pueden habilitar diversas categorías y ser diferentes respecto de cada acreedor pudiendo pactarse quitas y esperas sin límite temporal ni cuantitativo y toda otra fórmula que obtenga la conformidad de los acreedores.

Tal como se advierte, tratándose de una persona humana se flexibiliza la posibilidad de que existan diversos acuerdos, tanto por el carácter del acreedor como por la capacidad de pago del deudor.

Además, se señala que vencido el plazo de conciliación el funcionario informará al juez sobre los acuerdos a los fines de que este haga saber su existencia mediante resolución que se notificará en el expediente para habilitar la etapa impugnativa prevista en el art. 308; el que puntualmente dice “presentados los acuerdos en el expediente el juez hará saber de su existencia mediante resolución que se notificará por ministerio de la ley, momento a partir del cual correrá el plazo previsto en el art. 50 de la ley a los fines de dar cumplimiento a la etapa impugnativa.”

VI. Facultades homologatorias.

VI. 1. El acuerdo del deudor y los acreedores y el rol del magistrado.

En este aspecto, el sistema previsto reconoce la posibilidad de existencia de acuerdo entre el deudor y los acreedores, pero en caso de que éste no se obtuviese, se habilita un nuevo período conciliatorio para intentar superar las objeciones de los acreedores, a cuyo fin, el conciliador está facultado para presentar una fórmula de “repago”.

De todas formas, encontrándose de por medio un consumidor sobreendeudado, el esquema legal asume las facultades propias del estatuto protectorio de aquél y otorga al juez la facultad de imponer un plan de reorganización, valorando el tipo de créditos, el contexto familiar y social de deudor, y a esos fines, solo requiere que el o los acuerdos hayan obtenido una mayoría del 50% del capital.

Así, el texto proyectado puntualmente expresa:

ART. 309 Una vez vencido el plazo previsto en el artículo anterior, ya sea que exista acuerdo entre el deudor y los acreedores, o propuesta del conciliador o que se hayan realizado impugnaciones, el juez procederá a realizar el control de legalidad formal y sustancial de los acuerdos, respetando el principio de buena fe y evitando el abuso del derecho en el convenio, previa intervención del Ministerio Público Fiscal.

A tal efecto, el juez podrá:

- analizar la eventual procedencia de las impugnaciones que pudieran existir, y en su

caso, habilitar un nuevo período conciliatorio por treinta (30) días a cuyo fin dará nueva intervención al conciliador, para que intente la superación de los planteos realizados por los acreedores.

- homologar en caso que lo estime ajustado a derecho.
- en el supuesto que no se alcanzara acuerdo alguno, podrá imponer un plan de reorganización que considere razonable, valorando la naturaleza de créditos, origen, el contexto social y familiar del deudor y su conducta, tanto antes como durante el proceso.

En todos los casos el juez tiene la facultad para integrar el acuerdo, mediante resolución fundada, aumentando o reduciendo plazos y adecuando los montos de las cuotas pactadas, en tanto lo considere pertinente a fin de asegurar el cumplimiento de lo acordado sin afectar subsistencia decorosa del deudor y la de su familia.

El acuerdo tiene los efectos consignados en la Sección III del Capítulo V del Título II”.

El procedimiento tiene en cuenta cuatro cuestiones fundamentales:

En primer lugar, la posibilidad de habilitar otra etapa conciliatoria en el supuesto de que las impugnaciones de los acreedores, tuviesen sustento y a los fines de que el conciliador intente una alternativa superadora.

En segundo lugar, el juez puede homologar el acuerdo si lo estime ajustado a derecho.

En tercer lugar, si el acuerdo no obtuviese las mayorías legales, se faculta al juez a imponer el mismo o el plan del conciliador, siempre con una base del cincuenta por ciento de capital de los acreedores con derecho a voto.

A esos fines, en cuarto lugar, se lo faculta a integrar el acuerdo morigerando los montos o reduciendo plazos, de manera tal que el esquema de reorganización permita al deudor su cumplimiento sin afectar su dignidad personal y la subsistencia de su familia.

VI. 2. Acreedores no admitidos

Como no podía ser de otro modo, la normativa habilita el recurso de revisión por parte de los acreedores que no han sido admitidos en el pasivo.

En igual línea, se habilita la verificación tardía para los acreedores que no se presentaron en tiempo propio pero acotando el plazo del art. 56 de la LC al período conciliatorio.

Así, el texto proyectado establece que:

ART. 310 Los acreedores y el deudor, en su caso podrán presentarse al juez en un plazo de diez (10) días a fin de solicitar la revisión de la declaración de admisibilidad o inadmisibilidad de los créditos dispuestos por el juez.

A esos fines, en el plazo de cinco (5) días el juez designará una audiencia, la que se llevará a cabo con la participación del conciliador, en acreedor y el deudor y donde se receptorá toda la prueba ofrecida, oportunidad en la que invitará a las partes a conciliar.

La audiencia será pública y el procedimiento oral. La prueba será producida en la misma audiencia y, solo en casos excepcionales, el juez podrá fijar una nueva audiencia para producir la

prueba también, la que deberá celebrarse en un plazo máximo e improrrogable de diez (10) días.

Una vez concluido el procedimiento, el tribunal resolverá la incidencia en el plazo de cinco (5) días.

Los acreedores que no se hubieran presentado tempestivamente tendrán la posibilidad de formular su pedido de verificación tardía hasta la conclusión del período conciliatorio, el que tramitará según el procedimiento pautado en el párrafo precedente.

La resolución que admita al acreedor y su crédito deberá, además, indicar cómo, cuánto y cuándo deberá el deudor pagar el monto admitido. Firme la decisión que desestima la pretensión del acreedor, o transcurrido el plazo previsto en el párrafo quinto, el crédito pierde toda exigibilidad.

Ambas decisiones son apelables”.

El artículo precedente plasma en un solo procedimiento lo que es el incidente de revisión y la verificación tardía, a los fines de la incorporación de los acreedores al acuerdo.

La norma contempla dos hipótesis, una la del clásico revisionista que se alza en contra de la sentencia que lo declara inadmisibile, dentro de los diez días de dictada la resolución del juez y la segunda hipótesis, es la del verificador tardío al que se le concede todo el período conciliatorio para insinuarse en el pasivo, y consecuentemente incorporarse en el acuerdo.

Por último, queda claro que los acreedores que no se presenten a verificar pierden el derecho creditorio que pudieran ostentar en un régimen más severo que la prescripción del art. 56 de la ley, constituyendo así una “norma de cierre” que permita al deudor concursado liberarse del pasivo anterior, no sólo por el efecto novatorio de las conformidades, sino también, por la caducidad del plazo para insinuarse en el pasivo concursal.

VI. 3. Cumplimiento o vicisitudes de los acuerdos

Por su parte, también se regla la conclusión del acuerdo y el consecuente levantamiento de la inhibición del deudor, como así también, el caso de incumplimiento del acuerdo, de conformidad al siguiente texto:

ART. 311 Una vez ejecutado el acuerdo el deudor podrá peticionar se declare su cumplimiento y el levantamiento de la inhibición originariamente trabada.

Cuando el deudor no cumple el acuerdo total o parcialmente, a instancia de acreedor interesado, el juez podrá derivar el conflicto al conciliador, a fin de que se intente una nueva negociación conclusiva del asunto. Tal período especial de renegociación no podrá extenderse por más de sesenta (60) días desde el requerimiento del acreedor pero este mecanismo podrá reiterarse en la medida que el juez lo estime razonable”.

El artículo establece, en primer lugar, que una vez cumplido el acuerdo, el proceso concordatario se da por concluido definitivamente, por lo que se levantan las medidas precautorias vigentes sobre el patrimonio del deudor.

A su vez, se regla el incumplimiento del acuerdo, habilitándose una etapa de “renegociación”, antes de disponerse la liquidación judicial.

Cabe destacar que la etapa de renegociación se explica perfectamente como una última

alternativa de “salvataje” de la persona humana, teniendo presente la dignidad de ésta y que como se trata de un “consumidor” con ingresos fijos y limitados, las fórmulas de reorganización empresaria no resultan viables.

Por ello, la Comisión entiende que no pudiendo articularse un esquema de salvaguarda típico de otro tipo de emprendimientos, se justifica ésta alternativa de renegociación en caso de incumplimiento, para restablecer la situación personal del deudor.

VI. 4. Inhibición

La Comisión analizó las diversas posiciones en torno al período de inhibición para volver a utilizar este remedio procesal, en función de las distintas soluciones que se dan en el derecho comparado, para concluir que el año establecido en aquel artículo 59 de la ley debe reiterarse por ser un período lo suficientemente razonable.

ART. 312 El deudor no podrá presentar una nueva petición para el sometimiento al régimen de este Capítulo, hasta después de haber transcurrido un (1) año, contados a partir de la fecha de cumplimiento del acuerdo o plan de reorganización impuesto por el tribunal, o de la clausura del proceso liquidatorio”.

En esta inteligencia, y como una forma de evitar el abuso de este tipo de procesos, se establece que no puede presentarse una nueva petición hasta después de un año de cumplimiento del acuerdo o plan de reorganización dispuesta por el tribunal.

VII. Liquidación judicial sin quiebra

VII. 1. Las notas del proceso liquidatorio del consumidor.

La especial situación de la persona humana insolvente y con una situación irreversible, desde el punto de vista conciliatorio, concluye sin quiebra, pero mediante la liquidación de los bienes que existieren.

En efecto, la clásica inhabilitación del art. 234 de la ley 24522 con los efectos del art 238 de dicho cuerpo legal deviene absolutamente incoherente con relación a la persona humana que no realiza actividad económica organizada; es más, no resulta aplicable.

De todas formas, el esquema legal que realice los bienes del consumidor tiene que tener muy en cuenta, que si bien rige el principio de responsabilidad del art. 743 del CCCN, resulta fundamental respetar las pautas del art. 744 en orden a los bienes inembargables, teniendo muy en cuenta la dignidad de la persona y la centralidad que esta directriz ostenta hoy en el ordenamiento jurídico argentino.

Por ello, los integrantes de la Comisión redactora del procedimiento del pequeño concurso entendimos que no correspondía que se declarase la quiebra del consumidor, pues, este tenía derecho a seguir trabajando o ejerciendo la profesión y, consecuentemente, lo que correspondía ordenar era simplemente la apertura de la etapa liquidativa pero, sin los efectos propios de la falencia y especialmente con relación a las consecuencias personales que devenían inaplicables.

Va de suyo que la liquidación produce el desapoderamiento de los bienes del consumidor pero modificando el art. 107 de la ley concursal pues, al no haber inhabilitación, lo que corresponde es la inmediata incautación de los bienes a los fines de su realización pero, como el deudor mantiene

su trabajo, sus nuevos ingresos y los bienes que adquiriera a partir de la presentación del informe general, constituyen una “nueva masa” que no puede ser agredida por los acreedores anteriores salvo las excepciones específicamente contempladas en el texto.

De tal modo, el art. 313 dispone lo siguiente: “En caso de que la conciliación fracasara, ante la imposibilidad de cumplir cualquier medida de saneamiento, el juez mediante resolución fundada abrirá el proceso liquidatorio, disponiendo la realización de los bienes por parte del enajenador que designe, habilitando las vías más idóneas para el mejor resultado del proceso liquidatorio y el restablecimiento del deudor. Asimismo, ordenará al conciliador que presente el informe general que prevé el art. 315.”

Esta resolución del juez habilita este proceso liquidatorio no falencial, con la realización de los bienes en forma inmediata, de manera tal que el conciliador debe hacer saber al juez el mejor modo de concretar dicha tarea, proponiendo la designación de enajenador, sea un martillero o algún especialista en atención a la naturaleza de los bienes.

A esos fines, la norma dispone la formulación del informe general para poder aplicar el régimen de ineficacia y de responsabilidad, que fuere menester de conformidad al principio de aplicación analógica establecido en el art. 319 del anteproyecto en caso que fuera necesario declarar la ineficacia de alguna operación “predatoria para el deudor” y/o iniciar las acciones de responsabilidad en contra de los dadores de crédito.

VII. 2. Facultades del deudor

El proceso liquidatorio implica el desapoderamiento del deudor pero con notas especiales.

Así, cabe reiterar que el desapoderamiento no implica la inhabilitación del deudor que mantiene las facultades de desarrollar tareas en relación de dependencia y profesionales y por ende, los bienes desapoderados son aquellos existentes al momento que se dispone la liquidación.

De tal modo, el deudor por ser una persona humana no pierde en ningún momento la capacidad de adquirir nuevos bienes, lo que implica la existencia de una “nueva masa” que no puede ser agredida por los acreedores anteriores, salvo como se señalará oportunamente los gastos de justicia del presente proceso, las obligaciones alimentarias del deudor, y los que constituyan créditos originados en daños a la persona humana.

La norma en cuestión establece las directrices comentadas:

ART. 314 La apertura del proceso liquidatorio implica el desapoderamiento de los bienes del deudor existentes a la fecha de la resolución del juez, sin perjuicio de lo cual el deudor conserva facultades y legitimación para desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia.

VII. 3. Informe General

Como sustento del proceso liquidatorio, el conciliador debe presentar el informe general en donde lucen especialmente la descripción de los bienes a realizar, su valor de realización y la composición del pasivo.

En esta línea, el funcionario debe establecer cual entiende que es la fecha inicial del sobreendeudamiento para poder habilitar el período de sospecha y en su caso las acciones de responsabilidad, tal como lo señala el art. 315 que se transcribe:

ART. 315 El conciliador deberá presentar en el plazo de treinta (30) días de iniciada la liquidación un informe general con el contenido del art. 39 en lo que fuere pertinente, en especial los incisos 1, 2, 3, 6 y 8.

Además, deberá pronunciarse sobre la eventual procedencia de acciones de responsabilidad patrimonial.

Esta pieza procesal estará a cargo de quien se desempeñó como conciliador y referirá especialmente a las causas de la situación patrimonial, a los bienes realizables, al pasivo que deba cancelarse, como así también a la fecha de cesación de pagos y la eventual existencia de actos revocables y/o de responsabilidad, tanto por parte del deudor como de los terceros, en especial, las empresas dadoras de créditos.

Un punto central que puede llevar al fracaso del sistema conciliatorio es el esquema de crédito “predatorio” por lo que el conciliador deberá pronunciarse sobre la eventual responsabilidad de los dadores de crédito en el informe general y de esta forma, tanto el Ministerio Público Fiscal como el Funcionario quedan habilitados para iniciar las acciones que corresponden.

VII. 4. Realización de Bienes – Enajenadores

En orden a la realización de los bienes, se prevé que el trámite liquidativo sea ágil y dinámico y no esté sujeto a criterios formales.

En esta línea, se pueden habilitar vías alternativas de ejecución de los bienes que sean idóneas para el mejor resultado, por ello el mismo conciliador está autorizado a vender los activos. Eventualmente, podrá designarse un martillero para la subasta judicial de los bienes o un especialista por la particular naturaleza de éstos.

ART. 316 La etapa de realización de bienes estará a cargo del enajenador, de conformidad a lo dispuesto por el art. 261, bajo el control judicial.

El texto legal puntualmente establece que esta etapa se encuentra a cargo del conciliador, bajo el control judicial y que obviamente se pueden designar enajenadores a martilleros, sin perjuicio de que, en casos especiales y de acuerdo al tipo de bien de que se trate, se pueda recurrir a especialistas.

VII. 5. Informe final - Proyecto de distribución

Tal como se sigue, el artículo establece que culminada la realización de los bienes, el conciliador presenta el informe final dando cuenta de cómo se llevó a cabo la liquidación y el producido a repartir entre los gastos de justicia y los acreedores de conformidad a los privilegios reglados en los artículos 240 y siguientes de la ley.

A esos fines, también se presenta en el mismo acto el proyecto de distribución que queda a la oficina y las eventuales observaciones son resueltas por el tribunal sin trámite alguno.

ART. 317 Una vez efectuadas las realizaciones e ingresados los fondos el conciliador deberá presentar el informe final sobre el producido de los bienes y el respectivo proyecto de distribución.

A esos fines se seguirá el siguiente procedimiento:

Una vez presentado en el expediente el informe final y el proyecto de distribución, quedarán a disposición de los acreedores por un plazo de cinco (5) días para que estos formulen las observaciones pertinentes.

El proyecto deberá contener una reserva para la regulación de honorarios del conciliador y demás funcionarios intervinientes teniendo en cuenta las pautas establecidas en el presente proceso.

Una vez resueltas las impugnaciones, el juez resolverá la reformulación del proyecto o su aprobación, y en su caso la correspondiente distribución de fondos.

El proyecto de distribución se notificará a cada acreedor a los domicilios electrónicos, o en su defecto, podrá ser consultado en la página de internet correspondiente o en el expediente.

Los fondos quedarán disponibles en el banco de depósitos judiciales luego de los cinco (5) días de la última comunicación.

Se aplicarán los artículos 228 a 233, en cuanto corresponda.

Como no podía ser de otro modo, el informe final debe detallar el resultado de los bienes realizados y de los gastos llevados a cabo, determinando la cifra a distribuir.

En esta inteligencia, deberá también explicar de que manera se proyecta la distribución entre los acreedores, todo lo cual queda a disposición de aquellos para que se formulen las observaciones.

Una vez resultas las observaciones, el juez debe ordenar la correspondiente distribución de los fondos notificando a cada acreedores a los domicilios electrónicos, y aquello quedan disponibles en el banco de depósitos judiciales.

Cabe destacar que según el resultado distribuido pueden darse todas las etapas conclusivas del proceso y de allí la remisión a los artículos 228 a 233 de la ley, los que se aplicarán en la medida que sean pertinentes.

VIII. Liberación del deudor

VIII. 1. El alcance del “fresh start”

La Comisión tiene en claro, luego del estudio de campo realizado en distintos tribunales del país, que la mayoría de éstos procedimientos concluyen por “falta de activo” y, de allí, que la persona humana, cuyo trato digno en el ordenamiento jurídico resulta una directiva central, merece lo que en el derecho comparado se llama “fresh start” es decir, un nuevo comienzo.

Para ello, se establece “la descarga” de todo el pasivo que ocasiono la situación de sobreendeudamiento o cesación de pagos, disponiéndose la extinción de los créditos por título o causa anterior a la liquidación.

En este punto, cabe aclarar que se exceptúa de la extinción de las deudas alimentarias que tenga el deudor a título personal y aquellas provenientes de daños a las personas.

Por último, también resultan exigibles los gastos de justicia de éste presente proceso de conformidad al artículo 318.

ART. 318 Descarga de deuda. Una vez realizados los bienes, si el producido del activo no

alcanzare para pagar los créditos se procederá al prorrateo de los fondos debiendo abonarse en primer lugar los gastos de justicia, y el saldo entre los acreedores reconocidos, respetando en su caso el régimen de privilegios dispuesto en la presente ley.

Una vez distribuido el resultado, el juez dictará una resolución en la que declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor vinculadas con el proceso, salvo los gastos de justicia, las obligaciones alimentarias, y los que constituyan créditos originados en daños a la persona humana, por daño moral y por daño material derivado de lesiones a la integridad psicofísica, no pudiendo ningún acreedor reclamar en el futuro saldo insoluto alguno.

El juez podrá imponer al deudor la realización de cursos dirigidos a la educación para el consumo con la finalidad de orientarlo y prevenir los riesgos que pudieran derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios, como así también ayudarlo a evaluar alternativas y a emplear los recursos en forma eficiente, con el objeto de evitar que puedan producirse situaciones futuras que lo coloquen nuevamente bajo los presupuestos señalados en el art. 295.

VIII. 2. Normas Procesales y principio de analogía en materia sustancial.

Atento a que este procedimiento de tutela del consumidor se integra como un nuevo capítulo de la ley 24522, el artículo descripto establece una remisión expresa a las normas generales procesales para evitar eventuales lagunas jurídicas.

Asimismo, y desde el punto de vista sustantivo, señala expresamente que el magistrado se encuentra habilitado para aplicar las normas análogas en aquellos supuestos que puedan no estar previstos expresamente.

Así, el art. 319 establece que:

ART. 319 En el presente trámite son aplicables las normas procesales generales contenidas en el art. 273, en lo que sea pertinente, y el juez atendiendo a la debida protección de los intereses de éste procedimiento y el interés general, podrá aplicar las normas que resulten análogas.

VIII. 3. Honorarios

La Comisión ha analizado el tema arancelario y consecuentemente, ha establecido un régimen típico por las características del proceso.

Así, en la etapa conciliatoria la base de regulación es el pasivo y no el activo que puede ser virtualmente inexistente. La escala es acotada en función de lo ágil y breve del trámite.

De todas formas, se establece una retribución sostén pero sensiblemente menor a la establecida en el régimen ordinario.

Para el supuesto de la liquidación se habilita una doble base económica de regulación para que se tome la más beneficiosa a los profesionales, dejándose subsistente a cualquier evento el piso mínimo ya establecido para la etapa conciliatoria.

ART. 320 La regulación de honorarios del letrado del deudor, de los conciliadores y demás funcionarios se regirá por el presente artículo que tiene carácter de orden público.

A esos fines, la regulación de honorarios en la etapa concordataria se establecerá entre el tres por ciento (3%) y el seis por ciento (6%) del pasivo verificado, y el juez tiene facultades para

distribuir los porcentajes que corresponda a cada uno de los profesionales intervinientes.

A todo evento, se establece un piso regulatorio de 4 salarios mínimos vitales y móviles.

En el caso de liquidación judicial, la escala será de cinco por ciento (5%) al ocho por ciento (8%) del activo realizado y/o el pasivo verificado, el que sea mayor, con idéntico piso mínimo.

Las costas en el proceso conciliatorio están a cargo del deudor, el que podrá enfrentarlas en cuotas de conformidad a lo que resuelva el juez al homologar el acuerdo. En el caso de liquidación judicial, al no extinguirse los gastos de justicia, las sumas que queden adeudadas en el concepto de honorarios deberán abonarse por el deudor, pudiendo a esos fines solicitar un régimen de cuotas al tribunal, el que previa vista a los funcionarios resolverá en definitiva el modo de pago, pudiendo aplicar el art. 271.

IX. Reflexiones finales.

De todo lo que venimos diciendo se sigue que el anteproyecto integra la ley concursal como un capítulo más pues, ésta era la manda recibida por la Comisión Redactora, sin perjuicio de advertir que se podía dictar una ley autónoma, tal como lo reclaman muchos especialistas en consumo para que se comprendiera acabadamente las especiales notas de este tipo de procedimiento.

A su vez, el anteproyecto descarta la adscripción a los modelos puramente administrativos considerando más apropiado a nuestra cultura jurídica mantener la judicialidad pero, con importantes concesiones a los aspectos privatistas particularmente focalizados en el protagonismo asignado al conciliador al que queda referido el auspicio y la negociación del acuerdo, incluyendo el control de la formación del estado pasivo de las formas del acuerdo y, en su caso de la formulación del plan propuesta de repago.

El rol judicial se mantiene siempre concretado no sólo en el control de legalidad sino también en el de mérito y oportunidad pues, sigue siendo potestad judicial exclusiva la resolución de verificación, y la homologación del acuerdo.

De todas formas, el norte del procedimiento está en el saneamiento de la economía familiar y de allí la relevancia que tiene la nueva visión normativa que deben asumir tanto el juez como el conciliador, como facilitadores y promotores del acuerdo, dotándose al órgano jurisdiccional de la facultad de imponer este último más los acreedores cuando se entiende que es una solución equitativa que respete el principio del esfuerzo compartido.

Por ello, constituyendo la télesis del sistema la solución del estado de crisis y la consecuente reincorporación del deudor al mercado de consumo por vía de la descarga de su pasivo de las obligaciones el procedimiento culminará a falta de acuerdo con la imposición judicial de un plan de repago, o aún de remisión del pasivo, obviando la clásica condición del acuerdo mayoritario.

En suma, el anteproyecto que hemos explicado constituye un sistema absolutamente novedoso en nuestra legislación pues, aunque participando parcialmente de otros modelos ya vigentes en el derecho comparado, asume características propias a nuestro medio jurídico y a la actual problemática económica y social, cuya sanción sería de suma utilidad ante la actual insuficiencia normativa.

UN RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE LOS CONSUMIDORES EN MÉXICO

Luis Manuel C. MÉJAN

Resumen: El tema concierne a una realidad que se ha desatendido en México. Se presenta cómo la materia ha venido siendo tratada en otras jurisdicciones y en estudios de derecho comparado que se han realizado en otras jurisdicciones y en organizaciones internacionales a fin de analizar una posible propuesta para ese régimen en México.

Introducción. Importancia de un régimen de insolvencia para las personas naturales.

Ha sido común que el tema de la insolvencia se trate refiriéndose a las empresas y, en general a los comerciantes, es ahí donde las jurisdicciones del mundo, México no es una excepción, han puesto el énfasis. Sin embargo, hay que admitir que la división de tratamiento legal de la insolvencia de las personas naturales y de las personas comerciantes, físicas o morales, es una evolución que el fenómeno ha tenido en la historia; el problema es en el fondo exactamente el mismo: se da cuando alguien incumple en forma generalizada sus obligaciones de pagos a terceros. Quizá la trascendencia económica que produce un efecto multiplicador en el caso de la insolvencia de las empresas ha sido la causa de este énfasis en estas, dejando de lado el problema de las personas naturales.

Sin embargo, el número de incidencias de personas naturales en materia de insolvencia es sumamente elevado. Véanse, como ejemplo, los siguientes datos tomados de países que llevan un estricto régimen y seguimiento de las insolvencias de las personas naturales:

- En Australia en los años 2013-2014 se presentaron 29,514 casos de insolvencia personal, en el año 2014-2015 fueron 28,288. Hay que hacer la aclaración que aquí se incluyen las insolvencias de personas físicas con actividad mercantil (por ejemplo, en el trimestre julio-septiembre de 2015 de los 7511 casos, sólo 1,333 fueron de comerciantes. Resulta tan importante el tema de la insolvencia personal que el gobierno del país ha dedicado una Agencia completa al manejo de las insolvencias personales: la Australian Financial Security Authority (antes ITSA)³⁹
- En Canadá entre 2000 y 2012 aproximadamente 100,000 canadienses solicitaron un procedimiento de insolvencia personal⁴⁰
- En los Estados Unidos de América, en el trimestre julio-septiembre de 2015 se presentaron 6,338 solicitudes de insolvencia de comercios mientras que de personas naturales se presentaron 206,568. En el período de 12 meses concluyendo en septiembre de 2015, se presentaron en total 860,182 casos de los cuales solamente 24,985 fueron de empresas y comerciantes.⁴¹
- En el Reino Unido, Inglaterra y Gales, durante el segundo trimestre de 2015 ingresaron a procedimientos de insolvencia 3,908 compañías mientras que los individuos que ingresaron al sistema fueron 18,866. En Escocia: 1606 individuos por 224 empresas; En Irlanda del Norte 696 individuos por 66 empresas.⁴²
- En España, en cambio, el número de empresas supera al de las personas físicas. Un estudio de PricewaterhouseCoopers revela que del año 2004 al año 2009 se presentaron 8923 casos concursales de los cuales 1258 fueron personas físicas. Esa proporción se ha mantenido en la actualidad pues en 2014 llegaron a concurso 6420

39 Fuente: Australian Financial Security Authority. <https://www.afsa.gov.au/>

40 Fuente: Household Insolvency in Canada Bank of Canada Review, Winter2011, 2012 <http://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2012/02/boc-review-winter11-12-allen.pdf>

41 Fuente: United States Courts. <http://www.uscourts.gov/report-name/bankruptcy-filings>

42 Fuente: The Insolvency Service: se encuentra disponible para su consulta en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448858/Q2_2015_statistics_release_-_web.pdf

personas jurídicas por 850 personas físicas.⁴³

Un sistema de insolvencia para personas naturales es importante porque está naturalmente asociado con la vida económica de las mismas, una gran cantidad de recursos fluyen hacia las personas naturales vía crédito tanto de fuentes financieras como de proveedores de bienes y servicios. Por eso, aunque no es exactamente lo mismo, como quedará de manifiesto más adelante, este tipo de insolvencias han sido llamadas “insolvencia del consumidor”. Esto es especialmente importante en un país como México en donde el 84% de la población no tiene interés alguno en iniciar una actividad empresarial, contra 48.4 en Estados Unidos, 62.3% en Alemania, 67% en Gran Bretaña y 63% en Francia.⁴⁴

Un régimen de insolvencia para personas naturales debe tomar en cuenta, no solamente los intereses de los acreedores (fundamentales en el ciclo económico de un país), sino también algunos otros conceptos relacionados con derechos humanos: el derecho a una vivienda, el derecho al trabajo y a su remuneración, el derecho a un patrimonio mínimo básico para la vida de un individuo y la familia que lo rodea (concepto de household⁴⁵), derecho a pensiones alimenticias así como la obligación de proporcionar éstas, derecho a la intimidad, etc.⁴⁶ “La necesidad y la estructura adecuada de un sistema para el tratamiento de la insolvencia serían profundamente afectados por tal perspectiva”.⁴⁷

Aún cuando en muchos países se ha tomado en cuenta esta necesidad y han legislado al respecto⁴⁸, México no conoce un régimen moderno de insolvencia para atender la situación de la concursabilidad de las personas naturales. Los Códigos Civiles y los de Procedimientos Civiles de cada entidad atienden el tema, pero es fuerza reconocer que su uso es esporádico y está lejos de ser un régimen adecuado para atender la problemática.⁴⁹ El poco uso que se hace de ello así lo demuestra.

Diversos regímenes de trato a la insolvencia de consumidores.

El tratamiento que se da en otras jurisdicciones al problema es altamente variable dependiendo de las circunstancias sociales, económicas y jurídicas que les son peculiares. En este apartado se ofrece un análisis de lo que sucede en forma sucinta.

Clasificación. Los regímenes de insolvencia podrían clasificarse, a grosso modo, de la siguiente manera:

43 Fuente: “Análisis económico de los concursos en España”.6 Fuente: Baremo Concursal Año 2014. Price Waterhouse Coopers. <https://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/assets/baremo-concursal-2014.pdf>

44 GARCÍA ALVARADO, Eduardo C. “Creando un Régimen de insolvencia para consumidores en México”. Tesis profesional. ITAM, 2012, página 17

45 Household: A family living together...Those who dwell together as a family under the same roof” Black’s Law Dictionary. Sixth edition (Centennial) West Publishing Co. St Paul Minn, USA, 1990. Página 740

46 The need for and proper structure of a system for treating insolvency would be profoundly affected by such a perspective,

47 The World Bank. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons. Párrafo 25. Página 8 <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/17606/ACS68180WPOP120Box0382094B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

48 En Europa, Dinamarca hizo su primera ley en 1984 seguida de Francia en 1989, Finlandia y Noruega en 1993, Suecia en 1994 al igual que Austria y Alemania, Holanda y Bélgica en 1998, Luxemburgo en 2000.(Fuente: KILBORN, JASON J. Comparative Consumer Bankruptcy. Carolina Academic Press. Durham, USA 2007, página 11). En América son relevantes los casos de Colombia en 2010 y Chile en 2013.

49 En el Distrito Federal aplican: del Código Civil artículos 2964 a 2998 y del Código de Procedimientos Civiles del artículo 738 al 768.

- Una misma legislación de insolvencia aplica a todas las personas físicas o morales, comerciantes o no. Tal es el caso de los Estados Unidos de América en donde un individuo cae en la definición legal de “deudor” (debtor) del artículo 101 del Código de quiebras (Bankruptcy Code)⁵⁰. En este mismo sentido discurre el Reglamento de la Unión Europea 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia de 20 de mayo de 2015⁵¹. Es también el caso de España en donde la Ley Concursal aplica respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica⁵², aunque se han venido introduciendo disposiciones específicas para la insolvencia de personas naturales.⁵³
- Existen legislaciones diversas para la insolvencia de entidades comerciales y para la insolvencia de las personas naturales. Ejemplos de esta opción son: Colombia que dedica su ley 1116 de 2006 al régimen de la insolvencia y su ley 1380 de 2010 a la insolvencia de la persona natural no comerciante, Francia que además de su sistema de atención a las “Entreprises en difficulté”, como es llamada la situación mercantil de insolvencias, ha desarrollado un sistema en donde combina legislación especial con la legislación del consumidor⁵⁴. El Reino Unido tiene una historia que arranca desde Enrique VIII en la que igual existían regímenes para personas naturales no comerciantes que para comerciantes para después fusionarse en un solo instrumento para llegar ahora a un concepto diverso: los particulares quiebran, las empresas van a liquidación.⁵⁵ Dentro de esta categoría deben encontrarse variantes tales como una misma ley con capítulos especiales para el tratamiento de las personas naturales. Tal es el caso de Chile en su Ley 20720 que regula todo el fenómeno de insolvencia y hace un apartado en el Capítulo V para el caso de las Personas Deudoras que es como define la propia ley a toda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora⁵⁶ y a donde se acerca España según el comentario que se hace en el párrafo a) anterior.

Caracterización de la insolvencia de las personas naturales.

Es cierto que el principio que rige la insolvencia es exactamente el mismo: un deudor que es incapaz de cumplir sus obligaciones dinerarias, ya sea porque los activos son menores que los pasivos, ya sea porque no se generan suficientes recursos líquidos para hacer frente a las obligaciones. Ante esta situación el Derecho debe encontrar cómo lograr que las obligaciones se cumplan, un régimen jurídico solo puede ser tal si provee al cumplimiento de las obligaciones; los acreedores reciban satisfacción de sus créditos, al menos en una base equitativa; se reinserte en la

50 Un autor indica que “Individuo” no está definido pero que por tal se quiere decir : “a real, honest to goodness, living, breathing, warm blooded-mammal of the species homo sapiens” BLUM , Brian A.. Bankruptcy and Debtor/Creditor. Fifth edition. Wolters Kluwer. New York 2010. Página 178

51 El ámbito de aplicación del presente Reglamento ... debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos,... (párrafo 10, Diario Oficial de la Unión Europea L 141/20, 5.6.2015). <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8469>

52 Artículo 1. Ley Concursal, consultada en: Colección de Códigos Básicos. Lefebvre El Derecho. Madrid 2015. Página 40

53 Ley 25/2015 de 28 de julio con su fe de erratas de 11 de diciembre, ambos de 2015

54 Loi No.2003-710 et Loi 200-737. Véase: VIGNEAU, Vincent; BOURIN, Guillaume-Xavier; CARDINI, Cyril. Droit du surendettement des particuliers. 2e Édition. Lexis Nexis. Paris 2012. Páginas 12 y siguientes.

55 “Individuals become bankrupt, or go into bankruptcy; companies go into liquidation, or winding up (the terms are synonymus)” Principles of Corporate Insolvency Law. Sweet & Maxwell. Second edition. London 2005. página 1

56 <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>

vida económica al sujeto deudor y se castigue al que dolosamente ha incurrido en el impago.

Sin embargo, también es cierto que entre el deudor comerciante y el deudor que no lo es existen diferencias importantes que hacen conveniente el separar los regímenes de tratamiento de su insolvencia. Tales diferencias son:

Un negocio puede liquidarse cuando la reestructuración no es posible. A una persona moral se le puede “matar”, a una persona física no. Esto impone a tomar decisiones durante el procedimiento de insolvencia con los ojos puestos en que esa persona tendrá que seguir viviendo, trabajando y operando en el mundo de las relaciones jurídicas.

Un negocio no tiene algunos “derechos humanos” que respetar, cuidar y proteger como en el caso de las personas físicas. Éstas tienen derecho al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la alimentación, a la salud, a la formación de una familia, a la circulación, a la propiedad, etcétera, que deben tomarse en cuenta al momento de tomar decisiones para enfrentar el impago de sus obligaciones y el régimen económico que le seguirá si es que se establece un convenio o plan de pagos a futuro.

En un negocio es muy raro que exista un acreedor no comerciante. Las relaciones jurídicas de un comerciante con terceros se rigen por los principios del derecho mercantil. En el caso de las personas naturales los acreedores podrán ser comerciantes (proveedores de bienes y servicios) pero podrán serlo otros regidos por la materia civil o por materia social (préstamos de vivienda, becas de estudio, etc)

Los acreedores de las personas naturales más frecuentes son proveedores de bienes y servicios quienes además de estar regidos por las normas mercantiles de contratación, están regulados por un régimen de protección al consumidor que debe tomarse en cuenta para resolver los casos de insolvencia de dichas personas naturales. El crédito de las empresas promueve la productividad, mientras que el crédito a la persona natural promueve el consumo o la formación de un patrimonio. La visión en el caso de las empresas es mercantil, en el caso de las personas físicas, es social.

El concepto “riesgo” que se da en las situaciones mercantiles entre empresas es diverso al que existe en la materia de crédito con personas físicas.

Los bienes que forman la masa de un negocio para responder de sus obligaciones son prácticamente todos los que tiene en su patrimonio, es un típico procedimiento “universal”. En el caso de una persona natural hay que considerar que hay determinados bienes que le pertenecen y que no pueden formar parte de la masa garantía de los acreedores.

Los comerciantes están sujetos a unas normas de registro y publicidad que no tienen las personas naturales.

El tratamiento fiscal de los negocios es muy distinto al tratamiento fiscal de las personas naturales.

- Para un negocio es más fácil el de hacerse con asesores y ayuda profesional (abogados, contadores, financieros) que lo que lo es para las personas naturales.
- En materia de personas naturales, éstas cuentan otro tipo de disposiciones e instancias gubernamentales como programas de ayuda social o para grupos desfavorecidos.
- Los problemas psicológicos que nacen alrededor de verse inmerso en un procedimiento de insolvencia es distinto cuando se trata de comerciantes que de personas naturales.

En aquellos, el problema, si bien existe, es ajeno a la solución. En éstas no podemos decir lo mismo, pues forma parte del problema y de la solución.

- La insolvencia de las personas comerciantes busca la reorganización de las mismas, mientras que en el caso de las personas naturales se busca reconstruir su actividad.
- En las insolvencias de las personas comerciantes el foco debe estar en el valor de los activos pre existentes mientras que en el caso de las personas naturales el foco debe ponerse en la posibilidad de buscar recursos en el futuro.
- En un procedimiento de insolvencia empresarial una exoneración (discharge) es poco probable, en una insolvencia de persona natural es el resultado esperado.

Todas esas y otras más hacen que los Estados deban considerar cómo enfocar el problema y producir soluciones acordes a la situación.

El “Consumer Debt Report” de INSOL International.

Un estudio hecho por la Organización INSOL International al analizar la situación en 17 diversas jurisdicciones, llega a sugerir 4 principios y 10 recomendaciones derivadas de los mismos, orientadoras para el trato de la insolvencia de consumidores.⁵⁷

Estos principios son:

- a) Asignación justa y equitativa de los riesgos de crédito al consumo.

Este principio sugiere que la sociedad reconozca que en ocasiones las razones por el sobreendeudamiento no son siempre su culpa.

De este principio derivan las siguientes recomendaciones:

1. Los legisladores deben promulgar leyes para proveer de una solución justa y equitativa, eficiente y rentable, accesible y transparente y la exoneración de deudas de naturaleza problemática, de los consumidores y pequeñas empresas.
2. Los legisladores deberán considerar el establecimiento de diversos procedimientos, dependiendo de las circunstancias específicas del deudor.
3. Los legisladores deben considerar procedimientos independientes o alternativos para los casos de consumidores con respecto de deudores pequeñas empresas.
4. Los legisladores deben asegurarse de que las leyes de insolvencia del consumidor sean mutuamente reconocidas en otras jurisdicciones y deben ir encaminadas a estandarización y uniformidad.

- b) Exoneración de la deuda, rehabilitación o “Inicio fresco”

Es el núcleo de todo sistema de insolvencia del consumidor. De este principio deriva la siguiente recomendación:

1. Los legisladores deben ofrecer a los consumidores una exoneración de su endeudamiento como resultado de una liquidación o una reorganización.
- c) Los procedimientos mejores son los administrativos, más que los judiciales. Es una opción más rápida y menos costosa.

57 INSOL International. Consumer debt Report II. Londres, 2011. <http://www.insol.org/pdf/consdebt.pdf>

De este principio derivan las siguientes recomendaciones:

1. Los legisladores deben alentar procedimientos extrajudiciales para la solución de las deudas de los consumidores y de la pequeña empresa.
2. Los Gobiernos, organizaciones cuasi- gubernamentales o privadas debe asegurar la disponibilidad de suficiente, independiente y competente asesoramiento acerca del sobre endeudamiento.

d) Es mejor prevenir que remediar.

Supone el desarrollar programas educativos, que incluyan cuándo y cómo conceder este tipo de créditos y cómo manejar los procesos de cobranza.

De este principio derivan las siguientes recomendaciones:

1. Los Gobiernos, organizaciones semigubernamentales o privadas deben establecer programas educativos y mejorar la información y asesoramiento sobre los riesgos asociados a los créditos al consumo.
2. Los prestamistas deben observar la forma en que el crédito se pone a disposición los consumidores y las pequeñas empresas, cómo se presenta la información y la forma en que estos créditos se cobran.
3. Las organizaciones de los prestamistas y los consumidores deben establecer programas conjuntos para controlar la morosidad de préstamos de consumo.

El Reporte del Banco Mundial.⁵⁸

Origen y Propósito del Reporte

La organización del Banco Mundial ha venido desarrollando estudios sobre cómo se tratan en el mundo diversos problemas jurídicos que inciden a la economía, con el propósito de conjuntar prácticas que son útiles o recomendables de modo que éstas puedan ser conocidas y, si así lo desean, aceptadas en su cuerpo legal interno, por las diversas jurisdicciones del mundo.

De esta suerte, en los últimos 20 años se han producido una serie de documentos sobre cómo llevar a cabo los regímenes que tienen que ver con la insolvencia y con la protección de los derechos de los acreedores⁵⁹. Asimismo, el Banco ha desarrollado un ejercicio que ofrece a los países del mundo denominado ROSC, por ser las siglas de Reports on the Observation of Standards and Codes en donde se hace una evaluación del sistema jurídico de un país comparándolo con las mejores prácticas mundiales en materia de insolvencia y protección a los derechos de los acreedores.

Durante todos esos ejercicios el Banco Mundial detectó la necesidad de proveer una guía sobre las características de un régimen efectivo de insolvencia para las personas naturales y sobre las oportunidades y retos que se encuentran en el desarrollo de tal régimen.

A partir de las lecciones así obtenidas y tomando en cuenta documentos y reportes elaborados tanto por el Consejo Europeo y la Comisión Europea, estudios elaborados por Insol International,

58 El texto de este apartado sirvió como un artículo publicado en la Revista Abogado Corporativo Año VII, No. 37 septiembre- octubre de 2013.

59 Principios del Banco Mundial para un Sistema Efectivo de Insolvencia y Derechos de los Acreedores

los documentos de CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y otras diversas instancias, inició la preparación del Reporte practicando una encuesta.

Esa encuesta preliminar se aplicó en 59 países, 25 con economías de alto ingreso y 34 con bajo y mediano ingreso, cubriendo al 67.5% de la población mundial, para encontrar, entre otros resultados, que en más de la mitad de los países de bajo o mediano ingreso no existe un sistema que regule un sistema de tratamiento a la insolvencia de personas naturales.

Al Banco Mundial le prestan apoyo un grupo internacional de profesionales de la insolvencia: jueces, practicantes, académicos y hacedores de políticas, expertos y experimentados. Este Grupo de Trabajo se reunió en enero y noviembre de 2011 y noviembre de 2012 para ir conociendo y afinando el documento que hoy en día se ha concluido.⁶⁰

Contexto y extensión del Reporte.

El contexto de un régimen de insolvencia radica en que en éste deben encontrarse y coincidir tanto los sistema de recuperación de créditos que soportan los derechos de los acreedores, como el cuidado de datos personales y privacidad, por el lado que concierne a derechos individuales y, por el otro, en el colectivo, los sistemas de seguridad social y las políticas sociales y económicas, sistemas todos que deben entrar en coordinación dentro del régimen de trato al sobreendeudamiento de las personas naturales.

El reporte descubre que un régimen de insolvencia de personas naturales debe ser creado como un régimen de tratamiento al problema, no de prevención del mismo, esto último toca más a las políticas socio-económicas del país. Concomitante con lo anterior, lo que debe tratarse es el problema específico del sobreendeudamiento de las personas y no la pobreza en general.

Otra diferenciación que debe de hacerse es el tratamiento de las personas naturales separando cuando éstas ejercen el comercio o cuando no lo hacen. El reporte no se ocupa de diferenciar comerciantes de no comerciantes, sino que busca analizar el caso de una persona natural independientemente de si ejerce la actividad mercantil o no. Asimismo es posible hacer una diferenciación entre la persona natural y la persona jurídica.

Algunos regímenes (es el caso de México) sólo se ocupan de personas físicas en cuanto que son comerciantes y, si no lo son, el régimen de insolvencia no les aplica. Otros regímenes destinan el mismo régimen tanto para comerciantes como para no comerciantes indiferentemente si son personas físicas o jurídicas. Finalmente, otros regímenes distinguen un tratamiento para comerciantes personas físicas o morales y un régimen especial para las personas físicas no comerciantes, en estos sistemas el tema de que se ocupa este reporte es conocido como Insolvencia del Consumidor.

Fundamentos de un régimen de insolvencia para personas naturales.

Un régimen de insolvencia de personas naturales se fundamenta en los beneficios que provee para acreedores, deudores y sociedad.

60 El autor forma parte de ese Grupo de Trabajo

Beneficios para Acreedores

Para los acreedores el beneficio es similar al que se deriva de cualquier régimen de insolvencia de deudores, que es proporcionar un régimen donde más acreedores pueden recibir lo más posible en una distribución proporcionada. En el caso de las personas naturales, por no poder desaparecer de la actividad económica, se actualiza el estímulo que éstos tienen para poder conservarse activos en la vida económica y el repago ordenado a sus acreedores, aunque sea parcial, es mayor que simplemente abandonar el tema y no pagar nada.

Si de por sí, en este tipo de insolvencias los acreedores tienen pocas esperanzas de recuperar, las posibilidades de lograr uno mayor, son mayores con un sistema de insolvencia que sin él.

Un sistema ordenado evita esa carrera voraz que permite que el primero que llega a ejecutar bienes del deudor obtiene un razonable pago dejando a los posteriores sin posibilidad alguna.

Beneficios para Deudores

Al igual que en un sistema de insolvencia mercantil, el régimen especial para personas naturales ofrece una manera ordenada de cumplimiento de las obligaciones contraídas cuando se da el fenómeno del sobreendeudamiento y, muy especialmente, en el caso de personas naturales, la posibilidad de un reinicio nuevo en la vida económica.

En el caso específico de las personas naturales el régimen provee también un alivio a la afectación psíquica y emocional que lastima especialmente a las personas cuando sufren una situación de sobreendeudamiento y que se extiende dolorosamente al círculo familiar

Beneficios Sociales - Efecto sistémico

La colectividad se ve beneficiada también por la mera existencia de un régimen que atienda la insolvencia de las personas naturales. No solo el flujo de actividad hacia los consumidores contará con una mayor certeza de saber lo que sucederá en el caso de un sobreendeudamiento, sino que además se cuenta con un régimen que permite hacer una adecuada valuación de los activos de los acreedores mejorando su posición financiera.

A la vez que se reduce el costo de cobranza y la destrucción del valor de los activos (tanto del acreedor como de los bienes del deudor) se estimula un otorgamiento más responsable del crédito y permite un manejo efectivo de la concentración y distribución de las pérdidas.

Hay quien llega a opinar que un buen régimen, como el de que se está hablando, reduce en el largo plazo el costo socio-económico que producen las enfermedades, el crimen y el desempleo, causas éstas de muchos fenómenos de sobreendeudamiento.

Por último, un régimen que auxilia de ese modo a la vida económica del consumidor produce un incremento en la actividad mercantil y con ello, el incremento de ingresos gravables que llevan a una mayor recaudación de impuestos.

Factores negativos a combatir

Es menester entender que el mismo régimen puede producir algunos efectos no deseados. Al identificar tales efectos es posible abordarlos en el régimen y crear la regulación para evitar tales

efectos laterales nocivos.

Uno de esos efectos negativos es la creación de incentivos perversos de modo que una persona no tenga temor a sobreendeudarse contando que existe un régimen que le ayudará a salir del atolladero. Para ello el régimen debe regular con cuidado los casos y las condiciones en que una persona puede ingresar al sistema y cuándo y cómo salir a fin de evitar que una persona haga uso asaz frecuente del régimen.

En forma similar al anterior, un deudor puede verse motivado a endeudarse fraudulentamente a sabiendas que no podrá pagar y de que existe un régimen que lo podrá sacar en paz y a salvo. Para ello es conveniente regular el cuidado que se debe tener en la toma de riesgo por parte de los acreedores.

Un efecto negativo que es de muy difícil combate es el estigma que produce el incurrir en estas situaciones y usar el régimen. Esto es un fenómeno cultural enraizado de muchos siglos, contra esto no queda más que desarrollar una cultura del crédito, del pago y de que el uso de los regímenes de insolvencia no produce un desdoro, sino que, por el contrario, habla de la responsabilidad del deudor que a ellos acude.

Lo esencial de un régimen de insolvencia para personas naturales.

¿Cuáles son los temas centrales de los que debe ocuparse todo régimen de insolvencia de personas naturales? El Reporte hace un detallado análisis de tales tópicos presentando como alternativas las distintas soluciones que han aparecido en el mundo. Una solución en un país puede no funcionar en otro, habrá que considerar las ventajas y desventajas de las diferentes soluciones que presenta el reporte.

Estos temas centrales son:

Diseño general del régimen: opciones procesales y “workouts” informales

Suele pensarse que es mejor el acceder a soluciones negociadas que las resueltas por tribunales, sin embargo, la definición de derechos y obligaciones requiere usualmente de una declaración judicial para que sean vinculantes para todos.

Las soluciones negociadas tienen ventajas: eluden el estigma, tienen costos menores, se obtienen mejores resultados para ambas partes, tienen gran flexibilidad, etc.

Por su lado las soluciones resueltas por una autoridad tienen el valor de verdades legales, pueden hacerse cumplir más fácilmente, toman en cuenta a todos los involucrados, etc.

Todo parece indicar que una combinación de ambos sistemas puede proporcionar una solución adecuada.

El respaldo institucional

Todo régimen de insolvencia requiere el que se provea un soporte institucional que dé orden y estandarice las soluciones. Este soporte puede ser brindado por un sistema de tribunales formales (ya sea con especialidad en el tema en cuestión o como tribunales generales) o bien por una instancia administrativa, ordinariamente creada ad hoc para atender este tipo de controversias.

El reporte explica cómo sistemas híbridos que combinan ambas soluciones han venido siendo exitosos especialmente cuando han desarrollado una gama de profesionales especializados en la

atención y solución de estos conflictos.

Acceso al régimen formal de insolvencia.

Un régimen formal debe regular cuándo una persona puede o debe sujetarse a una solución de insolvencia. ¿Debe dejarse a la iniciativa de la persona endeudada?, ¿podrán los acreedores llevar forzosamente a la persona al régimen? Es decir, debe pensarse si el procedimiento será solamente voluntario o podrá serlo involuntario.

Por el lado del coste que representa ¿cómo se costea el procedimiento, ya judicial ya administrativo que se establezca?

Sin embargo, el tema más conspicuo del acceso al régimen está en los requisitos que se fijen para ingresar. Requisitos demasiado fáciles pueden producir un enorme número de casos y un incentivo perverso para el sobreendeudamiento, por el contrario, un régimen con barreras muy altas puede ser nugatorio del beneficio que busca al limitar la producción y proliferación de casos.

Trato a los créditos y participación de los acreedores.

Aquí hay una diferencia importante entre el régimen de insolvencia de comerciantes y el de las personas naturales, en éste los acreedores no suelen jugar un papel tan importante como en aquél. Sin que se les niegue el derecho a participar, el énfasis de este régimen parecerá estar más en el profesional que resuelva el plan de pagos que en la actuación de los acreedores.

Soluciones al proceso de insolvencia y pago de los créditos.

El repago a los acreedores sigue siendo un objetivo de primer nivel en todo sistema de insolvencia, pero la experiencia muestra la dificultad de lograrlo destinando para ello tanto los bienes actuales del deudor como sus ingresos futuros. Una posición extrema en ambas opciones puede ser conculcatoria de los derechos del deudor como persona a subsistir y a desarrollar una actividad productiva.

Debe regularse con cuidado un sistema que defina cuáles son los bienes (presentes y futuros) que deben quedar exentos de la ejecución y establecer un plan de pagos a futuro que tenga una duración razonable y que le deje al deudor lo necesario para su subsistencia y para la atención de pagos de largo plazo como es el caso de las hipotecas de la casa habitación, los pagos de préstamos de estudios y la constitución de fondos de pensiones.

La exoneración (Discharge)

Este es el tema clave en un régimen de insolvencia para personas naturales. Si a la persona se le puede liberar de cargas acumuladas tendrá la posibilidad de hacer “borrón y cuenta nueva”, de tal suerte que, si no se incluye la posibilidad de la exoneración, todo el régimen es inútil.

Con este tema están relacionados los relativos a: cuáles deudas no pueden / deben ser perdonadas por razones sobre todo socio-económicas y los regímenes específicos que se derivan de este tipo de tratamientos (por ejemplo, los préstamos a estudiantes, los fondos de pensiones, etc.); cuándo puede volverse a estar sujeto a un proceso de insolvencia; cómo se conduce el plan de pagos decidido; etcétera.

Conclusión

La gran conclusión a la que se llega al finalizar la lectura de este reporte es que un sistema de

trato a la insolvencia de personas naturales es de gran importancia jurídica y socialmente y no debe ser omitido.

Es de esperarse que los países lo conozcan y al revisarlo, revisen también con él, qué puede hacerse en su caso peculiar. Colombia es un ejemplo de esa aplicación práctica.

Hacia un régimen de insolvencia del consumidor. El caso de México.

En este apartado se busca cómo se podría construir un típico sistema de insolvencia del consumidor y se hace, para ejemplificar, un análisis de la situación peculiar del país México.

Los supuestos de cómo las personas naturales pueden aparecer en un régimen de insolvencia.

Para hacer una consideración de un régimen de insolvencia para personas naturales, especialmente en el caso de México, debe considerarse que hay tres niveles posibles en la insolvencia de personas naturales:

- a. las personas físicas que son comerciantes
- b. las personas físicas con deudas puramente civiles.
- c. las personas físicas que son consumidores

En el supuesto de a) su trato está regulado en México por la Ley de Concursos Mercantiles que ya conlleva el tratamiento de algunos problemas personales tales como los gastos de última enfermedad y sepelio, la insolvencia de una sucesión, el control de bienes de uso exclusivo de la persona, el trato a los créditos de personas con vínculos familiares cercanos, etcétera. Este tratamiento es lo usual en todos los regímenes de insolvencia.

El supuesto de b) arranca de la situación particular de la organización política de México como República Federal en la que la materia estrictamente civil ha sido reservada por las entidades federativas, excluyendo a la Federación de intervenir en este tipo de materias. Es necesario asignar a este nivel las obligaciones alimentarias, la responsabilidad civil común, los mutuos civiles, los arrendamientos, y en general los créditos derivados de contratos civiles. Esta es una materia que debe dejarse a las legislaciones de las Entidades Federativas por así derivarse del pacto constitucional.

Quizá en este nivel de cosas, las legislaciones de las entidades federativas incluyan la insolvencia de personas morales de tipo civil (Asociaciones Civiles y Sociedades Civiles).

En el supuesto de c) es donde puede intentarse una legislación federal que cubra este segmento.

En una jurisdicción donde no exista la división entre b) y c) estos podrán acumularse en un solo sistema de insolvencia lo cual es lo deseable.

Descripción del sistema concursal existente en el Distrito Federal.

Con propósito ejemplificativo, se expone la manera en que está regulado el concurso civil de las personas en la entidad federativa de la Ciudad de México en virtud de que lo dispuesto en Los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles correspondientes han sido modelo para las demás entidades federativas, sin que ello quiera decir que sean necesariamente iguales. (Artículos 2964 a

2998 del Código Civil para el Distrito Federal y Artículos 738 a 768 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

La estructura del concurso.

Las normas que rigen el concurso civil parten del principio de la prenda universal que pesa sobre los bienes del deudor para garantizar todas sus obligaciones.

Existirá situación de concurso cuando una persona suspende el pago de sus deudas civiles, líquidas y exigibles. Es menester que así sea declarado por un Juez, produciendo por dicha declaración en concurso el efecto de incapacitar al deudor para continuar en la administración de sus bienes o de cualquiera otros. Asimismo, los adeudos dejan de generar intereses salvo los garantizados que siguen creciendo hasta igualar el valor de la garantía.

El deudor podrá celebrar convenio con sus acreedores, pero solo dentro del concurso, los convenios hechos por fuera en forma fraudulenta hacen perder la preferencia que los acreedores pudiesen tener.

El convenio debe aprobarse con el voto de la mitad más uno de los concurrentes a la junta de acreedores convocada cuando representen tres quintas partes del pasivo total excluyendo acreedores garantizados que no entran a concurso.

Los acreedores inconformes tendrán ocho días para oponerse al mismo con base en alguna de las causas que se señalan en la ley y que refieren a defectos formales en la convocatoria y celebración de la junta, así como en las maniobras para alterar la verdadera composición de los pasivos, de los activos y de los créditos.

Una vez aprobado el convenio, obliga a todos los acreedores anteriores al concurso.

Para los acreedores garantizados (con hipoteca o prenda) es optativo participar en el convenio, si lo hacen deberán aceptar las esperas y quitas que se pacten y conservarán su preferencia.

Si el convenio se incumple, renacerán los derechos originales de los acreedores.

No hay exoneración automática. Los acreedores conservan sus derechos una vez agotados los bienes y pagado hasta donde se pudo llegar.

Tratamiento a los créditos.

Deberá pagarse primero capital, luego intereses al tipo legal o al pactado si es menor a éste. Si quedan bienes se pagarán los intereses al tipo pactado superior al legal

El sistema de preferencias y orden en el pago resulta complejo. Inicialmente:

1. Los trabajadores no entran al concurso y se respeta la super preferencia que les da la Constitución en su artículo 123.
2. Los créditos ocuparán el grado que les corresponde conforme al orden establecido por la ley
3. El principio de prelación es por la fecha fehaciente de su título y si no hay fehaciencia, a prorrata.
4. Los créditos fiscales se pagan con los bienes que hayan generado el gravamen fiscal.

Trato a los créditos garantizados

Como se dijo arriba, los acreedores garantizados pueden optar por ejecutar sus garantías sin participar en el concurso. Si coinciden varios sobre los mismos bienes, cobrarán conforme su otorgamiento si se registró en tiempo su título. Los acreedores pignoratícios deben conservar el control de la cosa dada en prenda.

Si así conviene al concurso, éste puede pagar los créditos garantizados y asumir los bienes para la masa. Asimismo, si el concurso llega a la sentencia de graduación, sin que los acreedores garantizados hayan ejecutado su garantía, el concurso hará vender los bienes y depositará el importe del crédito y de los réditos correspondientes.

Con el importe de los bienes dados en garantía se pagarán primero los gastos generados en el juicio, los que hayan sido necesarios para la conservación y administración de los bienes, incluyendo sus seguros y finalmente el importe de los créditos con los réditos de tres años si se trata de hipoteca y de seis meses si es una prenda.

Se establecen una serie de “privilegios especiales”, es decir créditos que deben ser pagados con la venta de los bienes que de alguna manera estuvieron relacionados con la generación del crédito (por ejemplo: La deuda por gastos de salvamento, con el valor de la cosa salvada; La deuda contraída antes del concurso, para ejecutar obras de rigurosa conservación de algunos bienes, con el valor de éstos; Los créditos por semillas, gastos de cultivo y recolección, con el precio de la cosecha; El crédito por fletes, con el precio de los efectos transportados; El crédito del arrendador, con el precio de los bienes muebles embargables que se hallen dentro de la finca arrendada o con el precio de los frutos de la cosecha respectiva si el predio fuere rústico; Los créditos por embargos registrados, etcétera.)

Sistema de preferencias

Los demás créditos que no tienen una fuente específica de repago se cubrirán conforme el orden de las diversas clases de acreedores que se definen. No se pagan los de la siguiente clase si no están saldados los de la anterior:

Acreedores de Primera clase:

- gastos judiciales comunes;
- gastos de rigurosa conservación y administración de los bienes concursados; gastos de funerales del deudor, su mujer e hijos bajo su patria potestad sin bienes propios;
- gastos de la última enfermedad de esas personas por 6 meses anteriores al deceso;
- crédito por alimentos fiados al deudor para su subsistencia y la de su familia, (6 meses);
- responsabilidad civil de gastos de curación o funerales del ofendido y las pensiones alimenticias a sus familiares.

Acreedores de Segunda clase:

- créditos que teniendo derecho a pedir hipoteca necesaria no la hayan solicitado;

- créditos del erario salvo fiscales preferentes;
- créditos de los establecimientos de beneficencia pública o privada.

Acreeedores de Tercera clase:

- créditos en escritura pública o documento auténtico;
- créditos garantizados que no se pagaron con el valor de los bienes.

Acreeedores de Cuarta clase:

- créditos en documento privado;
- todos los demás a prorrata.

Apertura y efectos del concurso.

El procedimiento concursal es llevado ante el juez del domicilio del concursado deudor y puede ser: Voluntario si es promovido por el propio deudor, o Necesario si lo es por dos o más acreedores.

El concurso se declara y se notifica a los involucrados. Los bienes del deudor quedan inmovilizados, los deudores no pueden hacer pagos ni entregas al concursado, se designa un síndico provisional, se abre un plazo para que los acreedores presenten la justificación de sus créditos, se señala la celebración de la junta de reconocimiento de créditos y se ordena acumular al procedimiento concursal todos los litigios en los que el deudor sea parte. El deudor puede oponerse sin que esta oposición suspenda el trámite. El concursado deberá proporcionar información sobre sus activos y pasivos. La declaración de concurso podrá ser revocada a petición de los acreedores y, en ciertos casos, del propio deudor.

Rectificación y graduación de créditos.

Los acreedores cuentan con un plazo para presentar su crédito al síndico con sus títulos justificativos y para objetar los créditos que el deudor reconoce. No presentar su crédito los excluye del concurso aunque no pierden sus derechos.

La labor de rectificación y graduación está conferida a una junta de acreedores que preside el juez a partir de un informe del síndico y para la que hay diversas normas de representación para los acreedores.

Los créditos se verifican y se listan aunque los acreedores tienen derecho a impugnarlos incidentalmente después de la junta.

En la junta se designa el síndico definitivo y se pueden tomar acuerdos convenidos por unanimidad con el concursado para adjudicarse los bienes de éste.

Administración del concurso

Habrán un síndico provisional designado por el juez al abrir el concurso y un síndico definitivo ratificado por la junta de acreedores. Su labor fundamental es la de proceder a la venta de los bienes después de la junta en la que se le designó.

El síndico designado, quien debe ser independiente del deudor y otorgar caución para su desempeño, toma posesión e inventaría los bienes, libros y papeles del deudor y maneja los recursos dinerarios depositándolos en una cuenta. Por ser el administrador de la masa, él es el representante ante terceros en toda cuestión judicial o extra judicial, el deudor ha perdido la administración y la personería. Aunque la norma es realizar bienes por vía de remate, el síndico podrá realizar activos en forma emergente con autorización del juez en caso de urgencia o para cubrir gastos urgentes de administración y conservación. Los pagos se harán conforme el sistema de grado y prelación establecido. El síndico debe rendir cuenta mensual so pena de destitución, puede ser removido también por mal desempeño o por tener impedimentos y puede ser vigilado por los interventores que los acreedores designen.

El concurso termina si se pagó a los acreedores o se celebró convenio o se agotaron los bienes.

Papel del deudor.

El deudor tiene sus derechos limitados durante el concurso, sólo participa como parte en algunos litigios y asuntos (rectificación de créditos y enajenación de bienes), en la gran mayoría es representado por el síndico. Tiene derecho a alimentos sólo si sus bienes son superiores a los créditos.

Comentario crítico.

El núcleo de lo que es valioso en un procedimiento de insolvencia es que se logre maximizar el valor de los activos y de los ingresos del concursado con el propósito de lograr sacar adelante al deudor sobre endeudado, para ello es necesario reducir formalidades y simplificar los procesos de toma de decisiones. El sistema como está diseñado produce exactamente lo contrario.

Ejemplos de ello son las siguientes consideraciones:

- El sistema de clasificación de grados y prelación de créditos, así como su calificación y aprobación, es sumamente complejo. Encontrar dónde encaja un crédito puede ser tarea difícil y material para litigio.
- No se contemplan procesos de mediación y conciliación.
- El concentrar con el mismo juez todos los procedimientos en los que el deudor es parte produce una carga procesal enorme.
- La venta de activos en forma emergente requiere autorización del juez, eso limita la posibilidad de obtener un buen retorno en caso de urgencia o para cubrir gastos urgentes de administración y conservación.
- La junta de acreedores para reconocer créditos y ejercer el voto, es sumamente compleja y fuente de disidencias y litigio. Es a fin de cuentas provisional porque los acreedores pueden individualmente objetar la inclusión de un crédito en la lista.
- El deudor, principal interesado en salir adelante es constreñido a un rol menor y secundario, lo cual elimina el incentivo de buscar voluntariamente en el régimen concursal una salida a sus dificultades.

Regimen del consumidor: nueva creación del derecho.

La aparición del concepto de Derecho del Consumidor ha introducido una nueva visión al mundo jurídico. Hubo alguien que ha dicho que se trata de la venganza del Derecho Civil contra el Derecho Mercantil, si bien es una afirmación exagerada, revela que se trata de regir las relaciones que se encuentran a medio camino entre ambas disciplinas.

En efecto, en uno de los extremos de la ecuación jurídica del Derecho del Consumidor existe un proveedor de bienes y servicios, típicamente un comerciante, regido por la disciplina comercial y en el otro extremo una persona que no lo es, o que, si acaso lo es, en ese momento no actúa como tal sino como un típico particular regido por la norma del derecho común.

En la relación jurídica del Derecho del Consumidor siempre se parte de una situación de desigualdad entre las partes: el comerciante proveedor de bienes y servicios fuerte, estructurado, conocedor y experto en su materia y el adquirente que carece de esos medios para enfrentarse en una situación económica, técnica, cultural y social diferente. Las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del Consumidor arrancan la enunciación de sus objetivos indicando. "reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación; y teniendo en cuenta que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenido, y la protección del medio ambiente, las presentes directrices para la protección del consumidor persiguen los siguientes objetivos: ..." ⁶¹

Consumidores lo son todos puesto que todo el mundo tiene necesidad de adquirir y usar bienes y servicios, esto hace de la disciplina un derecho universal aplicable a todos.

La legislación mexicana aborda el tema en dos diversas legislaciones: una, general, la Ley Federal de Protección al Consumidor y otra, específica, para el consumidor de servicios de tipo financiero: Ley de Protección y Defensa a los Usuarios de Servicios Financieros que aborda la protección de este tipo preciso de consumidor: el que usa servicios financieros ordinariamente de las instituciones catalogadas como parte del Sistema Financiero mexicana, aunque sus normas se extienden a otros concededores de crédito al consumidor.

La normatividad citada define el concepto de Consumidor de la siguiente manera: "Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley." (Artículo 2 Fracción I). Y el concepto de Usuario: "Usuario, en singular o plural, la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa tenga algún derecho frente a la Institución Financiera como resultado de la operación o servicio prestado;..." Aunque no repugna, como se desprende de las definiciones apuntadas, que personas jurídicas sean consumidores, lo usual es que se trate de personas físicas y de ahí que al tratar el concepto de la insolvencia de las personas naturales se refiera a ésta como a la insolvencia de los consumidores, tal como lo hacen muchas de las legislaciones conforme se cita en el apartado 2 del presente. "Consumer bankruptcy applies to a bankruptcy case of an individual

61 Resolución 39/248 de la Asamblea General de 9 de abril de 1985, ampliada en 1999. [www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/1999/99\(SUPP\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/1999/99(SUPP))

debtor whose debts were incurred primary for a personal, family or household purpose”⁶²

Una insolvencia de consumidores refiere pues a personas naturales que se han sobreendeudado para propósitos de consumo personal o familiar a veces presionado por un deficiente ingreso económico o un desbalance entre lo que se gana y lo que se compra, en ocasiones debido también a gastos extraordinarios por enfermedades, fallecimientos, bodas, desgracias naturales que destruyen el patrimonio, desempleo, etcétera o bien por un deseo incontrollable de consumo producido ya sea por causas patológicas, por anticipar un ingreso que no llega, o por la presión que la publicidad hace en esta realidad que ha sido llamada “sociedad del consumo”. No hay que descartar el sobreendudamiento fraudulento que se da cuando un deudor sabe que no pagará las deudas que contrae y lo hace de mala fe. Un régimen de insolvencia tendrá que hacerse cargo de estas situaciones combinando las medidas y las soluciones que auxilien al deudor de buena fe, desincentiven al de mala fe o, incluso sancionen a éste.

La fundamentación legal de un régimen de Insolvencia del Consumidor debe arrancar de la previsión de los artículos constitucionales: “Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.” (énfasis añadido) Y, concomitantemente, 73, fracción X: “Para legislar en toda la República sobre ... comercio...”; fracción XXIX-E. Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios; fracción XXX: Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.

Propuesta de estructura de un régimen de insolvencia del consumidor.

Las ideas siguientes son una simple idea de cómo podría abordarse el problema en México. Al llamarle “problema” se quiere decir eso exactamente: un incremento de la deuda de los consumidores puede producir un malestar social intenso y un serio peligro a la economía. México lo vivió en la segunda parte de la década de los 90. Por eso es menester que además de las políticas educativas que se implementen para guiar al consumidor y usuario de crédito, debe establecerse un régimen legal adecuado.

Los profesores Walters y McKenzie de las Universidades Kent de Chicago y de Aberdeen lo expresan así: “The policy response to rising levels of consumer debt and financial distress has two aspects. The first aspect is an ongoing attempt by government to develop preventative strategies aimed at limiting consumer over-indebtedness. These strategies emphasize responsible lending, debt advice and financial education. The second aspect — which forms the subject matter of this

62 BECKET, Alane A.; NC NEAL, William A. Consumer Bankruptcy. American bankruptcy Institute. Third edition. Alexandria Va. 2011. Page 1

article — is a series of current reform proposals that seek to modernize the insolvency laws...”⁶³

El enfoque educativo debe concentrarse en convencer que tener bienes no significa ser solvente, la costumbre de pagar es la mejor situación de solvencia en el caso de personas naturales.

Respecto del enfoque de creación legislativa, el régimen que a continuación se propone, se ha diseñado con base en los principios que se desprenden de los apartados anteriores del presente y guarda por propósito el motivar el estudio y discusión del tema a fin de lograr un consenso que permita llegar a una legislación sólida.

Sujetos a los que se aplica

El primer tema a dilucidar es a quién debe aplicar el procedimiento de insolvencia del consumidor, es decir el definir el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley. Para ello un régimen en México deberá definir que se aplica a:

- a. personas físicas que sean además;
- b. consumidores y/o usuarios en los términos que como tales definen la Ley de Protección al Consumidor y la Ley de Protección y Defensa a los Usuarios de Servicios Financieros⁶⁴;
- c. El cónyuge (en caso de matrimonio, o el equivalente en el régimen que exista para unión de parejas del mismo sexo) en el supuesto que exista un régimen económico comunitario.
- d. las sucesiones de los anteriores.

Deberá consignarse que se excluye a los comerciantes personas físicas en los términos que a éstos se refiere la Ley de Concursos Mercantiles.

Detonante

Esto es, cuándo se dan las condiciones para iniciar el procedimiento.

El deudor podrá solicitar su insolvencia cuando se vea en la imposibilidad de cumplir con sus adeudos y haya incumplido a por lo menos dos acreedores.

Si en el pasado ya solicitó o le fue demandado un procedimiento de insolvencia al que estuvo sujeto, deben haber transcurrido al menos cinco años de la conclusión del anterior.

Un acreedor estará autorizado a pedir la apertura del procedimiento cuando el deudor se vea en la imposibilidad de cumplir con sus adeudos y haya incumplido a por lo menos dos acreedores.

Efectos de la declaración de insolvencia

63 Paper: Consumer Bankruptcy Law Reform in Scotland, England and Wales by Donna McKenzie Skene* and Adrian Walters†. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=914522

64 Ley Federal de Protección al Consumidor: “ARTÍCULO 2.- Para los efectos de esta ley, se entiende por: I. Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios...”

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros: “Artículo 2o.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por: I. Usuario, en singular o plural, la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa tenga algún derecho frente a la Institución Financiera como resultado de la operación o servicio prestado;...”

El deudor permanece en la administración de sus bienes.

Los créditos dejan de generar intereses y se convierten a UDIs.

Se suspenden todos los pagos a acreedores, con excepción de las pensiones alimenticias y los salarios a sus trabajadores. Podrán seguir haciéndose los pagos que se generen en lo sucesivo (suministros, arrendamiento)

Se suspenden las ejecuciones en el patrimonio del deudor.

Procedimiento y su administración

El procedimiento será llevado administrativamente por el hasta ahora Instituto Federal de Concursos de Especialistas de Concursos Mercantiles que cambiará de nombre por el de Instituto Concursal. En este caso el procedimiento será gratuito para el deudor.

La Cámara Nacional de Comercio a través de sus estructuras nacionales y de arbitraje y mediación estarán capacitadas para llevar a cabo el procedimiento.

Una vez concluido el procedimiento se podrá, a petición del deudor o de los acreedores que representen el 40% de los créditos solicitar una homologación judicial de la resolución que concluye el procedimiento.

Inicio del procedimiento.

En caso de petición por acreedor el Centro de Mediación (Instituto o Cámara de Comercio) éste recibirá la petición, designará Mediador e informará al interesado dándole 5 días hábiles para presentarse al procedimiento:

- a) oponiéndose al mismo en cuyo caso debe demostrar que no está en el supuesto de incumplimiento de pagos a por lo menos dos acreedores o exhibiendo la suma adeudada al acreedor que hizo la petición, si la oposición procede se concluye el procedimiento, si no, se le pide al deudor presente el inventario de bienes y la relación de acreedores, o bien,
- b) aceptando el procedimiento y adjuntando el inventario de sus bienes y una lista de sus acreedores con los datos de sus créditos.

En caso de solicitud por el deudor, éste acompañará información sobre sus ingresos, el inventario de sus bienes y una lista de sus acreedores con los datos de sus créditos, incluyendo los datos de aquellos en los que exista juicio iniciado. El centro de mediación (Instituto o Cámara de Comercio) recibirán la petición, designará Mediador y convocará a los acreedores para que en un plazo de 30 días naturales presenten sus créditos con detalle de documentos en que conste, estado de cuenta y demás detalles de los mismos.

En la misma resolución que admita la solicitud o la petición se designará Mediador y se ordenará:

- Al deudor constituirse como depositario de sus bienes.
- Los créditos dejan de generar intereses y se convierten a UDIs.⁶⁵

⁶⁵ UDI: Unidad de inversión. Medida de inflación emitida por el Banco Central mexicano para indexar obligaciones.

- Suspender todos los pagos a acreedores, con excepción de las pensiones alimenticias y los salarios a sus trabajadores. Podrán seguir haciéndose los pagos que se generen en lo sucesivo (suministros, arrendamiento)
- Suspender las ejecuciones en el patrimonio del deudor.
- Notificar el inicio del procedimiento a las autoridades fiscales y a la Procuraduría Federal del Consumidor y a la Comisión para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros la instauración del procedimiento.

Una vez que el mediador cuente con la información de los créditos en litigio, notificará al juez o autoridad correspondiente a fin de que continúe el procedimiento pero sin que ninguna ejecución o pago se pueda llevar a cabo, debiendo éstos quedar a resultas de la negociación en el procedimiento concursal.

La formación de la Masa

Formarán parte de la Masa concursal la totalidad de los bienes del deudor incluyendo las partes alícuotas que tenga en sociedades o patrimonios de carácter conyugal. Estarán exentos de formar parte aquellos bienes que son inembargables por disposición legal.

Los actos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores podrán ser anulados por demanda de los acreedores en los términos de la legislación común y la nulidad resultante beneficiará a la totalidad de la Masa.

El deudor deberá proporcionar un inventario al solicitar el procedimiento o contestar la petición de apertura de un acreedor y el Mediador designado tendrá facultades para determinar la existencia y adhesión a la Masa de otros bienes. Los acreedores podrán proporcionar al mediador información que auxilie en tal propósito.

La definición de los créditos

Al hacer la solicitud el deudor deberá presentar una lista detallada de todos los créditos adeudados (nombre, tipo de crédito, montos, calendarios, datos de juicio, etcétera).

Lo mismo deberá hacer al contestar la petición en caso de que un acreedor haya iniciado el procedimiento.

Desde la declaración del estado concursal del deudor, los acreedores contarán con 30 días naturales para presentar al mediador sus créditos con detalle de documentos en que conste, estado de cuenta y demás detalles.

Concluido el plazo, el Mediador publicará la lista de los créditos. El deudor y los acreedores contarán con 8 días naturales para hacer observaciones. 5 días después de concluido el plazo, el mediador hará pública la lista definitiva. Deberán excluirse aquellos créditos regulados por el derecho civil común propio de cada Estado de la República.

El Mediador.

Será la persona responsable de manejar el procedimiento.

Será responsable de procurar el logro de un convenio entre el deudor y la mayoría de los

acreedores que representen más de la mitad del monto total de los créditos reconocidos.

Está obligado a proporcionar al deudor y a los acreedores toda la información que conjunte en el procedimiento.

El Convenio y el pago a los acreedores.

El convenio es el acuerdo que el Mediador consiga entre el deudor y los acreedores que representen por lo menos, más de la mitad del monto total de los créditos reconocidos.

Los términos del convenio serán el resultado de la negociación sin que haya limitación alguna. Puede incluir venta de activos, espera, quita, fijación de un porcentaje del ingreso del deudor para repartirse entre los acreedores en forma periódica y cualesquier otra medida que se juzgue oportuna, incluyendo, si así se vota, un trato diferenciado a alguno de los acreedores.

Obtenido el convenio será obligatorio para la totalidad de los acreedores anteriores a la declaración del estado de concurso del deudor.

En caso de no lograrse un convenio, en un plazo de 60 días naturales a partir de la declaración del estado de concurso, con excepción de los acreedores garantizados, de las pensiones alimenticias y los salarios a sus trabajadores, no habrá preferencia alguna, todos, incluyendo los acreedores fiscales, tendrán el mismo grado y se cubrirán a prorrata. El Mediador pagará a los acreedores, realizando los activos del deudor y pudiendo imponer a éste un Plan que contenga la obligación de destinar un determinado porcentaje de su ingreso para el pago periódico a los acreedores a prorrata. En este último caso, el plazo para cubrir a los acreedores no excederá de cinco años.⁶⁶

Si el concurso llega a este momento, sin que los acreedores garantizados hayan ejecutado su garantía, el Mediador hará vender los bienes y depositará el importe del crédito y de los réditos correspondientes.

Para la venta de los activos se aplicarán los términos establecidos en la Ley de Concursos Mercantiles para la ejecución de los activos.

Los litigios que queden pendientes seguirán su curso y, al definirse se incorporarán los derechos y obligaciones resultantes al convenio o a la decisión de liquidación tomada por el Mediador.

Acreedores garantizados.

Los acreedores garantizados podrán, si así lo desean, sumarse al Convenio celebrado con el deudor. En caso contrario podrán ejecutar sus garantías a efecto de cobrar con su importe su crédito. Deberán dar aviso al Mediador de su procedimiento. El deudor o el mediador de motu proprio o a petición de los acreedores podrán apersonarse al procedimiento para cuidar que la valuación sea óptima y se obtenga el mayor resultado posible de la ejecución a fin de integrar a la masa, el sobrante del pago al acreedor garantizado.

66 García Alvarado sugiere que se pueda aplicar un "means test" como es llamado al procedimiento establecido en el artículo "§ 707. Dismissal of a case or conversion to a case under chapter 11 or 13", del Bankruptcy Code de los Estados Unidos de América. GARCÍA ALVARADO, Eduardo C. "Creando un Régimen de insolvencia para consumidores en México". Tesis profesional. ITAM, 2012, páginas 11 y 32

Exoneración

La culminación del procedimiento, ya sea por convenio o por el Plan definido por el Mediador, dará por concluidas las obligaciones del deudor.

El incumplimiento del convenio o del plan dará acción a los acreedores para anular la exoneración y hacer renacer el procedimiento concursal a menos que el deudor se ponga al corriente en las obligaciones del convenio o del plan al ser notificado de la acción de los acreedores.

No se otorgará el beneficio de la exoneración cuando, en el plazo de 10 años anteriores se haya otorgado el mismo dos veces al mismo deudor.

Situación Transfronteriza

Cuando se presenten casos de deudores extranjeros con bienes en México o de mexicanos con bienes en el extranjero, se seguirá el tratamiento prescrito en el Título Décimo Segundo de la Ley de Concursos Mercantiles.⁶⁷

Instrumentación legislativa.

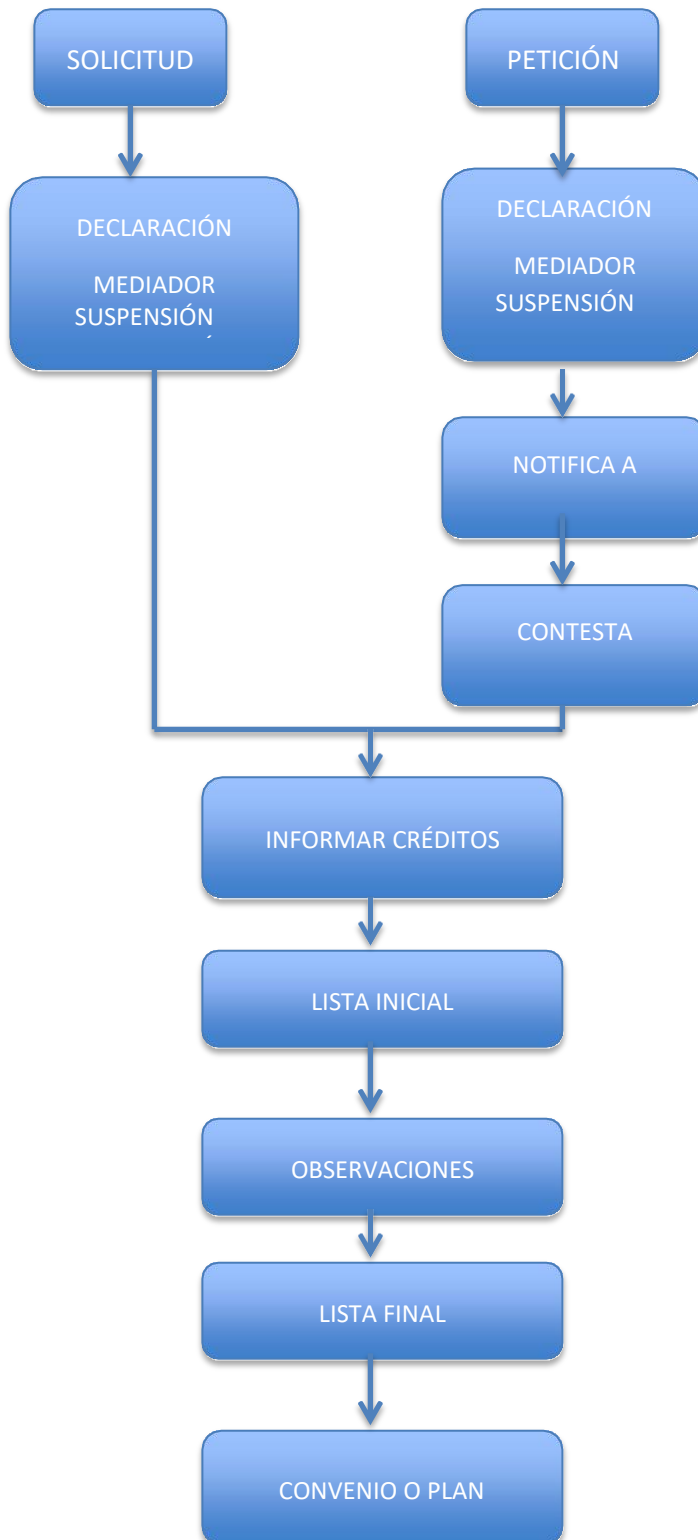
Para la adopción de un régimen de insolvencia para el consumidor puede pensarse en dos opciones: a) su inclusión como un nuevo título en la Ley de Concursos Mercantiles (que debería entonces cambiar su nombre por Ley de Concursos Mercantiles y del Consumidor) o, b) crear un cuerpo legal específico: “Ley de Concursos del Consumidor”.

Adicionalmente será necesario introducir reformas a otras leyes:

- Ley de Concursos Mercantiles para cambiar el nombre del IFECOM y ampliar sus facultades.
- Ley Orgánica del Poder Judicial para cambiar el nombre del IFECOM
- Ley Federal del Trabajo para que en caso de que trabajadores ejecuten bienes del deudor, la Junta entregue al Mediador el sobrante después de pagar los créditos laborales.
- Ley Federal de Protección al Consumidor para incorporar la obligación de colaborar con el mediador de los procesos concursales.
- Ley de Protección y Defensa a los Usuarios de Servicios Financieros para incorporar la obligación de colaborar con el mediador de los procesos concursales.

67 El título Décimo Segundo de la Ley de Concursos Mercantiles es la adopción que México hace de la Ley Modelo de CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza.

Flujograma



Comentario Final.

México, al igual que otros países que carecen de un sistema eficiente de insolvencia de las personas naturales y de los consumidores, deberá plantearse la conveniencia de lograr un régimen que atienda esta problemática. Los modelos existentes tanto en diversas jurisdicciones como en los instrumentos de análisis doctrinal y de Derecho Comparado deben servir de base a la toma de decisiones al respecto.

La propuesta hecha en el último capítulo lleva la intención de motivar el estudio y discusión de cuál debe ser la respuesta que cada país dé conforme su sistema jurídico y su realidad socio-económica.

México D.F. Enero 2016.

I PROCEDIMENTI CONCURSUALI PER LA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO**Stefania PACCHI****Premessa.**

La reazione sanzionatoria, a volte addirittura efferata, dell'Ordinamento al fallimento proveniva dalla lungimiranza mercantile che per proteggere il circuito degli affari dal possibile ammutinamento dei finanziatori aveva pensato che tanto rigore avrebbe creato un'aurea di correttezza attorno alla classe stessa.

La connotazione attribuita al fallimento indusse l'Ordinamento a riservarlo alla classe mercantile – quella che aveva preteso per sé stessa tanto rigore - così lasciando fuori dall'area di applicazione alcune categorie⁶⁸. Fu per scelte che possono ricondursi a disparate e a volte contrastanti interpretazioni. Forse certe categorie rimasero esenti dal rigore del fallimento perché svolgevano attività sottoposte a rischi imponderabili addirittura in misura superiore ai mercanti, o perché offrivano servizi di natura intellettuale o perché non facevano ricorso al credito (o non lo facevano nella stessa misura dei mercanti), o perché non intessevano molteplicità di rapporti, o perché non avrebbero creato turbativa con la loro insolvenza, o alla fine perché il legislatore voleva proteggere determinati censi da una normativa creata dai e per i mercanti “dai piedi polverosi” impegnati in affari di sporco denaro. Pur nell'evoluzione giuridica del soggetto – dal mercante al commerciante e, quindi, all'imprenditore – l'impostazione di riservare la procedura concorsuale alla categoria più rappresentativa nella scena economica fu calata dal codice di commercio francese del 1807 ai codici commerciali italiani del 1865 e del 1882 per giungere, infine, pressoché inalterata nei principi fino a noi.

L'esenzione fu e rimane tuttora nella nostra legge per gli imprenditori agricoli e per i professionisti intellettuali. A questi deve aggiungersi l'esenzione dal fallimento – questa però perché altra specifica procedura è prevista – dell'ente pubblico che in tal modo continua a gravitare nella sfera di dominio dell'autorità amministrativa.

Ma poi fu deciso che neppure tutti gli imprenditori dovessero essere sottoposti al fallimento quando la dimensione dell'iniziativa e quindi dell'insolvenza rendesse improduttiva l'applicazione di una procedura che impegna giudici e produce costi riducendo le già scarse possibilità di soddisfacimento dei creditori.

La riserva all'imprenditore commerciale di natura privata e di dimensione normale permase anche dinanzi all'introduzione di procedure preventive che almeno in astratto avrebbero potuto conservare l'attività e che si presentavano come un beneficio sia per l'imprenditore, sia per i creditori.

E nel tempo è stata creata così una corsia che consente ai creditori di chi è imprenditore commerciale di natura privata e di dimensione normale di usufruire degli strumenti concorsuali previsti dalla legge fallimentare ed un'altra corsia che agli stessi creditori, ma di soggetti esclusi dall'applicazione di quegli strumenti, consente soltanto l'utilizzo delle procedure esecutive previste dal codice di procedura civile. Tale diverso trattamento ha sollevato dubbi di legittimità

68 Sulla configurazione del fallimento da ultimo cfr. F.COLAO, Per un profilo storico dell'insolvenza e negoziazione, in Studi Senesi, 2013, fasc. 2, p. 207 ss.

costituzionale con riferimento all'art. 3 ma la questione è stata ritenuta manifestamente infondata dalla Corte Costituzionale (16.6.1970, n.94) che ha sottolineato, appunto, per sostenere la coerenza dell'impostazione legislativa con i principi della Carta fondamentale, il diverso impatto che l'insolvenza dell'imprenditore commerciale provoca sulla collettività rispetto a quella di chi imprenditore non è (il c.d. debitore civile).

Nonostante gli stimoli da tempo provenienti sia dal Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza transnazionali (Reg. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000), sia dalle legislazioni di Paesi vicini (Belgio, Francia, Spagna, Portogallo, Gran Bretagna) e di oltre Oceano (Stati Uniti) per liberare dalla morsa delle procedure esecutive individuali non solo tutti gli imprenditori, a prescindere dal tipo di attività svolta e dalla dimensione ma anche il c.d. debitore civile, e quindi, sia il professionista che il consumatore sovraindebitato - quest'ultimo dilagante fenomeno dimostrando che il frequente ricorso al credito non è più appannaggio esclusivo dell'imprenditore - il nostro legislatore ha continuato per la strada imboccata fin dagli albori della disciplina fallimentare e seguita senza tentennamenti fino al 2011.

La percezione del problema.

Le difficoltà economiche e finanziarie degli ultimi anni avevano reso manifesta l'incongruità di un ordinamento che solo per l'imprenditore commerciale non piccolo di natura privata prevedeva un sistema di regolazione concorsuale della crisi, affidato all'iniziativa dello stesso debitore e, solo in situazioni di insolvenza azionabile anche dai creditori, mentre lasciava che per gli imprenditori non fallibili e i debitori civili vi fosse soltanto l'azione esecutiva individuale.

La differenza di trattamento – acuita dalle variegate possibilità oggi affidate all'imprenditore fallibile e che possono declinarsi in strumenti conservativi e in liquidazioni (per la persona fisica) anche esdebitative

- diveniva sempre più stridente⁶⁹. Oltre all'indebitato non esercente attività d'impresa e a chi lavora nell'ambito delle professioni "protette", rimanevano fuori dall'area della concorsualità imprenditori
- i piccoli e quelli agricoli – che occupano un'ampia area della nostra economia. La dottrina si occupava sporadicamente del tema⁷⁰ ed il legislatore non raccoglieva il monito di chi – riconoscendo il contributo di tali soggetti - raccomandava che *"the principle of "think small first" must become the touchstone of European and national policies"*⁷¹.

Appariva quasi come uno sterile accanimento del legislatore la mancanza di una disciplina ad

69 Già per una critica vedi F. FERRARA jr. – A. BORGIOLO, Il fallimento, V ed., Milano, 1995, p. 47 e da ultimo: M. FABIANI, Diritto fallimentare – Un profilo organico, Bologna, 2011, p. 62; S. PACCHI, Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento, in AA.VV. (a cura di), Manuale di diritto fallimentare, II ed., Milano, 2011, p. 35; L. GUGLIELMUCCI, Diritto fallimentare, V ed., Torino, 2012, p. 23 ss.; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali, II ed., Bologna, 2012, 64; M. VENTORUZZO, L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa, cit., p. 1043; M. NOTARI, Le imprese non soggette al fallimento: (a) le imprese agricole; (b) le imprese pubbliche, in AA.VV., Diritto fallimentare. Manuale breve, Milano, 2013, 102 ss.; L. STANGHELLINI, Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza, Bologna, 2007, p. 158-163; N. RONDINONE, Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità, Milano, 2012

70 G. PRESTI – L. STANGHELLINI – F. VELLA, L'insolvenza del debitore civile. Dalla prigione alla liberazione, in Analisi Economica del diritto, 2/2004 dove anche un'analisi dello stato legislativo negli altri Ordinamenti

71 Entrepreneurship 2020 action plan COM(2012) 795 /2, in <http://eurlex.europa.eu/>, p. 5.

hoc capace di sistemare la crisi – magari secondo diversi modelli – arrivando, in presenza di condizioni anche severe, a una liberazione del debitore civile dai debiti residui al fine di ripartire da zero (di qui l'espressione *fresh start* utilizzata in tali ipotesi) e di riacquistare un ruolo attivo nell'economia, senza restare schiacciati dal carico dell'indebitamento preesistente.

La crisi premeva facendo emergere in tutta la sua gravità il fenomeno sia del default delle piccole imprese e delle imprese agricole abbandonate alle azioni esecutive, sia dell'accesso al credito, incontrollato e senza limiti, da parte del consumatore che si converte per lo più in soggetto sovraindebitato⁷². Atteso che la prevenzione - grazie all'intervento della direttiva comunitaria 23 aprile 2008/48/CE⁷³ che ha spinto il nostro legislatore ad intervenire con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141⁷⁴ - si compie sul fronte dell'informazione precontrattuale (art. 124)⁷⁵ che dovrebbe consentire una responsabile assunzione dell'obbligazione e della verifica del merito creditizio (124 bis)⁷⁶, rimaneva tuttavia da creare un rimedio ex-post che, al pari di quanto oggi la legge prevede per l'imprenditore commerciale, consentisse sia al debitore civile che all'imprenditore non fallibile di riemergere dopo essersi liberati dai debiti residui. Il rimedio per il sovraindebitamento si presenta pertanto come un "figlio della crisi economica, per affrontare, a livello di massa, situazioni di insolvenza non considerate dalle tradizionali misure concorsuali ed

72 G. COSÌ, *Il debito: un fenomeno patologico*, in *Studi senesi*, 2013, fasc. 2, p. 228, così scrive: "Chi si trova in condizione di sovraindebitamento – sembra dire la ratio della norma – non è altro che un soggetto che ha sbagliato, che ha commesso un errore di valutazione nell'applicare la propria buona intenzione di indebitarsi per consumare (e di buone intenzioni, come si dovrebbe sapere, è lastricato l'inferno). Ecco il nuovo soggetto antropologico che sta al centro delle nostre società a "crescita obbligatoria"; e che non a caso va in depressione – sia economica che psicologica – quando questa crescita viene a mancare: il consumatore".

73 Questa direttiva relativa ai contratti di credito ai consumatori (pubblicata in G.U.C.E. del 22 maggio 2008, n. L. 133 ed entrata in vigore l'11 giugno 2008) ha abrogato la direttiva 87/102/CEE che era stata attuata in Italia con la L. 19 febbraio 1992, n. 142, (Legge Comunitaria per il 1991), le cui disposizioni erano state successivamente abrogate e riprodotte all'interno del Titolo VI, Capo II e III, del T.U.B. (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) In seguito all'introduzione del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) parte dell'art. 125 T.U.B. fu trasposta nell'art. 42 del Codice stesso. È stato a seguito della Direttiva 08/48/Ce, attuata in Italia con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che la disciplina ha subito notevoli modifiche.

74 Il d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, e successive modificazioni, (pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 4 settembre 2010, n. 209) ha sostituito il Capo II del Titolo VI del Testo unico bancario per recepire la direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori.

75 Ai sensi dell'art. 1: "Il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito".

76 Il primo comma così recita: "Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente". Come è stato efficacemente scritto (G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 2013, p. 38): "(...) il finanziatore viene vincolato al "prestito responsabile". In virtù di quest'ultimo, il creditore deve stimare preventivamente il merito creditizio e la solvibilità del consumatore, scegliendo l'operazione creditizia conforme alle esigenze ed alla situazione patrimoniale e finanziaria del medesimo: viene così messo in discussione il principio di autoresponsabilità del consumatore. (...) Infatti quale "relitto" che evoca la originaria e globale prospettiva sul "prestito responsabile" disegnata nella Proposta rimangono l'art. 5 c.6 – che arricchisce i doveri di informazione e di assistenza – nonché l'art. 8 che fissa l'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore". In sostanza il principio del prestito responsabile "mira ad impedire la concessione del credito al consumatore che, privo della capacità di rimborsare lo stesso, verrebbe di conseguenza ad essere necessariamente posto in una situazione di sovraindebitamento" (Autore e op, cit., p. 44).

oggi di drammatica diffusione ed attualità⁷⁷.

Probabilmente è stato il dibattito circa il possibile sbocco (costituito dall'esdebitazione) di un procedimento per il sovraindebitamento che frenava una risposta al tema.

In sostanza non si trattava tanto di rompere lo steccato, esistente da secoli, che diversificava la disciplina dell'insolvente commerciale da quella dell'insolvente civile⁷⁸, quanto, infatti, di saltare il fossato per scorrere da un sistema ancorato esclusivamente alle procedure esecutive individuali – uno studioso argentino scrive che «Para el productor, industrial o comerciante rige la par condicio, para el consumidor el prior in tempore»⁷⁹ – ad uno che consentisse una negoziazione della crisi⁸⁰ ed una esdebitazione anche ai soggetti deboli⁸¹ quali il consumatore (sia esso professionista o lavoratore subordinato), l'imprenditore di piccole dimensioni e l'imprenditore agricolo, attualmente espunto, se pur con impostazione ormai criticabile, dalle procedure concorsuali.

Era in giuoco, di nuovo, la barriera dell'art. 2740, cod. civ., che ad oggi per molti risulta ancora insuperabile per il debitore civile (per cui l'esdebitazione potrebbe spingere verso un consumo irresponsabile⁸²) ma, da tempo, non più per l'imprenditore commerciale⁸³.

Eppure il riconoscimento della possibilità dell'esdebitazione a tutti i debitori per molti altri appare come una soluzione apprezzabile, oltre che socialmente e umanamente, anche su quello economico consentendo al soggetto che ne beneficia di risollevarsi ricominciando un'attività lavorativa e una vita dignitosa. Ma non solo. Non può, infatti, trascurarsi – come autorevole dottrina spagnola ha evidenziato⁸⁴ – l'impatto che la previsione dell'esdebitazione svolge sia sul debitore inducendolo a ricorrere tempestivamente a una procedura di sistemazione dei propri debiti, e a collaborare onestamente e assiduamente per la migliore esecuzione possibile dell'accordo, sia (in via preventiva) sui creditori, inducendoli a comportamenti accorti nella

77 M.A. LUPOI, Le ultime novità in materia di giustizia civile (dall'estate 2011 all'inverno 2012), in www.academia.edu/.../Le_ultime_novita_in_materia_di_justizia_civile_

78 Cfr. A. CASTAGNOLA, L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale, in AGE, 2004, p. 243 ss.

79 A.A. DASSO, La exaltación del consumo y el derecho del consumidor al procedimiento concursal, relazione tenuta a Roma nel Convegno La composizione delle crisi da sovraindebitamento, il 7-8.6.2012.

80 Certamente – come osserva G. TERRANOVA, La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Di Marzio - Macario - Terranova (a cura di), Il Civilista, p. 8, 2012 – la spinta che hanno i creditori dell'imprenditore fallibile a negoziare oggi la crisi usufruendo delle protezioni previste per gli strumenti di cui agli artt. 67, co. 3, lett. e; 160; 182-bis, LF; non è rinvenibile tra i creditori del debitore civile: «non vi sono valori organizzativi da salvaguardare e, quindi, non vi sono remore ad intraprendere le azioni esecutive; gli accordi individuali con il debitore sono possibili perché la revocatoria ordinaria non travolge i pagamenti di debiti scaduti ed esigibili (e nemmeno le garanzie concesse allo stesso scopo); non si corrono rischi di natura penale».

81 A. AGNESE, Osservazioni storiche e comparatistiche sul concetto di sovraindebitamento del consumatore: lex mercatoria e privilegium mercaturae nel secondo millennio, in [www. http://semplificazionifiscali.diritto.it/docs/33024-osservazioni-storiche-e-comparatistiche-sul-concetto-di-sovraindebitamento-del-consumatore-lex-mercatoria-e-privilegium-mercaturae-nel-secondo-millennio](http://semplificazionifiscali.diritto.it/docs/33024-osservazioni-storiche-e-comparatistiche-sul-concetto-di-sovraindebitamento-del-consumatore-lex-mercatoria-e-privilegium-mercaturae-nel-secondo-millennio), propone una lettura della disciplina del sovraindebitamento nel solco di una tutela dei soggetti contrattualmente deboli.

82 Per evitare un abuso da parte del debitore, sempre più spinto a sovraindebitarsi, contando sulla successiva discharge (chapter VII del Bankruptcy Code), l'Ordinamento Statunitense ha dato, secondo certa dottrina, «un giro di vite ingiustificato» (E. WARREN - A. WARREN, *The Two-Income Trap: Why Middle-Class Mothers and Fathers Are Going Broke*, p. 6 ss.) alla Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act del 2005 inserendo una serie di requisiti. Sul punto si rinvia a J. PULGAR EZQUERRA, *Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar*, cit., p. 16-35.

83 In senso critico, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, Bessone (diretto da), vol. XXV, Torino, 2012, p. 37.

84 J. PULGAR EZQUERRA, *Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar*, cit.

concessione del credito e nella contrattazione. Accortezza che può sfociare – è vero – in restrizioni del credito al consumo così come, l'assenza della esdebitazione favorisce una disinvolta concessione di credito e, di conseguenza, un consumo che può diventare sfrenato con conseguente sovraindebitamento⁸⁵.

È quest'ultima un'istanza consigliata anche dalla Guida legislativa della Commissione delle Nazioni Unite⁸⁶ sulla regolamentazione dell'insolvenza del 25.6.2004 che, se pure rivolta ai debitori che svolgono attività economiche, non manca di indicare il debitore civile - sempre nell'ottica del riconoscimento del fresh start – come destinatario delle discipline adottate da diverse Paesi in tema di esonero dal pagamento dei suoi debiti anteriori all'apertura di un procedimento della soluzione della crisi.

In realtà per l'imprenditore fallibile, sia esso persona fisica o giuridica, la esdebitazione consegue o in virtù di un concordato o, se imprenditore persona fisica, di un fallimento introdotto tempestivamente e gestito responsabilmente dal debitore (artt. 142 ss., l.fall.).

La ragione che sta dietro al riconoscimento della possibilità, accordata all'imprenditore persona fisica fallibile, di liberarsi dai debiti residui è da ricollegarsi alla presenza di un'attività economica la cui ripresa (sia essa preesistente e risorta dalle ceneri della procedura concorsuale, o sia invece nuova, non rileva) è considerata conveniente per il soggetto tornato in bonis che potrà tornare a fare impresa e per il mercato che potrà sfruttare del ricambio imprenditoriale.

Nel caso del debitore civile – diversamente per l'imprenditore commerciale non fallibile e per l'imprenditore agricolo – mancando l'impresa, risulta invece difficile per molti riconoscere un'esigenza di esdebitazione, in quanto costituirebbe soltanto lo sgravio da obbligazioni alle quali, per l'art. 2740, cod. civ., appunto, il soggetto è tenuto sine die ad adempiere, peraltro con utilità solo indiretta per lo sviluppo delle imprese⁸⁷.

Probabilmente – come uno Studioso Spagnolo ha scritto – l'istituzione dello strumento per sistemare il sovraindebitamento differisce sostanzialmente dal concorso in quanto il primo non ha – a differenza del secondo – come finalità il soddisfacimento dei creditori, ma soltanto l'adozione di misure che permettano al debitore di uscire dalla situazione di indebitamento. «Así pues, el resultado del procedimiento de sobreendeudamiento puede no consistir ni en un Convenio ni en la liquidación del patrimonio del deudor, sino que pueden imponerse soluciones a los acreedores incluso contra la voluntad de éstos. Por lo tanto, la finalidad de la institución es permitir al particular sobreendeudado que ha actuado y actúa de buena fe, salir de la situación en que se encuentra»⁸⁸.

85 J. PULGAR EZQUERRA, Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar, cit., p. 19-35.

86 CNUDMI, Guía legislativa sobre el Régimen de la insolvencia, New York, 2006, p. 24.

87 M. FABIANI, La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (d.l. 212/2011), (disponibile in: www.ilcaso.it). Come è stato osservato (B. PEÑAS MOYANO - D. PORRINI, Il sovraindebitamento delle famiglie: il rimedio del fallimento del debitore e l'esperienza spagnola, cit., p. 21), «Il fresh start si sostanzia nella concessione di una sorta di responsabilità limitata alle persone fisiche». Il motivo contrario alla concessione è che, mentre per le imprese l'impiego delle somme ricevute è vincolato e la tipologia di eventi che inducono l'insolvenza è ristretta (per esempio, perdite di gestione dell'attività), per le persone fisiche l'impiego del denaro è più libero e gli eventi che inducono la loro insolvenza possono essere moltissimi, in parte al di fuori della sfera di controllo del creditore o addirittura al di fuori della sfera di controllo dello stesso debitore (come l'insorgenza di malattie).

88 A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, in Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale e spagnolo a confronto, Sarcina - García Cruces (a cura di), Bari, 2008, p. 85 ss.

La storia del problema.

Nonostante i fermenti in sede internazionale lambissero anche il nostro Paese, il Legislatore si attardava nell'emanare una normativa che potesse costituire, se non altro, una prima proposta di regolamentazione⁸⁹.

Nel 2001 fece la sua comparsa un d.d.l. (atto della Camera n. 7497, XIII Legislatura) sul sovraindebitamento per la persona fisica non soggetta alle procedure concorsuali – il suo target era la famiglia – redatto da Adiconsum, ispirato molto da vicino alla Francia e «sostanzialmente di impronta amministrativa più che giudiziale», lasciando «ampio spazio all'accordo delle parti e al profilo contrattuale della procedura stessa»⁹⁰. Tale progetto rimase totalmente negletto.

Negli anni immediatamente successivi (tra il 2002 e il 2004) nella fucina della Riforma concorsuale vari progetti videro la luce⁹¹. Quello del gruppo DS, che presentava due diverse alternative per le persone fisiche sovraindebitate: una preventiva procedura semigiudiziale tesa al raggiungimento di un accordo tra debitore e creditori e facilitata da una Commissione di regolazione delle insolvenze e un piano di regolazione dei debiti sottoposto al voto dei creditori e all' omologa del giudice, come alternativa alla liquidazione di tutti i beni.

Vi furono poi i progetti della Commissione Trevisanato (schema d.d.l. 28.2.2004), e della Trevisanato-bis. Queste Commissioni elaboravano ciascuna un progetto per l'indebitamento del debitore civile, dell'imprenditore agricolo e del piccolo imprenditore, facendo del discharge l'obbiettivo centrale se pur regolamentato nei principi e nelle modalità di riconoscimento.

Nei progetti ricordati «sono rintracciabili diversi approcci: da un lato (è l'ipotesi dell'Adiconsum), si prescinde dalle procedure concorsuali e si regola l'insolvenza civile attraverso una procedura ad hoc, marcatamente amministrativa; dall'altro, nei provvedimenti di riforma della legge fallimentare, si postula la riconduzione della vicenda in parola alla nuova procedura delineata per la crisi dell'imprenditore, sia pure modulandone diversamente la disciplina»⁹².

Dopo la Riforma fallimentare del 2006 con la quale era naufragata ogni idea di introdurre una disciplina per il sovraindebitamento⁹³, il tema faceva parte del sommerso⁹⁴.

89 Già con Ris. CUE 26.11.2001 (si legge in <http://eur-lex.europa.eu>) relativa al credito e al sovraindebitamento dei consumatori, si segnalava che «dieci Stati membri dell'Unione Europea dispongono oggi di una legislazione specifica relativa alla liquidazione collettiva dei debiti per offrire un trattamento sociale, economico e giuridico ai consumatori in situazione di sovraindebitamento eccessivo mentre i restanti Stati membri continuano ad applicare gli ordinari procedimenti».

90 F. MAIMERI, Il quadro comunitario e le proposte italiane, in (AA.VV.) L'insolvenza del debitore civile. Dalla prigione alla liberazione, Presti - Stanghellini - Vella (a cura di), Bologna, 2004, p. 436. Quello di Adiconsum era un disegno Proposta organica di riforma delle procedure per le crisi di impresa, riguardante anche la disciplina del sovraindebitamento delle persone fisiche.

91 Per i testi di tali Progetti si rinvia a A. JORIO - S. FORTUNATO, La riforma delle procedure concorsuali. I progetti, Milano, 2004.

92 F. MAIMERI, Il quadro comunitario e le proposte italiane, cit., p. 435.

93 Pone l'accento la mancanza dell'apertura del presupposto soggettivo al consumatore e ai professionisti, G.B. PORTALE, Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali, in Autonomia negoziale e crisi d'impresa, Di Marzio - Macario (a cura di), Milano, 2010, p. 3; D. SPAGNUOLO, L'insolvenza del consumatore, in Contratto e impresa, 2008, p. 668 ss.; G. TERRANOVA, La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme, cit., p. 7 ss.

94 Proprio nel 2006 un progetto presentato nel corso della XV Legislatura (Progetto "D'Agrò n. C. 412 del 3 maggio 2006 recante "Disposizioni per il superamento delle situazioni di sovraindebitamento delle famiglie, mediante l'istituzione della procedura di concordato delle persone fisiche insolventi con i creditori") sebbene confuso nei punti centrali della

Anzi, in quell'occasione il nostro Legislatore – nonostante i contrasti sorti tra Ministero dell'Economia e quello della Giustizia⁹⁵ – aveva deviato decisamente dal possibile percorso tracciato durante i lavori di Riforma, optando – in ossequio al criterio, contenuto nella legge di delega, secondo il quale vi era l'esigenza di «semplificare la disciplina del fallimento attraverso l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità dell'istituto» – per un restringimento ulteriore dell'area della fallibilità, generando conseguentemente effetti che lo hanno probabilmente stupito ed imbarazzato.

La semplificazione non appare, in buona sostanza, come criterio valido a risolvere una problematica (quella dell'area della fallibilità/concorsualità) che dovrebbe piuttosto essere ordinata sulla base di spinte razionalizzatrici⁹⁶ del processo concorsuale e garantistiche dei diritti dei creditori, altrimenti ancorati soltanto alla procedura esecutiva⁹⁷.

Da una parte l'art. 1, co. 1, l.fall, continua, quale portavoce di una tradizione solida ma non indiscussa, a delimitare in punto di soggetto l'area di applicazione del fallimento e del concordato preventivo⁹⁸: quella dell'imprenditore che esercita un'attività commerciale, con esclusione dell'ente pubblico. Dall'altra lo stesso art. 1, co. 2, l.fall. – nel solco della scelta legislativa operata nel 1942 e tesa ad escludere dalle procedure concorsuali la piccola impresa – pone le ben note alte soglie di fallibilità in conseguenza delle quali anche il tema dell'esclusione del così detto piccolo imprenditore si faceva più spinoso, perché molti imprenditori alla luce del rinnovato art. 1, l.fall., diventavano piccoli e quindi erano relegati nel melmoso ed infinito terreno delle esecuzioni individuali.

Senza dubbio è stato proprio in conseguenza della riforma fallimentare che la riserva del regime di soluzione della crisi all'imprenditore commerciale di natura privata e di normale dimensione è apparsa, sotto diversi profili, del tutto incongrua.

Un primo profilo lo rinveniamo nel definitivo colpo inferto alla caratterizzazione infamante-sanzionatoria del fallimento accompagnato dalla spinta verso nuovi progetti di soluzione della crisi⁹⁹ resi possibili dall'affinamento degli strumenti extra, semi- giudiziali e giudiziali di composizione della crisi, proiettati ad esperire tentativi conservativi dei valori¹⁰⁰.

Un secondo profilo si riallaccia al recepimento della cultura della seconda chance, prodotto della rilettura della crisi in termini di fisiologia, che non può precludere, anche tenendo conto dell'interesse del mercato, il ritorno fresco dell'imprenditore alla scena economica. Tali punti di arrivo della riforma appaiono, di conseguenza, riduttivamente intesi se circoscritti ai tradizionali

procedura concordataria ivi abbozzata, non ebbe seguito, v. N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa e il mito della "commercialità"*, Milano, 2012, p. 153; A. NIGRO, *L'insolvenza delle famiglie nel diritto italiano*, in *Dir.banc.merc.fin.*, 2008, p. 204 ss. Dal 2006 si arriva al 1° aprile 2009, data di approvazione al Senato del Progetto Centaro sul quale v. supra par. 5 (Il percorso del legislatore italiano).

95 Sul punto F. SANTANGELI, sub art. 1, in (AA.VV.) *Il nuovo fallimento*, Santangeli (a cura di), Milano, 2006, p. 4 ss.; S. FORTUNATO, sub art. 1, in (AA.VV.) *Il nuovo diritto fallimentare*, Jorio (diretto da), t. I, Bologna, 2006, p. 40 ss.

96 Così D. PLENTEDA, *La legge delega per la riforma delle procedure concorsuali: principi e criteri direttivi*, in *Fallimento*, 2005, p. 969.

97 Per una critica all'impostazione della riforma del 2006 cfr. anche S. FORTUNATO, sub art. 1, cit., nt. 12, p. 41.

98 Cfr. (AA.VV.), *Le procedure concorsuali: dalla piccola impresa al consumatore*, Sandulli (a cura di), Milano, 2007, p. 16.

99 G.B. PORTALE, *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, II, pp. 749-762.

100 Sul punto A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, ed. II, Bologna, 2012, p. 33 ss.

personaggi delle procedure concorsuali¹⁰¹. Il tema non tocca, infatti, solo la sensibilità economica ma anche quella sociale.

Se rispetto all'esclusione degli imprenditori dalle procedure concorsuali si profila, infatti, un grave danno per il mercato del credito, per le imprese fornitrici e per la collettività che si impoverisce di settori produttivi e di opifici che, dediti ad un'attività agricola o di tipo artistico/artigianale, caratterizzano la nostra produzione anche a livello internazionale, per il debitore civile sovraindebitato la questione si colloca più sul piano della sensibilità sociale, l'insistente azione esecutiva individuale potendo apparire come un'inutile persecuzione nei confronti di chi è incapace definitivamente di adempiere le obbligazioni assunte.

Il tema – occorre avvertire – non va disgiunto però da quelli rispettivamente del consumo consapevole come approccio consapevole al credito e del prestito responsabile¹⁰². Il primo – l'approccio responsabile al consumo e quindi al credito – deve essere improntato a criteri di correttezza e chiarezza, promuovendo una vera e propria cultura finanziaria che sensibilizzi a una maggiore conoscenza dei prodotti del credito e, quindi, all'adozione di atteggiamenti prudenti nell'assunzione di obbligazioni, come già ammoniva il 26° considerando della Direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa ai contratti di credito al consumo e per la quale si deroga alla Direttiva 87/102/CEE del Consiglio¹⁰³.

Il secondo – il prestito responsabile – vuole, invece, richiamare le banche e gli istituti finanziari alla concessione del credito responsabile attraverso un'analisi accurata delle condizioni economiche del cliente/consumatore, se pure tale attività di controllo possa comportare il pericolo di un interventismo e di un controllo da parte delle entità finanziarie sulla persona¹⁰⁴. Il tema è stato oggetto di attenzione da parte della Direttiva 2008/48/CE che, preoccupandosi anche di un apparato di strumenti di prevenzione prevedeva, oltre all'informazione precontrattuale, al riconoscimento di un diritto di recesso del consumatore in diversi ambiti relazionati all'indebitamento e alle assicurazioni, anche i controversi registri dell'insolvenza che contenessero una sezione dedicata ai prestiti in atto e una agli inadempimenti. Il Legislatore italiano ha recepito (attraverso il d.lgs. 141/2010) all'art. 124-bis, T.U.B., le spinte, provenienti dalla Direttiva sul credito al consumo, verso la verifica del merito creditizio¹⁰⁵.

101 L. PANZANI, Le imprese soggette al fallimento, in La riforma organica delle procedure concorsuali, Bonfatti - Panzani (a cura di), Milano, 2008, p. 9. Sul tema cfr. anche P. PISCITELLO, La selezione delle imprese fallibili e la "frammentazione" del piccolo Imprenditore, Relazione svolta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, 23.3.2012 (in www.associazionepreite.it/materiali/selezionerdc3.pdf.fall.), p.3, che sottolinea anche l'evoluzione del credito al quale non accedono più esclusivamente le imprese.

102 Nella considerazione del sovraindebitamento non deve essere sottovalutata la posizione dei creditori al momento della concessione del credito. Cfr. G. FALCONE, Credito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore, in *Dir.fall.*, I, 2010, pp. 642-667; A. GUIOTTO, La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere, in *Fallimento*, 2012, p. 21. In Francia così la Commissione per il sovraindebitamento non è obbligata a offrire il medesimo trattamento a tutti i creditori, potendo considerare il grado di imprudenza o di negligenza del creditore nella concessione del credito, quando fosse in grado di conoscere la situazione di indebitamento esistente al momento del debitore.

103 DOUE L-133, 22.4.2008.

104 Il pericolo è segnalato da M.J. MORILLAS, Sobreendeudamiento y (des) proteccion de los consumidores, cit., p. 7.

105 Per una indagine ad ampio respiro sul tema del credito responsabile e delle sue declinazioni in ambito europeo, cfr. U. REIFNER, Verso i principi del credito nell'Unione europea, in A.SARCINA (diretto da), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas Juridicos europeos a debate*, EurConv – Lecce, 2014, p.5 ss.

Insomma il perdono deve passare da una correzione e da una rieducazione, non dal lassismo¹⁰⁶ che può ripercuotersi negativamente sui rapporti economici e creditizi.

D'altra parte dinanzi ad una crisi sia essa lo stato d'insolvenza, che per sua natura meglio si individua con riferimento a chi svolge un'attività economica, oppure il sovraindebitamento del debitore civile - dobbiamo comunque relazionarci anche con il problema della cultura che si declina, sia per il debitore che per i creditori, in termini di conoscenza (di sé, delle esperienze, delle capacità, dei limiti e delle possibilità), di consapevolezza (della crisi e delle sue dimensioni) e di tempestività (nell'adozione di uno strumento per risolverla). Solo la cultura della crisi può evitare una ripetitività di crisi che non siano fisiologiche bensì patologiche perché innescate da atteggiamenti distratti e/o compulsivi¹⁰⁷.

Da ciò il problema di individuare strumenti validi di prevenzione dell'indebitamento eccessivo declinati in punto di informazione e di educazione che si possano accompagnare a quelli di soluzione della crisi in atto.

Era necessario tuttavia stabilire se sottoporre tutti alle medesime procedure concorsuali create per l'imprenditore commerciale normale, magari apportando alcuni ritocchi per adeguare gli strumenti alle tipicità, o invece apprestare un diverso strumento concorsuale o paraconcorsuale che tenesse conto dell'esigenza di prevenzione e di correzione che il fenomeno sovraindebitamento esige¹⁰⁸. Conseguentemente occorre decidere se il nuovo strumento dovesse essere unico o duplice (una liquidazione ed un concordato o soltanto uno dei due), e inoltre, se rispetto all'ampia categoria dei debitori si dovesse apprestare un solo strumento per tutti o diversi strumenti, in considerazione vuoi delle caratteristiche del debitore e del suo dissesto, vuoi dei riflessi che la presenza o meno di un'attività d'impresa determina rispetto alle parti del rapporto creditorio e ai terzi.

Le soluzioni degli altri Ordinamenti.

Il ritardo con cui il nostro Legislatore è intervenuto¹⁰⁹ era divenuto imbarazzante e ingiustificato sol che si volgesse lo sguardo verso gli altri Ordinamenti, più o meno vicini al nostro per impostazione, che da tempo avevano preso una posizione mostrando una varietà di soluzioni¹¹⁰ sul

106 Sulla carenza di educazione del consumatore da parte dello Stato, cfr. D. GALLETTI, *Insolvenza civile e fresh start*, cit., p. 395.

107 Come scrive A.A. DASSO, *La exaltación del consumo y el derecho del consumidor al procedimiento concursal*, cit., «El consumidor navega en una barca que a diferencia de la de Ulises carece del mástil a la que se ató para evitar la tentación del canto de sirenas. Más aún, Ulises pudo prescindir de las sirenas, allí donde de ordinario, el consumidor cae en la seducción no sólo por tentación lúdica sino por necesidad».

108 Sul punto cfr. le riflessioni critiche all'impostazione dell'ordinamento spagnolo che ha puntato sull'unicità di procedure, di J. PULGAR EZQUERRA, *Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar*, cit., p. 4.

109 Come è stato scritto (A. MASCELLARO, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento. Prospettive e nuove funzioni, conseguenze e implicazioni sull'attività notarile della legge 3/2012, come modificata dal d.l. 179/2012, in Composizione della crisi da sovraindebitamento. Via di fuga per consumatori, professionisti e piccoli imprenditori?*, Quaderno n. 22 a cura dell'Associazione Sindacale dei Notai della Lombardia, reperibile in http://www.sfogliami.it/sfogliabili/101015/QUADERNO_22.pdf.) "vi è stato il completo restyling del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento, con radicale e "copernicana" metamorfosi e con l'aggiunta del procedimento di liquidazione, quando una ristrutturazione dell'esposizione debitoria non fosse praticabile".

110 Per un quadro di soluzioni cfr. L.MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 12 ss.

tema del sovraindebitamento del debitore civile¹¹¹.

Così fu per la Francia. La situazione francese, già difficile negli anni Ottanta e che vedeva un ricorso massiccio al credito al consumo,¹¹² spinse il Legislatore francese ad emanare, nel 1989, la legge 31 dicembre 1989, n. 1010, Relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles¹¹³. Con questo intervento la Francia fu il secondo Paese¹¹⁴ dell'Europa Continentale ad intervenire legislativamente per tentare di risolvere il problema dell'indebitamento eccessivo di molte famiglie soprattutto rispetto all'acquisto della casa di abitazione. Andarono, però, deluse le aspettative di chi attendeva un rimedio di tipo concorsuale. Questo era avversato da parte di chi riteneva che potesse costituire una comoda scappatoia per tanti debitori e una lesione del principio dell'obbligatorietà dell'obbligazione¹¹⁵.

La procedura è riservata alle sole persone fisiche, debitori francesi o stranieri residenti in Francia "de bonne foi" in stato di "surendettement". Non possono beneficiarne le persone morali (Società) e quelle professionali (commercianti, artigiani, agricoltori) che rientrano nell'area della procedura concorsuale collettiva riservata alle imprese regolate dal Codice di Commercio.

Fu istituito così un rimedio giudizial/amministrativo "con l'istituzione di apposite commissioni aventi il compito di esaminare le singole posizioni (...)assegnando al giudice il potere di innalzamento del termine massimo di pagamento fino a cinque anni, come anche di riduzione del tasso di interesse e del debito rimanente dopo l'esecuzione immobiliare dell'abitazione principale del sovraindebitato. (...) Il risultato di quella timidezza normativa portava all'aumento vertiginoso

111 Peraltro, a livello internazionale, i fermenti nei confronti di questa problematica – come preconizzava J.J. KILBORN, (Three Key Questions, and Evolving Answers in European Consumer Insolvency Law: Responsibility, Discretion, and Sacrifice, in J.(December 17, 2007) (2007), in I. RAMSAY, J. NIEMI, W. WHITFORD, Consumer credit, debt and bankruptcy: Comparative and international perspectives, Oxford, 2009, p. 307 ss.) "the next decade promises to be more interesting than the last" – sono ancora intensi.

112 Si tratta di "un periodo caratterizzato dalla soppressione della regolamentazione del credito che aveva liberato la distribuzione del credito e da un deterioramento della situazione economica che aveva messo in crisi numerosi ménages della società francese avevano fatto ricorso al credito in modo consistente" (così G. JOUVE, La normativa francese disciplinante il sovraindebitamento, in Atti del Convegno "L'insolvenza del consumatore: problemi e prospettive di riforma", Firenze, Palazzo Incontri, 12 maggio 2005 in <http://www.cesifin.it>, p. 1. Sul tema del credito al consumo in Francia e sulle forme di pagamento ad esso collegato v. Banque de France, Le crédit à la consommation, ENM. Rapport sur la prévention et le traitement du surendettement des ménages, Paris, 2005. Sul tema delle carte di credito come strumento di "democratisation of credit" e sul loro effetto corrosivo v. I. RAMSAY, Consumer credit society and Consumer bankruptcy: reflections on credit cards and bankruptcy on informational Economics, in . J. NIEMI-KIESILAINEN, I. RAMSAY, W.C. WHITFORD (a cura di), Consumer Bankruptcy in Global Perspective, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 17. Sull'esplosione dell'accesso al credito al consumo- favorito dagli Stati Uniti e dal Regno Unito con il processo di democraticizzazione dell'accesso al credito - avvenne però a cavallo tra gli anni Novanta e l'inizio del 2000, v. G. ROJAS ELGUETA, L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil-law-common law, in Banca, borsa, tit.cred., 2012, p. 310.

113 Con questa legge del 1989 - conosciuta come «Loi Neiertz» dal nome del Segretario di Stato per i diritti dei Consumatori che aveva assunto l'iniziativa - introduceva per la prima volta una procedura diretta non già ad assicurare il rispetto dei termini contrattuali bensì "a dare una risposta all'angoscia delle famiglie, all'urgenza delle situazioni economiche e, non di meno, all'esigenza sempre più avvertita di una chiara responsabilizzazione dei prestatori di somme e mutuatari" (così il Secrétaire d'Etat per i diritti dei Consumatori nella presentazione della legge citato da A. LAURIAT-V. VIGNEAU, L'insolvenza da sovraindebitamento in Francia, in A. SARCINA (diretto da), El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. ecc., cit., p. 46.

114 Il primo Paese fu la Danimarca nel 1984. J. NIEMI-KIESILAINEN, I. RAMSAY, W.C. WHITFORD (a cura di), Consumer Bankruptcy in Global Perspective, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

115 R. LERON, Rapport sur l'application de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, Paris, Direction des journaux officiels, 1991, VI- p. 205.

delle situazioni di crisi da sovraindebitamento sottoposte alle valutazioni delle commissioni amministrative e del giudice, sino al caos totale degli uffici pubblici amministrativi e giudiziari”¹¹⁶.

Dinanzi all’insuccesso della disciplina del 1989 e all’incedere delle crisi dei particuliers il legislatore fu costretto ad intervenire nuovamente: l’intervento del 1989 fu così seguito da quello concretizzatosi nella L. n. 125 dell’8 febbraio 1995. Invece di rivolgersi verso altri strumenti il legislatore riprese in mano l’idea di fondo della legge del 1989 che individuava nella creazione della Commissione e nel ruolo sovraordinato del Giudice il fulcro del sistema. La legge del 1995 ridefinisce le competenze della commissione e del giudice, trasformando la procedura del regolamento amichevole in una procedura di diritto comune. Mancava ancora una forma di liberazione dai debiti residui¹¹⁷.

L’incalzare della crisi che portava alla perdita dei posti di lavoro spinse il legislatore ad intervenire nuovamente nella materia con la L. n. 657 del 29 luglio del 1998 considerata “una legge di contrasto alle varie forme di esclusione sociale da eccessivo indebitamento della persona fisica e delle famiglie”¹¹⁸.

Il legislatore francese non si fermava: prima con la L. n. 710 del 1 agosto 2003, d’orientation et de programmation pour la rénovation urban, cui è stata data attuazione nel febbraio 2004 con il decreto n. 18, fu introdotta una peculiare procedura finalizzata all’esdebitazione della persona fisica¹¹⁹, successivamente nel 2010 con l’intervento del crédit à la consommation con il quale la disciplina della crisi del consumatore è stata scorporata dalla legge dedicata alla crisi imprenditoriale. Questa legislazione che ha costituito una tempestiva presa di posizione per le difficoltà delle famiglie, si caratterizza non tanto per gli strumenti di soluzione della crisi della persona fisica quanto per il piano convenzionale di rientro e per le misure dirette alla eliminazione della situazione debitoria. Si tratta di un sistema organico, dunque, per il regolamento in via stragiudiziale delle situazioni di eccessivo indebitamento dei privati.

La procedura di sovraindebitamento, attivata dal debitore dinanzi alla Commission départementale de surendettement des particuliers¹²⁰ territorialmente competente, presenta la possibilità di svolgersi in tre fasi: una fase di composizione amichevole (phase amiable) che vede al centro una trattativa tra debitore e creditori e sottoposta all’omologa del giudice; una fase di composizione controllata (phase de recommandation) che subentra alla phase amiable che non abbia portato al successo dell’operazione. In tal caso non è il debitore che propone un piano di pagamenti ma la stessa Commission départementale avvalendosi delle informazioni provenienti dal debitore. Anche questo piano sarà sottoposto al giudice per l’omologa; l’ultima spiaggia è

116 G. JOUVE, La normativa francese disciplinante il sovraindebitamento, cit., p. 2; A. LAURIAT-V.VIGNEAU, L’insolvenza da sovraindebitamento in Francia, in A. SARCINA (diretto da), El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. ecc., cit., p. 49.

117 V. CATRY, Le surendettement des particuliers et la réforme intervenue en 1995 », Rapport annuel C. cass., 1997, p. 83; P.L. CHATAIN – F. FERRIERE, Le nouveau régime de traitement du surendettement après la loi d’orientation 98-657 du 29/7/98 relative à la lutte contre les exclusions, Paris, Dalloz, 1999, p. 287; G. JOUVE, La normativa francese disciplinante il sovraindebitamento, cit., p. 2.

118 A. LAURIAT-V.VIGNEAU, L’insolvenza da sovraindebitamento in Francia, in A. SARCINA (diretto da), El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. ecc., cit., p. 50.

119 Cfr. F. PEROCHON, Entreprises en difficulté, Paris, 2012, p. 32 sottolinea che questa legge intende “assurer un désendettement durable des ménages applicable au débiteur de bonne foi dptnt la situation est jugée irrémédiablement compromise par le juge de l’exécution”.

120 Si tratta di una Commissione mista presieduta da un incaricato del Prefetto e composta dal responsabile dipartimentale delle finanze pubbliche, da alcuni membri della Banque de France, dell’associazione bancaria e delle associazioni dei consumatori.

costituita dalla phase d'insolvabilité che consiste in una fase di congelamento della posizione debitoria per un periodo massimo di tre anni, in attesa di un miglioramento della situazione economica del debitore. Tale fase di congelamento viene disposta dalla stessa Commission départementale. Al termine di tale periodo, qualora la condizione economica del debitore permanga inadeguata ad assicurare l'adempimento di una proposta di composizione, la Commission, previa valutazione dell'atteggiamento del debitore, potrà disporre la cancellazione dei debiti.

A fianco della procedura ora descritta l'ordinamento francese presenta anche una procedura di risanamento personale, distinta dalla procedura di surendettement. Si tratta di una procedura, denominata di rétablissement personnel che si apre sempre su richiesta del debitore quando questi presenti una situazione patrimoniale del tutto insufficiente a far fronte, sia pure percentualmente e con dilazioni, al passivo esistente.

La procedura in questione si colloca nel solco del fallimento per il carattere liquidativo che la caratterizza. Si distingue per essere finalizzata decisamente alla liberazione dei debiti quando la situazione non possa essere risolta diversamente, sulla base dei principi sociali per i quali è inutile perseguire per debiti chi non potrà mai farvi fronte ed è umano perdonare l'errore e condonare i debiti, specialmente quando sono stati assunti per eventi straordinari quali una malattia, un licenziamento, un divorzio ecc. quella in cui il debitore si trovi in una situazione irrimediabilmente compromessa, caratterizzata dall'assenza di qualunque prospettiva di recupero¹²¹. "Si tratta quindi di un procedimento giudiziario, sussidiario ed eccezionale, in quanto è una soluzione estrema quando null'altra soluzione è ipotizzabile; volontaria poiché non può essere intrapresa se non con l'accordo del debitore nel caso in cui non sia lui stesso ad averne fatto richiesta"¹²². In sostanza possiamo osservare che "il modello francese" è "caratterizzato da una significativa discrezionalità dell'organo che gestisce la procedura e da chance piuttosto ridotte di cancellazione del debito"¹²³.

A differenza dell'impostazione dell'Ordinamento francese, la disciplina spagnola delle procedure concorsuali si caratterizza per essere unitaria: "l'unitarietà deriva sia dalla codificazione in un unico testo di tutta la normativa riguardante l'insolvenza, sia dalla uniformazione dei requisiti sostanziali e processuali relativi alla procedura concorsuale"¹²⁴. In punto di presupposto soggettivo le disposizioni della Ley Concursal si applicano sia alle società e alle persone giuridiche, sia alle persone fisiche, a prescindere dalla loro qualità di imprenditori. Anche in punto di presupposto oggettivo permane la unitarietà: questo è identificato nell'insolvenza "aunque este concepto es también flexible y juega de manera diferente según se trate de concurso voluntario

121 Dal punto di vista delle fonti normative dobbiamo avvertire che le procedure (Surendettement des particuliers e rétablissement personnel), i cui principi sono stati sinteticamente enunciati, sono disciplinate nel Codice del consumo (Code de la consommation), agli art. L. 330-1 a L. 334-12 sulla base delle linee guida tracciate dalla Loy «Borloo», n° 20 03- 710 del 1°Agosto 2003 e dalle successive riforme contenute nella L. n° 2008-776 del 4 Agosto 2008 e nella L. (Lagarde) n° 2010-737 del 1° luglio 2010. In dottrina si rinvia a C. CARDARELLI, L'insolvenza del debitore civile in Francia, in *Analisi Giur. Econ.*, 2004, p. 310 ss.; G. X. BOURIN – C. CARDINI – V. VIGNEAU, *Droit du surendettement des particuliers*, Paris, 2012; X. LAGARDE, *Analyse prospective et comparatiste de la loi sur le rétablissement personnel*, in *Revue de droit bancaire et financier*, Septembre – octobre 2006, p. 55 s.; D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012, p. 335 ss.

122 G. JOUVE, *La normativa francese disciplinante il sovraindebitamento*, cit., p. 5.

123 PALMIERI, *Consumer bankruptcy e debt mitigation: modelli a confronto*, in *Studi senesi*, fasc. 2,, p. 395.

124 D. PORRINI, *Il sovraindebitamento delle famiglie: un'analisi di economia e diritto*, in G. BRACCHI – D. MASCIANDARO (a cura di), *Banche italiane e governo dei rischi. Imprese, famiglie, regole*, in *Fondazione Rosselli, Tredicesimo rapporto sul sistema finanziario italiano*, Edibank, 2008, p. 369 ss.

o necesario¹²⁵” possiamo individuare la Ley Concursal prevede un procedimento unico denominato “Concurso” sopprimendo così il criterio dualistico (suspensión de pagos e concurso de acreedores in senso stretto fondati rispettivamente sui presupposti di illiquidità e insolvenza), si concretizza in una procedura finalizzata all’esdebitazione del debitore. Per quest’ultimo sono risultati di gran lunga ridotti gli effetti repressivi previsti dal regime anteriore, sanzionando con l’inabilitazione solo il debitore cui il concurso è stato dichiarato culpable.

Dal punto di vista patrimoniale, la legge stabilisce che, in via generale, il debitore civile conserva il potere di amministrare i propri beni e, nel caso in cui questi svolga un’attività professionale, la dichiarazione di Concurso non interrompe l’attività che continua anche durante la procedura. Tuttavia, la Ley Concursal distingue tra concurso necesario e voluntario, stabilendo che soltanto nelle ipotesi di concurso voluntario non si producono gli effetti dello spossessamento (e quindi la possibilità del debitore di disporre dei propri beni anche durante la procedura). Diversamente se il concurso è stato sollecitato dai creditori, vertendosi in ipotesi di *concurso necesario* l’amministrazione dei beni del debitore è affidata all’amministrazione concorsuale.

Nonostante ciò, e affermata l’unitarietà del procedimento, da una lettura dettagliata della Ley Concursal del 2003 emerge come questa Legge in verità si occupa quasi unicamente delle crisi economiche dei debitori con forma giuridica di società commerciali ed invece trascuri il debitore civile ed anche il debitore piccolo imprenditore. In verità mancano procedimenti specifici per i debitori persone fisiche e, in particolare, per i consumatori. La Ley concursal “mete a todos los deudores en el mismo saco”¹²⁶, non prendendo neppure in considerazione la crisi da sovraindebitamento¹²⁷. Neppure la previsione di un procedimento abbreviato (artt. 190 e 191 L.C.), recentemente riformato¹²⁸, ha risolto la questione perché sono assenti norme specifiche per il sovraindebitamento delle persone naturali non imprenditori.

La Ley Concursal spagnola del 2003, nei suoi articoli 190 e 191, ha regolato un “procedimento ridotto” e questa disciplina succinta potrebbe essere adatta alle situazioni di insolvenza delle famiglie, ma nella pratica non è stato così perché quel procedimento ridotto continua ad essere complesso nelle sue regole ed economicamente costoso per le famiglie. Il procedimento previsto dagli articoli 190 e 191 è risultato quindi adatto per gli imprenditori piccoli, ma sempre con una certa dimensione economica¹²⁹.

Dal 2009 prende avvio in Spagna un vero e proprio processo di riforma della Ley concursal¹³⁰ che culminò nel RDL 3/2009 e successivamente nella riforma del 2011 (Ley 10 ottobre 2011, n. 37) che importò “un radicale aggiornamento” del diritto concorsuale spagnolo “alla luce della seppure

125 F. CORDON MORENO, Inexistencia en España de normas concursales específicas para los consumidores, in A. SARCINA (diretto da), El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas Jurídicos europeos a debate, cit., p. 99.

126 F. CORDON MORENO, Inexistencia en España de normas concursales específicas para los consumidores, cit., p. 101.

127 J. QUIJANO, La riforma spagnola del 2011 del diritto concorsuale: contesto ed aspetti di maggiore rilevanza, in Dir.fall., 2013, I, p. 932.

128 Ley 30/2011.

129 Per una critica a questa impostazione cfr. B. PEÑAS MOYANO, Concurso de consumidores, in La Ley, § 281, 2008 e in www.laleydigital.es; M. ZABALETA DÍAZ, La condonación de las deudas pendientes en el derecho concursal alemán, in V.V. AA, Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. 1, Madrid- Barcelona, 2005; P. GUTIERREZ DE CABIEDES, El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución, Pamplona, 2009; J. PULGAR EZQUERRA, Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar, in Revista del derecho concursal y paraconcursal, La Ley, 2008, n. 9, p. 43 ss. Si può leggere in www.laleydigital.es, 2/35.

130 J. QUIJANO, La riforma spagnola del 2011 del diritto concorsuale: contesto ed aspetti di maggiore rilevanza, cit., pp. 932-933.

breve ma intensa esperienza applicativa della Legge del 2003 e delle esperienze comparatistiche in fieri”¹³¹. Anche in questa occasione nessuna norma apparve per disciplinare in maniera particolare la crisi del consumatore così che Emilio Beltran poteva dire che si trattava di un tema con un “Gran pasado, discutible presente e incierto futuro” (Emilio Beltran¹³²). Eppure la L. 37/2011 conteneva una disposizione addizionale di rimettere alle Cortes generales una relazione sul tema nel termine di sei mesi dall’entrata in vigore della legge di riforma del 2011. Tale informe non è mai stato presentato.

Diversamente dalla Spagna, la Riforma del diritto fallimentare tedesco – nel 1999 la Insolvenzordnung ha preso il posto della vecchia Konkursordnung – da collocare nell’alveo degli ordinamenti orientati in via esclusiva alla tutela dei creditori e organizzati attorno ad un unico procedimento nel cui interno viene scelta, in considerazione dello stato e delle possibilità dell’impresa, la procedura più consona a risolvere la crisi, ha introdotto una disciplina speciale per l’insolvenza delle persone fisiche. Il procedimento d’insolvenza può, infatti, essere aperto nei confronti di una persona naturale, di una persona giuridica, di una società di persone o di capitali¹³³. Con questa Riforma, entrata in vigore il 12 gennaio del 2001, – dopo un dibattito durato almeno trent’anni¹³⁴ – fa la sua comparsa per la prima volta nell’Ordinamento Tedesco la discharge per il debitore persona fisica (Restschuldbefreiung). La persona fisica destinataria della normativa può essere un consumatore o anche un piccolo imprenditore. La disciplina prevede, per gli insolventi civili che rientrano nella nozione di consumatori, una procedura d’insolvenza ad hoc, che sfocia in una esdebitazione Verbraucherinsolvenzverfahren di cui al § 305 InsO); una procedura di insolvenza semplificata, (Vereinfachtes Insolvenzverfahren di cui al §§ 311 ss. InsO), ed una procedura di liberazione dai debiti residui (Restschuldbefreiungsverfahren di cui al §§ 286 ss InsO) dedicata a tutte le persone fisiche, a prescindere dalla loro qualifica di consumatori.

Sono previsti tre gradini: in un primo momento ha luogo il tentativo di una soluzione stragiudiziale dei debiti. Se questo non ha successo, il debitore può tentare un accordo giudiziale sottoposto all’assenso dei creditori e, in ultima istanza, in caso di ulteriore insuccesso potrà utilizzare un procedimento semplificato d’insolvenza (§§ 311 e ss. InsO.) avente la funzione di liquidare il patrimonio per soddisfare con il ricavato i creditori – la cui apertura potrebbe essere disposta dallo stesso giudice – in conseguenza del quale potrà ottenere la liberazione dai debiti. Il tribunale, su richiesta del fiduciario al quale viene attribuita la conservazione e amministrazione del patrimonio, può disporre la rinuncia totale o parziale alla liquidazione.

L’Insolvenzordnung prevede, per tutte le persone fisiche che non siano in possesso dei requisiti soggettivi di cui al § 304 InsO., la liberazione dai debiti residui, che presuppone vi sia già stata la liquidazione dei beni del debitore, il cui ricavato non è stato però sufficiente a soddisfare per intero le pretese creditorie. Il debitore è ammesso alla presentazione di una domanda di liberazione, con cui sostanzialmente si impegna, per un periodo di sei anni, decorrenti

131 Dal II paragrafo del Preambolo del Progetto riportato da J. QUIJANO, La riforma spagnola del 2011 del diritto concorsuale: contesto ed aspetti di maggiore rilevanza, cit., p. 934.

132 Tratamiento de la insolvencia de la persona natural, in www.youtube.it.

133 Sulla disciplina tedesca cfr.: D. CERINI, Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono, cit., 379 ss.; nonché G. LECHNER, The German Consumer Bankruptcy Process — (Not) A Rational Solution for All Filers for Bankruptcy, in AA.VV., Consumer Bankruptcy in Europe Different Paths for Debtors and Creditors, EUI Working Papers, Law, 2011/09, p. 59 ss.

134 G. LECHNER, The German Consumer Bankruptcy Process — (Not) A Rational Solution for All Filers for Bankruptcy, in AA.VV., Consumer Bankruptcy in Europe Different Paths for Debtors and Creditors, EUI Working Papers, Law, 2011/09, p. 59 ss.

dall'apertura del procedimento, a cedere ad un fiduciario la parte pignorabile dei crediti derivanti dalla propria attività lavorativa.

In altri termini, il debitore dovrà promettere, per tutta la durata del periodo, di fare tutto ciò che è necessario per adempiere le proprie obbligazioni e di tenere una condotta impeccabile. In particolare, la legge prevede specifici obblighi a carico del debitore (che dovrà essere meritevole¹³⁵ del beneficio ai sensi del § 290. *Versagung der Restschuldbefreiung*): cedere al fiduciario la metà dei patrimoni ereditati e delle risorse acquisite nello svolgimento della propria attività; comunicare al fiduciario ogni cambio di residenza; adempiere tutte le obbligazioni della massa fallimentare nelle mani del fiduciario. Qualora non si verifichi alcuna violazione colpevole di tali doveri, trascorsi sei anni, il debitore, anche se egli è riuscito ad adempiere solo in minima parte le proprie obbligazioni, a fronte di una buona condotta, potrà ottenere la liberazione dai debiti residui¹³⁶.

Il lento ed incerto percorso degli Ordinamenti Francese, Spagnolo e tedesco verso la liberazione del consumatore dai debiti è stato orientato, come è noto, dall'indirizzo, risalente nel tempo anche se da ultimo riveduto e corretto¹³⁷, del Legislatore Statunitense che della discharge per consentire to make a fresh start in life, ha fatto per lungo tempo il suo vessillo¹³⁸.

Semplicità e immediatezza sono i caratteri della disciplina statunitense. I principali scopi di questo Ordinamento sono, da un lato, di dare al debitore onesto a new fresh start liberandolo dalla maggior parte dei debiti e dall'altro, di rimborsare i creditori in modo ordinato, nella misura in cui il residuo patrimonio del debitore lo consenta.

L'attuale Diritto delle crisi negli Stati Uniti è regolato a livello federale nel Titolo 11 dell'U.S. Code dedicato a ogni tipo di debitore – per cui il procedimento di Liquidation disciplinato nel Chapter VII o la Reorganization prevista nel Chapter XI sono applicabili a tutti i debitori - anche se poi vi sono strumenti – come quello disciplinato nel Chapter XIII (*Adjustment of debts of an*

135 Sulla vaghezza dell'immagine del debitore "onesto" essendo "able to both attribute everything "negative" to debtors and to take into account all the strokes of fate that may result in insolvency" cfr. G. LECHNER, *The German Consumer Bankruptcy Process – (Not) A Rational Solution for All Filers for Bankruptcy*, cit., p. 61.

136 Sull'Ordinamento tedesco della crisi cfr. D. MALTESE, *La nuova legge tedesca e la riforma delle procedure concorsuali, in Il fallimento*, 2001, p. 146 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Milano, 2000; G. PAPE, *Entwicklung des Verbraucherinsolvenzfahrens im Jahre 2003*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 35, 2003, p. 2492; W. BREUER, *Das neue Insolvenzrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 2, 1999, p. 125. Sul tema della crisi del consumatore cfr. J.K. KILBORN, *The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law and Surprising Lessons for the U.S.*, in www.ssrn.com; F. M. MUCCIARELLI, *L'insolvenza del debitore in Germania*, in *Analisi giuridica dell'economia*, vol. II, 2004, p. 337 ss. In generale, sul problema del sovraindebitamento in Germania, cfr. E. VON HIPPEL, *Herausforderungen der Rechtswissenschaften*, in *Juristen Zeitung*, 1998, p. 532 ss.

137 Al 2005 risale la riforma antielusiva introdotta dal Bankruptcy abuse prevention and Consumer protection Act, mentre al 2010 risale il Dodd Frank Act diretto a proteggere i consumatori tramite il monitoraggio e la regolazione dei settori delle carte di credito, di debito e dei mutui immobiliari.

138 Nel 1991 C.J. TABB (*The historical evolution of the bankruptcy discharge*, in *American Bankruptcy law journal*, 1991, p. 325) scriveva: "Bankruptcy has permeated our national consciousness and conscience. A federal bankruptcy law has been on the books for as long as any but the oldest among us has been alive. To most Americans, bankruptcy probably is synonymous with the idea of a discharge from one's debts. Little wonder, since the United States may well have the most liberal discharge laws in the world. The idea of a bankruptcy law without a freely available discharge seems unimaginable." Sulla storia della discharge cfr. anche J. COHEN, *The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy*, in *The Journal of Legal History* 3.2 (1982), p. 153 ss.; J. C. MCCOY, *Discharge: The Most Important Development in Bankruptcy History*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 70 (1996), p. 163. Tra gli Autori Italiani che si sono occupati dell'istituto Statunitense della discharge v. A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, p. 51 ss.

individual with regular income) o quello previsto nel Chapter XII (Adjustments of Debts of a Family Farmer or Family Fisherman with Regular Annual Income - dedicati specificamente al debitore individuale o all'imprenditore agricolo o ittico. In estrema sintesi la legislazione fallimentare degli Stati Uniti è chiaramente consumer-oriented. Una volta ammessi a uno dei procedimenti previsti, i consumatori sono protetti in diversi modi al punto che per loro è possibile conservare una parte consistente delle loro proprietà¹³⁹.

La normativa per il consumatore fu parzialmente innovata dalla riforma del 17 ottobre 2005 intitolata "Bankruptcy Prevention Abuse and Consumer Protection"¹⁴⁰ e subito sorse un mito: "bankruptcy is dead" quando, invece, erano state introdotte soltanto alcune modifiche che rendevano più complesso l'utilizzo della procedura di Liquidation¹⁴¹. L'intento dichiarato della Riforma del 2005 era quello "di rimettere al centro della procedura fallimentare il debitore onesto ma sfortunato e costringere i debitori con reddito superiore alla media del loro Stato di residenza (c.d. means test) a ripagare una parte dei debiti, mettendo così fine alle pratiche abusive di quei debitori che, strategicamente, ricorrebbero alla discharge come strumento di pianificazione finanziaria (c.d. bankruptcy of convenience)"¹⁴².

La "Bankruptcy Prevention Abuse and Consumer Protection", ha introdotto un procedimento che ruota attorno all'idea dell'informazione al consumatore in ordine al migliore uso del credito¹⁴³. Con questo procedimento il Legislatore ha inteso limitare il ricorso al Chapter 7 il cui procedimento consente al debitore civile di liberarsi dei debiti in un periodo di cinque anni, più breve di quello previsto nel Chapter 13¹⁴⁴.

139 M. GERHARDT, Consumer bankruptcy regimes and credit default in the US and Europe. A comparative study, Ceps working document no. 318/JULY 2009, p. 2.

140 Cfr. L. GHIA, L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistica, Milano, 2008, p. 61 ss. È stato sostenuto (R.M. LAWLESS – E. WARREN, Shrinking the Safety Net: The 2005 Changes in U.S. Bankruptcy Law, in Illinois Law & Economics Research Paper No. LE06-031) che la nuova regolazione fu praticamente redatta per l'industria del credito al consumo, in beneficio di banche, venditori di automobili, compagnie di carte di credito, locatari di abitazioni ed ogni impresa finanziatrice di denaro ai consumatori. Circa l'impatto economico le statistiche fornite dalla Federal Reserv rivelano che il tasso di interesse dei prestiti personali e carte di crediti diventarono più elevati di quello che erano in precedenza all'entrata in vigore della riforma del 2005. Sull'esplosione del credito al consumo e sui riflessi svolti sulla crisi da sovraindebitamento, cfr. R.M. LAWLESS, The paradox of consumer credit, in University of Illinois Law Review, 2007, p. 347 secondo cui però "the 2005 amendments may similarly lead to an expansion of consumer credit and a long-term increase in the bankruptcy filing rate".

141 L. C. THOMPSON, B. O. WHIPPLE, Options for dealing with debt and the stigma of bankruptcy, in Nevada Lawyer, 2009, p. 11 "All individuals and businesses may file for bankruptcy relief; it just depends what type of bankruptcy case they qualify for under the new guidelines. Filing a Chapter 7 bankruptcy is more limited than before BAPCPA, but individuals may still file a Chapter 13 if they do not meet the requirements of a Chapter 7. Additionally, if an individual does not meet the debt limitations for a Chapter 13, that individual may file a Chapter 11 as a means to reorganize. Bankruptcy is available to everyone in some form".

142 G. ROJAS ELGUETA, L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law- common law, cit., p. 310.

143 L. C. THOMPSON, B. O. WHIPPLE, Options for dealing with debt and the stigma of bankruptcy, cit. p. 11, i quali precisano che "For example, individuals must now complete a credit-counseling class prior to filing a bankruptcy case and they must complete a financial management class after they have filed for bankruptcy. These classes may be completed via the Internet or by phone. In addition, the amount of income that individuals earn in the six months prior to filing bankruptcy determines what type of bankruptcy case they can file".

144 M. GERHARDT, Consumer bankruptcy regimes and credit default in the US and Europe, cit., p. 4: "The BAPCPA imposed stricter rules for bankruptcy applications, for instance with a restricted eligibility for Chapter 7 to limit the possibility of a fast debt discharge for individuals that are not completely destitute. The numbers of insolvency filings increased significantly in 2005 and decreased the following year, a development that was the result of the entry into force of the BAPCPA in 2005. (...) Debtors were quick to file under the old regime before eligibility requirements were

Un consumatore, per accedervi, deve farsi obbligatoriamente assistere, nei 180 giorni che precedono la richiesta di sottoposizione alla procedura, da un consulente (bankruptcy counsel), scelto da una lista che forma il Ministero di Giustizia. La richiesta può essere presentata via Internet e può essere soddisfatta in 20 minuti. Il procedimento culmina con un certificato di assistenza creditizia, senza il quale il consumatore non può accedere al concorso.

Il soggetto richiedente deve sottoporsi ad un means test che ha lo scopo di verificare e misurare le reali condizioni economiche del sovraindebitato e nel contempo di canalizzarlo, se vi sono i presupposti, verso il piano di pagamento parziale (previsto dal Chapter 13 del Bankruptcy Code) durante la cui esecuzione scatta un blocco delle azioni esecutive. Ciò nell'ottica di limitare il ricorso al procedimento liquidativo-satisfattivo previsto nel Chapter 7¹⁴⁵.

E' in seno al Chapter 7 che trova collocazione la disciplina del discharge, contrassegnata, in omaggio all'orientamento debt oriented di quell'Ordinamento – a differenza della nostrana esdebitazione – dall'immediatezza¹⁴⁶, quasi da un automatismo, per consentire un immediato ritorno al mercato del soggetto che, così, può vivere un'esperienza di fresh new start.

Il percorso del Legislatore Italiano.

Con passi felpati nell'estate del 2011 il nostro legislatore schiudeva nuovi, se pur attesi, scenari prevedendo, nel d.l. 98/2011, l'accesso dell'imprenditore agricolo in crisi (di qualsiasi dimensione e senza circoscrivere l'area di applicabilità della disciplina al perimetro delle attività connesse)¹⁴⁷

tightened". Comunque "Even though the possibility to file for bankruptcy has been limited by the BAPCPA, numbers of bankruptcy filings have been soaring again since 2006 and crossed the mark of one million cases in 2008".

145 M. GERHARDT, Consumer bankruptcy regimes and credit default in the US and Europe. A comparative study, Ceps working document no. 318/JULY 2009, p. 2 riporta questa percentuale "The majority of consumer bankruptcies are processed under Chapter 7: in 2008, 67% of all non-business bankruptcies were filed under Chapter 7 and the other 33% under Chapter 13".

146 L. MODICA, Profili giuridici del sovraindebitamento, cit., p. 319 osserva che il favor debitoris che contraddistingue il diritto fallimentare statunitense, "si apprezza, ancor prima che nella presenza della discharge, già nelle pieghe delle modalità con cui essa è concessa: la richiesta di bankruptcy è il più delle volte essa stessa richiesta di discharge, accordata al debitore indipendentemente da una sua apposita istanza. La pronuncia dell'order of discharge da parte del tribunale è per certi versi un atto dovuto dal momento che non è necessario il consenso dei creditori".

147 Era da tempo che l'esenzione dell'impresa agricola dalle procedure concorsuali appariva superata dalla conformazione assunta da tale attività, sempre più vicina per caratteristiche, e non tanto per dimensioni, all'impresa commerciale. In molte aree geografiche – sul punto per tali osservazioni anche A. AGNESE, Osservazioni storiche e comparatistiche sul concetto di sovraindebitamento del consumatore: lex mercatoria e privilegium mercaturae nel secondo millennio, cit. – l'agricoltura industrializzata ha da tempo preso il posto dell'impresa che si basa unicamente sulla coltivazione della terra. Da ciò l'esigenza di rimeditare la categoria dell'imprenditore agricolo in senso al diritto commerciale, direzione quest'ultima che l'UE attraverso la Politica Agricola Comune addita (La PAC verso il 2020 disponibile in: www.ec.europa.eu). Anche sul piano legislativo un susseguirsi di interventi ha progressivamente dilatato la nozione di imprenditore agricolo. Tra l'altro la stessa nozione civilistica di imprenditore agricolo è stata radicalmente innovata ad opera del d.lgs. 18.5.2001, n. 228, che ha riscritto l'art. 2135, cod. civ., superando la limitazione delle attività connesse a quelle di alienazione e trasformazione dei prodotti del fondo nell'esercizio normale dell'agricoltura, per ricomprendervi anche le attività dirette alla fornitura di beni o servizi. Recentemente il Trib. Torre Annunziata, con ordinanza del 20.1.2011, (in una fattispecie che vedeva coinvolto un imprenditore ittico e la sua fallibilità) ha sollevato, in riferimento all'art. 3, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, l.fall., nella parte in cui esclude dalla assoggettabilità alla dichiarazione di fallimento gli imprenditori agricoli e quelli ad essi equiparati. Con sentenza 20.4.2012, la Corte Cost. ha dichiarato la questione inammissibile, muovendo dall'insoddisfacente identificazione del soggetto (del quale si discuteva la fallibilità) quale imprenditore ittico, e come tale equiparato a quello agricolo, che rendeva, quanto meno, non adeguatamente motivata la rilevanza nel giudizio di legittimità costituzionale, "in un ambito tematico nel quale questa Corte ha già in passato postulato la necessità di applicare criteri assolutamente idonei e sicuri,

all'accordo di ristrutturazione regolato dall'art. 182-bis l. fall. e alla transazione fiscale (art. 182-quater l. fall.)¹⁴⁸. Di nessun altro soggetto (piccolo imprenditore, debitore civile o consumatore) – che eppure attendeva uno strumento per sistemare la propria crisi – si faceva menzione così come nessun altro strumento di natura concorsuale veniva messo, con l'intervento normativo citato, nella disponibilità dell'imprenditore agricolo¹⁴⁹.

Sul finire di quell'anno il Governo – nell'affannosa ricerca di soluzioni di vario tipo alla generalizzata crisi economica e sulla falsariga di un disegno di legge di iniziativa parlamentare (del 1° aprile 2009, n. 2364, meglio conosciuto come d.d.l. Centaro)¹⁵⁰ varato da entrambi i rami del Parlamento nel 2009 ma poi rimasto silente – faceva un ulteriore passo avanti emanando il D.L. 22 dicembre 2012, n. 212, contenente “Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile”¹⁵¹.

doendosi il giudizio di fallibilità dell'imprenditore ricavare in «relazione all'attività svolta, all'organizzazione dei mezzi impiegati, all'entità dell'impresa ed alle ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale» (sentenza n. anche dalla 570 del 1989) ed affermato che l'individuazione del «tipo» di impresa non può prescindere concreta indagine sulla sua struttura ed organizzazione (sentenza n. 54 del 1991”). Per un esame ampio e accurato della nozione di imprenditore agricolo, condotto alla luce della l. 111/2011 e della l. 3/2012, si rinvia a E. BERTACCHINI, Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: il tramonto del dogma della “non fallibilità”, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2012, n. 5, p. 877.

148 Il d.l. 98/2011 fu convertito, con modificazioni, nella l. 15.7.2011, n. 111 (in GU, Serie generale, n. 164 del 16.7.2011), recante: «Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria». L' art. 23, co. 43, l. 15.7.2011, n. 111 prevedeva che: «In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come modificato da ultimo dall'articolo 32, commi 5 e 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2».

149 L'assenza di uno sbocco normativo all'insuccesso di un accordo di ristrutturazione dei debiti apre senza dubbio uno scenario inquietante (cfr. E. BERTACCHINI, Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi, cit.; A. CAIAFA, Il nuovo procedimento: la disciplina specifica per l'imprenditore agricolo, Relazione al congresso, La composizione della crisi da sovraindebitamento, Roma, 7-8.6.2012, cit., (disponibile su <http://www.creditmanagementbank.eu>) dove crollano le operazioni poste in essere in esecuzione dell'accordo e dove c'è un ritorno alle azioni esecutive. Stante la disposizione, racchiusa nell'art. 7, co. 2, l. 3/2012, ai sensi del quale la proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento «è ammissibile quando il debitore: a) non è assoggettabile alle procedure previste dall'art. 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni; b) non ha fatto ricorso, nei precedenti tre anni, alla procedura di composizione della crisi», è da escludersi che l'imprenditore agricolo, dopo l'insuccesso di un accordo di ristrutturazione dei debiti, possa utilizzare il procedimento disciplinato dalla l. 3/2012. Tale preclusione pare che possa scaturire sia dalla lett. a, che dalla lett. b, dell'art. 7. Ove, infatti, si ritenga che l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia da considerare procedura concorsuale, la preclusione scatta sulla base della lettera a). Vi è però anche una preclusione sulla base della lettera b), in quanto l'accordo ex art. 182-bis, l.fall. è da annoverare tra gli strumenti di composizione della crisi che il soggetto richiedente l'assoggettamento al procedimento di cui alla l. 3/2012, non deve aver utilizzato nei tre anni precedenti.

150 Il Progetto recante Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione della crisi da sovraindebitamento era stato approvato dal Senato l'1.4.2009 e quindi portato dinanzi alla Camera dei Deputati come Atto della Camera n. 2364 dove è stato licenziato il 26.10.2011. Su questo Progetto v. F. DI MARZIO, Sulla composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento, in *Dir.fall.*, 2010, I, p. 659; L. GIRONE, Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di sovraindebitamento” dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione (disegno di legge C2364), in *Dir.fall.*, I, 2009, p. 818; G. PUSTERLA, Il d.l. sull'insolvenza del debitore civile e del piccolo imprenditore: prime note, in (AA.VV.), *Grandi e piccole insolvenze*, Atti del Convegno di Alba, 2.11.2009, Torino 2010, p. 57.

151 Era sottoponibile al procedimento di composizione della crisi chi svolgesse o un'attività economica di tipo non commerciale o commerciale ma dimensionalmente sotto soglia (art. 1 l. fall.) o un'attività non ritenuta imprenditoriale (quella del professionista) o chi, agendo “per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta” (art. 3, Codice del consumo del 2005), fosse comunque sovraindebitato. Il d.l. 212 identificava il sovraindebitamento “in una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio

Questo decreto legge non fu convertito in legge, per la parte relativa al sovraindebitamento essendo nel frattempo intervenuta la L. 27 gennaio 2012, n. 3, rubricata “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento”, entrata in vigore – ma con scarsa fortuna - il 29 febbraio 2012¹⁵².

liquidabile per farvi fronte, nonché” – con un evidente richiamo alla nozione di stato d’insolvenza scolpita nell’art. 5 l. fall. - la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni” (art. 1). Lo strumento per risolvere “le situazioni di sovraindebitamento” dei soggetti sopra indicati era individuato in “un accordo di ristrutturazione dei debiti” calato in una procedura (di composizione della crisi) controllata dal giudice e supportata dall’Organismo di gestione delle crisi, modellata secondo le linee dei concordati preventivo e fallimentare (artt. 160 e 124 ss. l. fall.) ma senza tuttavia acquisirne l’effetto per cui la maggioranza si impone sulla minoranza. Sotto questo aspetto il nuovo procedimento si collocava, invece, nell’alveo dell’accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis, per cui come ogni contratto ha forza di legge soltanto tra le parti aderenti. Il modello seguito era evidentemente quello disegnato dal Riformatore del 2005 che tuttavia – andando a disciplinare la crisi di imprese commerciali – aveva dinanzi altre istanze che lo inducevano conseguentemente a creare una rete di protezione che potesse incentivare i creditori a sede al tavolo delle trattative. Per un commento sul d.l. 212/2011 v.: A. CAIAFA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento, in www.ilfallimentarista.it; A. CAIAFA, La crisi da sovraindebitamento. La disciplina specifica per l’imprenditore agricolo, in www.creditmanagementbank.eu; A. CAIAFA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 412; M. FABIANI, La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011), in www.ilcaso.it, sez. II, doc. 278/2012; A. GUIOTTO, Composizione della crisi da sovraindebitamento, in *Fallimento*, 2012, p. 21; L. PANZANI, Composizione delle crisi da sovraindebitamento, in *Nuovo dir. soc.*, I, 2012; Cfr. F. DI MARZIO, F. MACARIO E G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2012; E. PELLECCIA, Dall’insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti, Torino, 2012; EAD., Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto, in *Riv. critica dir. privato*, 2012, p. 427; L. MODICA, Profili giuridici del sovraindebitamento, Napoli, 2012; M. FERRO (a cura di), *Sovraindebitamento e usura*, Milano, 2012; G.U. TEDESCHI, Composizione delle crisi da sovraindebitamento [aggiornamento-2012], in *Digesto comm.*, Torino, p. 127; M. FABIANI, Primi spunti di riflessione sulla regolazione del sovraindebitamento del debitore non «fallibile» (l. 27 gennaio 2012 n. 3), in *Foro it.*, 2012, V, p. 94; ID., *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 449; F. MACARIO, La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell’accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili, in *Contratti*, 2012, p. 229; Id., Il contenuto dell’accordo, in *Fallimento*, 2012, p. 1039; A. CAIAFA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento, in *Dir. fallim.*, 2012, I, p. 412; R. BATTAGLIA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici, *ibid.*, p. 423; A. PACIELLO, Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, p. 83; C. RINALDINI, Il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento: note a prima lettura, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1409; G. TRISORIO LIUZZI, Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012 n. 3), in *Giusto processo civ.*, 2012, p. 647; G. LO CASCIO, La composizione delle crisi da sovraindebitamento (introduzione), in *Fallimento*, 2012, p. 1021; F. MAIMERI, Presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso, *ibid.*, p. 1029; F.S. FILOCAMO, Deposito ed effetti dell’accordo, *ibid.*, p. 1047; I. PAGNI, Procedimento e provvedimenti cautelari ed esecutivi, *ibid.*, p. 1063; G.P. MACAGNO, Approvazione ed omologazione, *ibid.*, p. 1073; G. MINUTOLI, L’adempimento dell’accordo, *ibid.*, p. 1085; P. CELENTANO, La caducazione degli effetti dell’accordo omologato, *ibid.*, p. 1089; A. GUIOTTO, Gli organismi di composizione della crisi, *ibid.*, p. 1101; P. FILIPPI, Gli aspetti penali della procedura, *ibid.*, p. 1114; L. DEL FEDERICO, Gli aspetti fiscali della procedura, *ibid.*, p. 1122; C. D’AMBROSIO, La ristrutturazione dei debiti civili, in *Gazzetta forense*, 2012, fasc. 1, 9; G. BERSANI, La composizione della crisi da sovraindebitamento per le imprese non fallibili nella l. n. 3/2012, in *Fisco* 1, 2012, p. 1960; D. MANENTE, Profili della disciplina della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012 n. 3), in *Studium iuris*, 2012, p. 987 e p. 1104.

152 Prima di procedere alla sua conversione, il Senato, infatti, nella seduta del 17.1.2012, approvava definitivamente il progetto di legge Centaro (ora l. 3/2012), mentre in sede di conversione del d.l. 212, veniva stralciata tutta la materia della crisi da sovraindebitamento mantenendo solo alcune norme in tema di processo civile. Nel corso del procedimento di conversione del d.l. 212/2011 si era infatti accesa una vivace discussione nell’ambito dei lavori di commissione. Era sembrato però che si potesse affermare un’idea: quella di modifi care il d.l. 212/2011 affinché disciplinasse la sola composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore, lasciando che la procedura per l’imprenditore non fallibile fosse regolata dalla l. 3/2012. Sulla prima versione della l.3/2012 si veda, M. FABIANI, Primi spunti di riflessione sulla regolazione del sovraindebitamento del debitore non “fallibile” (L. 27 gennaio 2012 n. 3), in *Foro it.*, 2012, V, p. 94 ss.; ID., *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 449 ss.; C. RINALDINI, Il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento: note a prima lettura, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1409

Con D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla 17 dicembre 2012, n. 221¹⁵³ ed entrato in vigore, in parte qua, il 18 gennaio 2013, il Legislatore è nuovamente

ss.; P. BATTAGLIA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici, in Riv. dir. fallim., 2012, I, p. 423 ss.; A. CAIAFA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento, in Dir. fall., 2012, I, p. 412 ss.; F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), Composizione della crisi da sovraindebitamento, Milano, 2012; G. LO CASCIO (a cura di), La procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, in Fallimento, 2012, p. 1019 ss.; F. MACARIO, La responsabilità patrimoniale. Sovraindebitamento dei debitori non fallibili, in www.treccani.it; S. PACCHI, Il sovraindebitamento: il regime italiano, in Riv.dir.comm., 2012, I, p. 665 ss.

153 In dottrina si registrano numerosi studi. Tra questi: B. ARMELI, Giustizia digitale e composizione della crisi da sovraindebitamento: una prima lettura, Fallimentarista, 21.12.2012, pp. 1-68; R. BATTAGLIA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici, in Dir. fall., 2012, I, pp. 423-453; R. BELLE', Il contenuto dell'accordo, in M. FERRO [a cura di] Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 105-118; R. BELLE', Il contenuto dell'accordo, in M. FERRO [a cura di] Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 339-346; G. BERSANI, La composizione della crisi da sovraindebitamento per le imprese non fallibili nella L. n. 3/2012, in Il fisco, 2012, p. 1960; L. BOTTAL, La liquidazione del patrimonio del debitore in procedura di sovraindebitamento, Fallimentarista, 21.12.2012, pp. 1-10; N. BOTTERO, F. MAZZI, L'ammissione al procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento: un primo commento, Fallimentarista, 6.2.2013, pp. 1-9; A. CARON, L'omologazione dell'accordo e del piano, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, Il civilista, 2013, p. 44-53; A. CECCARINI, L'attività del liquidatore e i controlli del giudice, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., pp. 77-80; P. CELENTANO, Le sanzioni penali, in M. FERRO M. [a cura di] Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 269-285; F. CERRI, Contenuto della proposta e del piano, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., pp. 26-29; CORDOPATRI M., Presupposti di ammissibilità, in La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., pp. 21-25; S. CORDOPATRI, L'esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore, in La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., pp. 54-58; R. D'AMORA, Aristotele, Holmes e i creditori estranei (note a margine della legge n. 2 del 2012), in www.oci-org., giugno 2013, pp. 1-20; R. D'AMORA – G. MINUTOLI, L'omologazione dell'accordo, in M. FERRO [a cura di] Sovraindebitamento e usura, cit., pp. 181-204; R. D'AMORA – G. MINUTOLI, La fase esecutiva dell'accordo, in FERRO M. [a cura di] Sovraindebitamento e usura, cit., pp.205-213; R. D'AMORA – G. MINUTOLI, L'omologazione dell'accordo, in FERRO M. [a cura di] Sovraindebitamento e usura, cit., pp. 355-357; R. D'AMORA – G. MINUTOLI, La fase esecutiva dell'accordo, in FERRO M. [a cura di] Sovraindebitamento e usura, cit., pp. 359-360; R. D'AQUINO DI CAMARICO, A. PARINI, Gli organismi di composizione della crisi, in La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., pp. 89-98; F. DI MARZIO, Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento, Fallimentarista, 21.12.2012, pp. 1-8; G. DI MARZIO, L'estensione e la tutela del patrimonio oggetto di liquidazione nella novella legislativa, in La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., pp. 81-84; R. DONZELLI, Il procedimento di liquidazione del patrimonio. La fase di apertura e la fase di accertamento del passivo, in La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., pp. 67-76; M. FABIANI, La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile", www.ilcaso.it, doc. 278/2012, pp. 1-21; M. FERRO M., L'avvio del procedimento: il deposito della proposta, in FERRO M. [a cura di] Sovraindebitamento e usura, cit., pp. 119-132; FERRO M., L'insolvenza civile, in FERRO M. [a cura di] Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 49-73; M. FERRO, Il sovraindebitamento del non fallibile, in M. FERRO (a cura di) Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 331-334; F. S. FILOCAMO, L'ammissione e l'anticipazione degli effetti protettivi, in M. FERRO [a cura di] Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 133-162; F. S. FILOCAMO – P. VELLA, L'annullamento e la risoluzione dell'accordo, in M. FERRO (a cura di) Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 215-229; FILOCAMO F. S., Gli organismi di composizione della crisi: l'assetto organizzativo, in M. FERRO (a cura di) Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 231-240; F. S. FILOCAMO, Gli organismi di composizione della crisi: l'assetto operativo, in M. FERRO (a cura di) Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 241-243; F. S. FILOCAMO, Gli organismi di composizione della crisi: le attività, in M. FERRO (a cura di) Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 245-250; F. S. FILOCAMO – P. VELLA, L'annullamento e la risoluzione dell'accordo, in M. FERRO (a cura di) Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 361-363; F. S. FILOCAMO, Gli organismi di composizione della crisi, in M. FERRO (a cura di) Sovraindebitamento e usura, Milano, 2012, pp. 365-367; R. GIORDANO, L'impugnazione e la risoluzione dell'accordo, in La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, (a cura di F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA), Il civilista, 2013, pp. 59-66; L. GIRONE, Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di "sovraindebitamento" dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione (Disegno di legge C 2364), Dir. fall., 2009, I, pp. 818-830; A. GUIOTTO, La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere, Fallimento, 2012, pp. 21-32; A. GUIOTTO, La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento, Fallimento, 2012, pp.

intervenuto sulla materia con incisive modifiche imposte dal totale insuccesso della precedente disciplina¹⁵⁴.

L'attuale legge n. 3 del 2012 ci ha consegnato un sistema articolato di procedure per la composizione della crisi da sovraindebitamento. Così non era con il primo intervento del quale merita, comunque, sintetizzarne l'impianto.

Originariamente era stata introdotta, infatti, una procedura unica per tutti i debitori non fallibili, incentrata su un accordo tra debitore e soggetti rappresentanti una aliquota importante della massa debitoria, impostata sul requisito di meritevolezza del debitore, scevra dall'applicazione del principio di maggioranza, sottoposta agli stessi incidenti di percorso previsti per i concordati (risoluzione ed annullamento) ma priva di una alternativa soluzione liquidativa¹⁵⁵ o, comunque, di uno sbocco in una procedura liquidativa perché il suo insuccesso poteva solo determinare il ritorno alla procedura esecutiva individuale.

Oltre a ciò mancava l'esdebitazione¹⁵⁶ del tipo di quella prevista per l'imprenditore fallito persona fisica. Il debitore avrebbe raggiunto la liberazione dai debiti residui soltanto nel caso in cui avesse eseguito puntualmente l'accordo, soddisfacendo secondo la misura pattuita i creditori aderenti ed integralmente gli estranei, vale a dire in seguito all'adempimento delle obbligazioni assunte nella proposta di accordo ma non in seguito ad un procedimento finalizzato esclusivamente a ciò. Il debitore, che da solo o per l'intervento di un terzo, non potesse proporre

1285-1289; G. IVONE, L'ammissione alla procedura, in *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, (a cura di F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA), *Il civilista*, 2013, pp. 34-37; IVONE G., L'accordo tra il debitore e i creditori, in *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, (a cura di F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA), *Il civilista*, 2013, pp. 38-43; F. LAMANNA, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: poteri e funzioni del tribunale*, *Fallimentarista*, 21.12.2012, pp. 1-13; A. M. LEOZAPPA, *Il sovraindebitamento del debitore fallibile*, *Fallimentarista*, 23.4.2013, pp. 1-5; G. LO CASCIO, L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012, n. 3), *Fallimento*, 2013, pp. 813-828; F. MACARIO, *Finalità e definizioni*, in *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, (a cura di F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA), *Il civilista*, 2013, pp. 15-20; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, pp. 2027-2083; F. MICHELOTTI, *La preparazione alla composizione della crisi nell'attività del professionista*, in FERRO M. [a cura di] *Sovraindebitamento e usura*, Milano, 2012, pp. 305-328; G. M. NONNO, *Il presupposto soggettivo di ammissibilità e il contenuto del piano*, in M. FERRO (a cura di) *Sovraindebitamento e usura*, Milano, 2012, pp. 75-103; G. M. NONNO, *L'accesso alle banche dati*, in M. FERRO (a cura di) *Sovraindebitamento e usura*, Milano, 2012, pp. 251-268; G. M. NONNO, *Le disposizioni transitorie e finali*, in M. FERRO M. (a cura di) *Sovraindebitamento e usura*, Milano, 2012, pp. 287-297; G. M. NONNO, *L'entrata in vigore della legge*, in M. FERRO (a cura di) *Sovraindebitamento e usura*, Milano, 2012, pp. 299-301; S. PACCHI, *La composizione del sovraindebitamento nell'Ordinamento italiano*, in A. SARCINA (diretto da), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor*, cit., p. 61 ss.; S. PACCHI, *La composizione del sovraindebitamento nella l.3 del 2012*, in *Studi senesi*, 2013, p. 326 ss.

154 Subito dopo il varo della l.3/2012, il Governo presentò un DDL (C-5117) di modifica alla citata legge che fu approvato dal Consiglio dei Ministri del 9.3.2012. Naufragato anche il DDL C- 5117, la Novella della l. 3/2012 è giunta con l'art. 8 del d.l. 179/2012 (convertito con modificazioni nella l.221/2012). Per una storia di questo avvicinarsi di provvedimenti legislativi cfr. L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto>, 3. Sull'insuccesso della prima versione della l.3/2012 G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, cit., 8; M. FERRO, *I nuovi problemi del concordato preventivo e la faticosa partenza della nuova procedura delle crisi da sovraindebitamento*, disponibile all'URL

http://www.ipsoa.it/i_nuovi_problemi_del_concordato_preventivo_e_la_faticosa_partenza_della_nuova_procedura_delle_crisi_da_sovraindebitamento_id1081647_art.aspx. Rispetto a questa prima versione della disciplina per il sovraindebitamento risultano due provvedimenti. L'unico reperibile pubblicato è Trib. Firenze 27 agosto 2012, in *Fallimento*, 2012, p. 1249.

155 Osservano tale carenza, A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 409.

156 G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, op. cit., p. 8.

un accordo, non era liberato dai debiti, rimanendo così sottoposto alle azioni esecutive individuali.

Il totale insuccesso della prima versione della l.3/2012¹⁵⁷ spingeva il Governo ad intervenire nuovamente per modificare alcuni tratti essenziali del procedimento.

Il risultato è un sistema composto da uno strumento concordatario (l'accordo) destinato a tutti i soggetti non fallibili, da un piano riservato al consumatore e gestito esclusivamente dal giudice senza ingerenza dei creditori, da una procedura di liquidazione alla quale può conseguire l'esdebitazione.

Il presupposto oggettivo: il sovraindebitamento.

“Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo, é consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi disciplinata dalla presente sezione” (art. 6, 1° co.).

Così il Legislatore della L.3/2012, con una commistione tra stato (presupposto oggettivo), condizione soggettiva e strumento, ci introduce nella nuova procedura di composizione della crisi.

Per la fruizione di uno degli strumenti concorsuali descritti in questa legge parrebbe sufficiente l'esistenza di una massa di debiti, neppure quantificata in un determinato ammontare. Rileverebbe soltanto il perdurante squilibrio tra patrimonio e debiti.

Non viene operata inoltre alcuna distinzione tra sovraindebitamento attivo o passivo, che possa selezionare i debitori possibili fruitori del procedimento o che imponga un diverso iter del procedimento.

L'incipit della disciplina parrebbe voler far corrispondere questo sottosistema concorsuale ad un particolare tipo di crisi¹⁵⁸ – quella da sovraindebitamento – non sovrapponibile con nessuno degli altri presupposti oggettivi posti a base dei sottosistemi ordinamentali delle crisi dedicati rispettivamente agli imprenditori commerciali fallibili, alle grandi e grandissime imprese, alle imprese con particolare oggetto.

Il legislatore parla, infatti, di una “situazione di sovraindebitamento” non soggetta né assoggettabile a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo (“accordo”, “piano”, “liquidazione del patrimonio”), lasciando intendere che si tratti di situazione “diversa” che in quanto tale necessita di strumenti concorsuali ad essa “dedicati”.

Parrebbe anche che il legislatore avesse voluto introdurre un sottosistema concorsuale ordinato sulle “situazioni” e non sul “soggetto”.

Se il Legislatore è consapevole che sta dettando una disciplina che viene a concedere la possibilità di una limitazione di responsabilità – erodendo la granitica absolutezza del principio di cui all'art. 2740 c.c. - in presenza di procedure “che possono essere aperte solo ad istanza di un debitore «persona fisica», che non eserciti un'attività economica di un qualche rilievo”, tale consapevolezza svelandosi dal “mutamento del registro linguistico” che “serve a segnalare che i

157 La Relazione governativa di accompagnamento alla legge di conversione del d.l. 179/2012 (l. 221/2012) da conto delle indagini svolte presso i Tribunali, che avevano confermato l'inutilizzazione dello strumento.

158 A. NIGRO - D. VATTERMOLI, Diritto delle crisi delle imprese, Seconda appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n.179/2012, cit., p. 5.

problemi da risolvere sono diversi e che, pertanto, deve essere diverso anche l'approccio nell'affrontarli¹⁵⁹, non per questo intende "smantellare" il metro ordinante di tutti i sottosistemi concorsuali.

E' vero che dalla lettura testuale dell'art. 6 potremmo ricavare che la non assoggettabilità "ora e sempre" alle procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo sia determinata dalla natura di quello che, con linguaggio giusfallimentaristico, viene denominato "presupposto oggettivo", nella specie il sovraindebitamento. In verità proseguendo nella lettura delle norme ci accorgiamo però che il metro ordinante continua ad essere, anche per le procedure dedicate al sovraindebitamento, il presupposto soggettivo.

Già nello stesso art. 6 si parla di "consumatore", soggetto che rileva per la pertinenza non all'esercizio di un'attività "eventualmente svolta" bensì alla sua vita privata delle obbligazioni contratte dedicandogli uno strumento anch'esso concorsuale: il piano¹⁶⁰. Trattasi di soggetto escluso dalle procedure concorsuali degli altri sottosistemi ordinali delle crisi impennati – sia pure con diversificazioni per dimensione o per oggetto dell'attività - sul presupposto soggettivo dell'imprenditore commerciale.

Proseguendo ancora nella lettura della disciplina, troviamo nell'art. 7, 2° co., enucleati i "presupposti di ammissibilità" dai quali ricostruiamo il presupposto soggettivo, vero spartiacque tra il sottosistema disciplinato dalla l.3/2012 e gli altri sottosistemi: si tratta del debitore non soggetto a "procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo".

A questo punto vediamo che la "situazione" (o presupposto oggettivo) legittimante l'iniziativa del debitore, definita di sovraindebitamento (art. 6, comma 2, lett. a), si sostanzia in un perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile¹⁶¹ per farvi fronte che determina una difficoltà "importante" ad adempiere o una definitiva incapacità ad adempiere regolarmente le obbligazioni in essere¹⁶². La valutazione dell'ammontare e dell'attuale liquidabilità del patrimonio deve essere svolta – in un primo approccio soltanto con attenzione ai "numeri" - in esclusiva corrispondenza con l'entità dell'indebitamento e assumendo un arco temporale sufficientemente ampio per poter affermare l'esistenza di uno squilibrio tra le due voci. Rileva la situazione attuale (la sproporzione attuale, direi), nessun ruolo giocando prospettive reddituali che possano anche solo parzialmente o interamente ricomporla in un dato arco temporale.

In un secondo approccio la valutazione deve diventare prospettica per poter affermare che lo squilibrio è "perdurante" e, quindi, non ricomponibile senza il ricorso ad uno degli strumenti

159 G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, Torino, 2013, p. 102.

160 Il piano, in realtà, non è di per sé una procedura bensì "integra l'oggetto di una procedura": così F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO - G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 9.

161 Secondo L. PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 9, la nozione di sovraindebitamento è «nuova, ma non troppo» riprendendo il legislatore una giurisprudenza in tema di società inattiva (Cfr. da ultimo, Cass., 14 ottobre 2009, n. 21834, in *Fallimento*, 2009, p. 1384 secondo cui nel caso di società inattiva, in liquidazione, sussiste lo stato d'insolvenza in presenza di un attivo liquidabile non sufficiente per far fronte alle obbligazioni assunte).

162 Il d.l. 212 identificava, invece, il sovraindebitamento "in una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni", unificando in quella situazione due realtà effettuali equipollenti (M. FERRO, *L'insolvenza civile*, in Ferro (a cura di), *Sovraindebitamento e usura*, cit., p. 60) che, quindi, dovevano sussistere ai fini dell'ammissione ai procedimenti.

descritti nella l.3/2012. Si deve trattare, però, di una perdurante e durevole crisi patrimoniale¹⁶³. Non ci si può, infatti, servire del procedimento per alleggerirsi da debiti che comunque, anche se non alla scadenza, si possono pagare.

E' chiaro che la suddetta valutazione deve avere anche attenzione allo "status" del debitore perché trattandosi di crisi di un consumatore dovrà tenersi in conto l'entità del patrimonio e le eventuali entrate che potrebbero essere impiegate per far fronte al soddisfacimento dei creditore, mentre ove si tratti di crisi di debitore imprenditore l'analisi prospettica dovrà abbracciare lo stato aziendale e la collocazione dell'attività nel mercato.

Tale valutazione prospettica dovrà essere condotta, tenendo presente "il mercato" di riferimento, anche in caso di crisi di un professionista, sia pure nella consapevolezza che tale soggetto esercita un'attività della quale, diversamente dall'impresa, può esserne più difficilmente descritto uno scenario di espansione o di stasi. Certamente il legislatore non ha avuto un compito facile scegliendo di proseguire nel sentiero del doppio binario, uno per l'imprenditore commerciale fallibile e l'altro per tutti gli altri soggetti, imprenditori o meno, che si trovino in crisi. Comprendiamo così perché il perdurante squilibrio possa aprire due diversi scenari entrambi legittimanti la proposta concorsuale. Può trattarsi, infatti, di una rilevante difficoltà di adempiere le obbligazioni, presupposto oggettivo che meglio si attaglia al consumatore o anche l'insolvenza, vale a dire quello stato composito nel quale possono affluire e concorrere problemi finanziari, economici, patrimoniali, di governance e che si rivela attraverso (anche) inadempimenti, sintomatici di una impotenza irreversibile ad adempiere le proprie obbligazioni.

Si tratta di quello stesso presupposto descritto dall'art. 5 l. fall. che abilita l'imprenditore commerciale fallibile ad utilizzare la gamma degli strumenti concorsuali (preventivi e liquidativi) disciplinati nella legge fallimentare. Si tratta di quella situazione che legittima: A) l'imprenditore; B) la grande e grandissima impresa a chiedere la sottoposizione ad una delle due versioni di amministrazione straordinaria secondo l'indirizzo prescelto; C) gli organi di controllo delle imprese avente particolare oggetto a chiedere l'applicazione della procedura liquidativa-satisfattiva prevista per quel settore. E' comprensibile che il legislatore, dinanzi ad eterogeneità dei soggetti abbia fatto ricorso a due diverse connotazioni del presupposto oggettivo.

Il sovraindebitamento non viene qualificato immediatamente (art. 6, comma 2, lett. a) dalla natura dei debiti (non si parla né di debiti personali, né di debiti contratti per l'impresa o per l'esercizio della professione).

Ad una prima lettura parrebbe che per accedere ad uno qualsiasi degli strumenti per risolvere la crisi fosse sufficiente l'esistenza di una massa di debiti, neppure quantificata in un determinato ammontare perché ciò che dovrebbe rilevare sarebbe lo stato di perdurante squilibrio del patrimonio rispetto all'ammontare dei debiti¹⁶⁴.

163 "È importante definire questo momento poiché è necessario porre un limite al concetto di crisi e delimitare così l'accesso alla procedura di composizione (e quindi ai suoi benefici) al fine di evitare abusi da parte di debitori che, pur trovandosi in un mero stato di difficoltà, potrebbero approfittare dello strumento per spostare i sacrifici sui creditori". In tal senso C. RINALDINI, Il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento: note a prima lettura, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2012, p. 3, citando anche R. DRISALDI, Sovraindebitamento. L'ammissibilità, in Guida dir., n. 3, 14 gennaio 2012, p. 32.

164 Non rilevando la natura dei debiti (personali, connessi all'attività d'impresa o all'esercizio di una libera professione) al fine della sottoposizione alla procedura di composizione del sovraindebitamento, non potrebbe essere utilizzato lo strumento un imprenditore fallibile sovraindebitato esclusivamente a causa di spese personali (A. GUIOTTO, La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere, cit., p. 22).

In realtà così non è perché proseguendo nella lettura e passando alla lettera b) dello stesso art. 6, comma 2, ci accorgiamo che la funzionalità delle obbligazioni all'esercizio dell'impresa o della professione circoscrive l'utilizzazione degli strumenti all'accordo di ristrutturazione e alla procedura di liquidazione. Al contrario l'assunzione di obbligazioni per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale non determina limitazioni.

Il consumatore (art. 7, comma 1-bis) ha, così, a disposizione l'intera gamma degli strumenti: piano, accordo di ristrutturazione e procedura di liquidazione. Ove i debiti siano solo in parte derivati dallo svolgimento di un'attività imprenditoriale o professionale, il soggetto potrà ricorrere all'accordo ma non al piano¹⁶⁵.

Concludendo sul tema del presupposto oggettivo così come presentato dal legislatore della l.3/2012 possiamo osservare muovendo dal dato patrimoniale, che di per sé pare indulgere a valutazioni eminentemente statiche, giungiamo a insistere sulla necessità di un'indagine che tenga conto delle sue possibili movimentazioni vuoi tenendo conto (in prospettiva statica) delle entrate future vuoi, se la fattispecie in esame fosse quella relativa alla crisi di un soggetto imprenditore o professionista intellettuale, considerando le chances che l'attività presenta. Abbiamo allora una "situazione" - per la quale viene utilizzato un medesimo vocabolo identificativo (sovraindebitamento) - che può dar luogo a due realtà effettuali diverse - rilevante difficoltà di adempiere o stato d'insolvenza - che da una parte consentono ad un'ampia gamma di debitori di accedervi, e dall'altra aprono alla possibilità (anche per l'impresa) di interventi tempestivi assumendo allora, in particolare l'accordo, una funzione preventiva esattamente come lo stato di crisi rispetto al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti. L'indubbia minor esigenza e portata di una procedura concorsuale preventiva per gli imprenditori non fallibili, non deve, infatti, a mio avviso, precludere nondimeno tale possibilità.

Presupposto soggettivo: il soggetto sovraindebitato.

Negli artt. 6 e 7, l. 3/2012, il legislatore introduce il tema del presupposto soggettivo centrandolo sull'attribuzione della legittimazione e sulla prescrizione dei requisiti. Nell'art. 6 il tema è toccato indirettamente mentre viene descritta la finalità della nuova procedura che consiste nell'attribuire al soggetto debitore (non necessariamente persona fisica se non si presenta come consumatore), che versi in una situazione di sovraindebitamento, la facoltà di concludere con i propri creditori un accordo teso a comporre la crisi¹⁶⁶.

Nell'articolo successivo rubricato presupposti di ammissibilità, abbandonato il tradizionale metodo espositivo del presupposto soggettivo della procedura concorsuale, il legislatore insegue il soggetto nella previsione dei requisiti per l'accesso¹⁶⁷. Ogni soggetto diverso dall'imprenditore

165 L. PANZANI, La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012, cit., p. 26.

166 L'art. 6 così esordisce: "Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo, è consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi disciplinata dalla presente sezione. Con le medesime finalità, il consumatore può anche proporre un piano fondato sulle previsioni di cui all'articolo 7, comma 1, ed avente il contenuto di cui all'articolo 8".

167 L'art. 7 enuncia quali sono gli strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento (accordo e piano) costituendo due corsie: una (quella dell'accordo) aperta indistintamente a tutti i debitori in stato di sovraindebitamento (compresi il consumatore e l'imprenditore agricolo) e l'altra (quella del piano) riservata al consumatore. Atteso che quello di "debitore" - enunciato nel 1° comma - potrebbe costituire un presupposto soggettivo talmente generico da consentire un utilizzo indiscriminato delle procedure da sovraindebitamento, il legislatore, al 2° comma, ne sbarra

fallibile¹⁶⁸ (leggi: sottoponibile ad altra procedura tipica di soluzione/composizione della crisi diversa da quelle regolate nella legge in esame¹⁶⁹), senza limiti dimensionali o categoriali, a prescindere dal livello di indebitamento e dall'ammontare del patrimonio o reddito utilizzabile per il soddisfacimento dei creditori¹⁷⁰, può accedere ad uno degli strumenti concorsuali ivi descritti: la legge parla, infatti (nell'art. 7, comma 1), di debitore, salvo poi inserirvi all'interno la sottocategoria del consumatore, destinatario (anche) di un suo proprio strumento regolatore del sovraindebitamento.

Abbiamo così dinanzi una eterogeneità socio-economica dei soggetti in grado di fruire del nuovo istituto. E' un cammino quello per la composizione della crisi da sovraindebitamento che può essere percorso da tutti coloro che, rispetto ad numero x di obbligazioni, occupano la posizione di debitori incapaci – vista la consistenza e la natura del proprio patrimonio – attualmente e prospetticamente di adempiere.

Il legislatore non fissa parametri, dimensioni, qualità né del soggetto, né della massa debitoria puntando sulla confezione di abiti che dovrebbero adattarsi a diverse misure e distinti ambiti¹⁷¹. Parrebbe totalmente abbandonato il criterio – che lega l'individuazione del presupposto soggettivo per l'accesso a una procedura concorsuale – basato sullo svolgimento di una tipica attività d'impresa. Così non è, o almeno non in toto. Mentre il legislatore enuncia il primo requisito di accesso consistente nella non assoggettabilità alle procedure previste dall'art. 1, l.fall., richiama anche quelle fattispecie d'impresa diverse da quella alla quale viene destinata la disciplina delle procedure concorsuali.

L'imprenditore agricolo (che ha a disposizione anche, e forse prima¹⁷², l'accordo di

l'accesso al debitore, anche consumatore, che sia soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle di composizione e di liquidazione del patrimonio.

168 Il soggetto che presenti ricorso per accedere al procedimento ex l. 3/2012 deve quindi che dimostrare sulla base dell'art. 1, co. 2, l.fall., la non fallibilità e quindi il possesso congiunto dei requisiti previsti dall'art. 1, co. 2, l.fall.: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

169 G.M. NONNO, Il presupposto soggettivo di ammissibilità e il contenuto del piano, in Ferro (a cura di), Sovraindebitamento e usura, cit., p. 85.

170 Anche un nullatenente, osserva G.M. NONNO (op. e loc. cit., p. 87), potrebbe accedere alla procedura. Ritengo però improbabile il raggiungimento di un accordo con i creditori. Il soggetto nullatenente è destinato a rimanere in balia delle azioni esecutive (anche se, nel caso, si rivelano armi spuntate), stante l'assenza di una esdebitazione autonoma come quella prevista nel d.d.l. approvato il 9.3.2012 dal Consiglio dei Ministri.

171 Come è stato scritto (A. GUIOTTO, La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere, cit., p. 22) «Il legislatore, evidentemente, ha inteso disciplinare con un unico provvedimento tutti i fenomeni di insolvenza non regolabili attraverso le procedure concorsuali, con l'esito di accorpate nella medesima disciplina fattispecie non sempre paragonabili e sacrificando, in parte, la coerenza delle specifiche disposizioni sull'altare dell'universalità dei destinatari».

172 S. AMBROSINI, La composizione delle crisi da sovraindebitamento: lineamenti generali, Convegno Paradigma, Milano, 26 marzo 2012 / Roma, 16.4.2012, p. 4, ritiene che la possibilità di fruire dello strumento di cui all'art. 182-bis, l.fall., del quale l'autore sottolinea i vantaggi a livello di più ampio automatico stay e di assenza di requisito di meritevolezza, faccia perdere appeal al procedimento di cui alla l. 3/2012. Riguardo la possibilità per l'imprenditore agricolo di accedere anche al procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento non sono mancate, tuttavia, in dottrina voci discordi che muovendo dall'art. 6, co. 1, che riserva il procedimento «alle situazioni di sovraindebitamento non soggette, né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali» e facendo rientrare gli accordi ex art. 182-bis, l.fall., tra le procedure concorsuali (in tal senso, P. VALENSISE, sub art. 182-bis, in La riforma della legge fallimentare, Sandulli - Santoro (a cura di), Torino, 2006, p. 1087 e p. 1107; G. VERNA, Sugli accordi di ristrutturazione ex

ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis, l.fall., e la transazione fiscale) e l'imprenditore sotto soglia (ai sensi dell'art. 1, co. 2, l.fall.) quando debitori incapaci di far fronte alle proprie obbligazioni diventano soggetti legittimati a fruire della procedura di composizione della crisi. Sempre per espressa previsione legislativa contenuta nel d.l. n. 179 del 2012, la c.d. impresa start up innovativa¹⁷³ (artt. 25 ss.), limitatamente al periodo di quattro anni dalla sua costituzione « non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3 » (art. 31).

La norma – si legge nella Relazione¹⁷⁴ – persegue l'obbiettivo “di contrarre i tempi della liquidazione giudiziale della start-up in crisi, approntando un procedimento semplificato rispetto a quelli previsti dalla legge fallimentare e così “ di “facilitare la ripartenza dello start-up su nuove iniziative imprenditoriali”. Probabilmente il Legislatore, se il suo pensiero correva esclusivamente al procedimento di liquidazione di cui alla l.3/2012, ha dimenticato che tale strumento ha una durata minima di quattro anni e che l'esdebitazione è prevista, in analogia alla disposizione della legge fallimentare, soltanto per la persona fisica mentre le start-up sono costituiti secondo i tipi

art. 182-bis della legge fallimentare, in *Dir.fall.*, I, 2005, p. 865 ss.; A. PEZZANO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: una occasione da non perdere, in *DF*, II, 2006, p. 678 ss. Prevalente è tuttavia la tesi contraria, sia in dottrina – tra i molti cfr. G. PRESTI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 1, 2006, p. 16; G. PRESTI, L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale, in *Fallimento*, 2006, p. 171; G.B. NARDECCHIA, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento, in *Fallimento*, 2008, p. 704 – sia in giurisprudenza, e cfr. Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 479; Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fallimento*, 2008, p. 701; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, p. 701; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *www.ilcaso.it*; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *www.ilcaso.it*, 2006, p. 669), domanda esclusivamente a questi strumenti la soluzione della crisi dell'impresa agricola. Sul punto cfr. A. CAIAFA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento, in *Dir.fall.*, I, 2012, 412 ss.; L. PANZANI, Composizione delle crisi da sovraindebitamento, cit., p. 9, domanda esclusivamente a questi strumenti la soluzione della crisi dell'impresa agricola. Sul punto cfr. A. CAIAFA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento, in *Dir.fall.*, I, 2012, p. 412 ss.; L. PANZANI, Composizione delle crisi da sovraindebitamento, cit., p. 9.

173 Ai sensi dell'art. 25, comma 2°, del Decreto crescita 2.0 (d.l. 179/2012 conv. con l. 221/2012) “ l'impresa start-up innovativa, di seguito « start-up innovativa », è la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una *Societas Europaea*, residente in Italia ai sensi dell'articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti: a) i soci, persone fisiche, detengono al momento della costituzione e per i successivi ventiquattro mesi, la maggioranza delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale e dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci; b) è costituita e svolge attività d'impresa da non più di quarantotto mesi; c) ha la sede principale dei propri affari e interessi in Italia; d) a partire dal secondo anno di attività della start-up innovativa, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non è superiore a 5 milioni di euro; e) non distribuisce, e non ha distribuito, utili; f) ha, quale oggetto sociale (esclusivo o prevalente), lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico; g) non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda; h) possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti: 1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 20 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della start-up innovativa. (...); 2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero; 3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa”.

174 Disegno di legge per la conversione in legge del decreto-legge 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del paese, in <http://www.diritto24.ilssole24ore.com>.

delle società cooperative o delle società di capitali.¹⁷⁵

A fianco delle imprese si collocano, per la medesima facoltà loro accordata nel momento della crisi, i non imprenditori, vale a dire tutti coloro che siano debitori per una negativa e durevole condizione del proprio patrimonio a prescindere dallo svolgimento di una qualsiasi attività (imprenditoriale o professionale)¹⁷⁶. Potrà trattarsi di professionisti, di artisti, di altri lavoratori autonomi. Così la soluzione per la composizione della crisi è indifferenziata e ciò lascia perplessi perché accanto a situazioni dinamiche, come quelle che hanno come protagonista l'impresa, vengono poste situazioni statiche, come è quella rappresentata da un patrimonio. Non è sicuro che uno strumento forgiato per l'impresa possa attagliarsi al patrimonio. Non a caso la composizione (incontro di volontà su un progetto per l'attività) quale metodo per risolvere la crisi consistente nella negoziazione è stato concepito per tentare (se possibile) una conservazione dell'attività. Lo stesso metodo – comporre per conservare – mal si addice al patrimonio stabilmente insufficiente all'adempimento delle obbligazioni e pertanto destinato alla liquidazione per rendere possibile di corrispondere il ricavato ai creditori.

Dove non c'è impresa c'è staticità, e, quindi, c'è solo l'esigenza di soddisfare in qualche misura i creditori. La conservazione può attenere solo a parte del patrimonio, alla permanenza di un minimo perché il soggetto possa vivere ricominciando da capo e correggendo eventuali errori commessi. Di tale limite il legislatore della rinnovata l.3/2012 ha preso atto introducendo, così, a fianco dell'accordo di ristrutturazione, la procedura di liquidazione destinata a tutti i debitori "non fallibili" fruitori del nuovo strumentario concorsuale e, per il consumatore soltanto, un piano presentato unilateralmente dal debitore e gestito dall'autorità giudiziaria senza intervento dei creditori.

Alla nuova procedura saranno, quindi, sottoponibili i consumatori (intendendosi per tale soggetto, ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. b), il «debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»¹⁷⁷, gli imprenditori commerciali sotto soglia (piccoli), gli imprenditori agricoli (indipendentemente dalla loro dimensione e dal fatto che possano avvalersi anche degli accordi di ristrutturazione dei debiti e, secondo la criticabile lettera della legge¹⁷⁸, anche transazione

175 A. NIGRO - D. VATTERMOLI, Diritto delle crisi delle imprese, Seconda appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n.179/2012, conv. dalla l. n. 221/2012, Bologna, 2013, p. 3.

176 L'apertura ai non imprenditori è confermata da alcune disposizioni: l'art. 9, co. 3, prevede l'obbligo di depositare, unitamente alla proposta di accordo, le scritture contabili nel caso in cui il debitore sia un soggetto che svolge attività d'impresa; l'art. 10, co. 2, dispone, quale ulteriore forma di pubblicità del decreto di fissazione dell'udienza per l'approvazione dell'accordo, l'iscrizione nel registro delle imprese se il debitore è anche imprenditore.

177 L.PANZANI, La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012, cit., p. 26, sottolinea che " la nozione legislativa è pienamente compatibile con l'esistenza di un debito derivante da finanziamento concesso per l'acquisto di un immobile non destinato ad attività imprenditoriale, anche nel caso in cui si tratti di immobile in costruzione".

178 Sulla fruibilità da parte dell'imprenditore agricolo degli strumenti concorsuali previsti dalla l.3/2013 si è chiaramente espresso – sgombrando il campo dai dubbi che inizialmente erano stati avanzati – il d.l. n. 179, che all'art. 7 comma 2-bis, recita che «l'imprenditore agricolo in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di composizione della crisi secondo le disposizioni della presente sezione». Da tale disposizione ne consegue – per una necessaria linearità – che tale imprenditore sia assoggettabile anche alla procedura di liquidazione del patrimonio. Sul punto (rispetto al d.l. 179) cfr. A. CAIAFA, La disciplina specifica per l'imprenditore agricolo, in A.SARCINA (diretto da), El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas Jurídicos europeos a debate, cit., p. 153 ss. Prima dell'intervento chiarificatore del d.l. 179/2012 cfr. sul tema: A. CAIAFA, Il nuovo procedimento: la disciplina specifica per l'imprenditore agricolo, cit.; M. FERRO, L'insolvenza civile, cit., p. 69, dubitava della possibilità di estrapolare la transazione fiscale dal concordato a cui essa accede

fiscale¹⁷⁹) e coloro che svolgono un'attività di prestazione di servizi che dal nostro Ordinamento non è ritenuta impresa: si tratta dei professionisti intellettuali¹⁸⁰. Debitore civile – figura che, alla luce della l. 3/2012, comprende tutti i soggetti non fallibili, a prescindere dalla presenza e dalla qualificazione dell'attività svolta – può essere considerato sia il soggetto persona fisica sia l'ente associativo. Così anche le associazioni, le fondazioni non commerciali e i comitati non svolgenti attività d'impresa, trovano nella l. 3/2012 uno strumento di composizione del sovraindebitamento.

Nel presupposto soggettivo vi rientrano anche i soci illimitatamente responsabili di società fallibili quando abbiano debiti personali eccessivi rispetto al proprio patrimonio¹⁸¹, mentre la società (il cui fallimento farebbe scattare in via di estensione quello dei soci) non mostra segni di crisi. I soci illimitatamente responsabili non sono ritenuti imprenditori, quindi non sono fallibili autonomamente e pertanto, se indebitati a titolo personale potrebbero – finché la società è in bonis – ricorrere allo strumento della l. 3/2012. Una volta, però, dichiarata fallita la società, la procedura concorsuale si estende al socio illimitatamente responsabile con conseguente applicazione delle regole di cui all'art. 148 l. fall. Ne deriva allora l'incompatibilità con la procedura della l. 3/2012 che giustifica, ove il debitore avesse prescelto la strada dell'accordo o del piano (richiesto in quanto titolare di debiti contratti in veste di consumatore) la previa risoluzione dello strumento compositivo per approdare al fallimento in estensione¹⁸².

Tali soggetti potrebbero però usufruire del procedimento in commento anche quando siano usciti dalla società che comunque non attraversi uno stato di crisi.

Inoltre potrà fruire dello strumento il garante del fallito o di altro debitore che ha chiesto il procedimento per il sovraindebitamento.¹⁸³

Mi pare ammissibile la fruibilità di tale nuovo strumento da parte di colui che sia stato imprenditore fallibile ma che cessato, per decorso del tempo ex art. 10, abbia perduto tale requisito.

Riassumendo possono utilizzare il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento sia chi non è fallibile (per natura o dimensione) o non è più fallibile pur essendo sovraindebitato o insolvente.

Parrebbe così che tutti i debitori sovraindebitati/insolventi trovassero ora nella legge fallimentare, ora nelle l. 3/2012 un confacente strumento per sistemare la propria situazione. Così forse non è. Rimane, a mio avviso, la possibilità che un imprenditore fallibile in stato d'insolvenza sia escluso sia dalle procedure previste dalla legge fallimentare che dalla procedura di composizione della crisi ex l. 3/2012. Ciò avviene quando – ai sensi dell'art. 15, co. 9, l.fall. – «l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è

179 In tal senso, cfr. anche L. PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 8.

180 Merita osservare che i professionisti individuali possono fruire della disciplina di cui alla l.3/2012 sia che operino in forma individuale o in forma associata.

181 A. GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazione in itinere* in *Fallimento*, 2012, p. 23; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 2031; A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese*, Seconda appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n.179/2012, conv. dalla l. n. 221/2012, cit., pp. 2-3; D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione della crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012, n. 3, dopo il c.d. Decreto crescita -bis*, in *Dir.fall.*, 2013, I, p. 568, se pur definendola problematica.

182 A. PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, p. 93.

183 M. FERRO, *L'insolvenza civile*, cit., p. 69.

complessivamente inferiore a euro trentamila». In tal caso la legge prevede che, nonostante il tribunale abbia accertato la sussistenza dei presupposti oggettivo e soggettivo per dichiarare il fallimento, non si faccia luogo alla dichiarazione. Il soggetto rimane però fallibile e quindi rimane escluso dalla procedura di composizione della crisi¹⁸⁴.

Il requisito per l'accesso: la meritevolezza.

Il requisiti base (dalla rubrica dell'art. 7 definiti "presupposti") per all'ammissione ai due strumenti di composizione della crisi ai quali si aggiungono quelli previsti esclusivamente per il piano del consumatore, ci riportano ad uno stadio della nostra normativa concorsuale nella quale le procedure a sfondo beneficiario (concordato preventivo e amministrazione controllata) erano permeate dalla presenza del requisito di meritevolezza. Tale requisito, richiesto sia per l'accesso all'amministrazione controllata che al concordato preventivo e oggetto di uno specifico controllo di merito in sede di omologazione della procedura concordataria, era per un lato compendiato in una serie di requisiti, il cui accertamento era oggetto di accertamento giudiziale in sede di ammissione¹⁸⁵, e per un altro lato, affidato al giudice dell'omologa¹⁸⁶. A quest'ultimo spettava l'esame della passata gestione imprenditoriale in funzione di un giudizio prognostico circa l'adempimento della proposta concordataria e, abbandonate sterili impostazioni etiche, circa le reali chances del complesso aziendale.

L'art. 181, 4° co., era tra le norme "più aperte" della legge fallimentare pre-riforma perché laconicamente affidando al giudice l'esame della meritevolezza del debitore non poneva parametri di verifica, sulla base del dato testuale affidando al giudice una valutazione di sintesi della meritevolezza alla luce delle cause del dissesto da un lato e della condotta di chi aveva gestito dall'altro. Abbandonato quasi definitivamente l'orientamento che riassumeva la meritevolezza in un giudizio etico si creava al requisito un fondamento che poggiasse su basi più concrete e ciò non solo per facilitare il compito del magistrato, ma anche per rafforzare un edificio instabile come quello delle procedure minori, nelle quali si coglieva il rischio di disperdere pubbliche risorse con nessun risultato utile né per la collettività, né per la stessa impresa decotta, né, tanto meno, per i creditori. In quel contesto il giudice non poteva fermarsi dinanzi a comportamenti ineccepibili per concedere l'omologazione ove non vi fosse la convenienza, così egli avrebbe dovuto far luce su comportamenti che presentassero più zone d'ombra per accertare se, nonostante tutto, la

184 In tal senso anche G.M. NONNO, Il presupposto soggettivo di ammissibilità e il contenuto del piano, cit., p. 82. In senso contrario, A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare, cit., p. 2032.

185 Nella versione anteriore al 2005, l'art. 160 l. fall. (Condizioni per l'ammissione alla procedura) così recitava: 1. L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato, può proporre ai creditori un concordato preventivo secondo le disposizioni di questo titolo, se: 1) è iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, ed ha tenuto una regolare contabilità per la stessa durata; 2) nei cinque anni precedenti non è stato dichiarato fallito o non è stato ammesso a una procedura di concordato preventivo; 3) non è stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

186 Il giudizio che il Tribunale doveva compiere in sede di omologazione era regolato dall'art. 181 (Chiusura della procedura): 1. Il tribunale, accertata la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato e la regolarità della procedura, deve valutare: 1) la convenienza economica del concordato per i creditori, in relazione alle attività esistenti e all'efficienza dell'impresa; 2) se sono state raggiunte le maggioranze prescritte dalla legge, anche in relazione agli eventuali creditori esclusi che abbiano fatto opposizione all'esclusione; 3) se le garanzie offerte danno la sicurezza dell'adempimento del concordato e, nel caso previsto dall'art. 160, comma 2, n. 2, se i beni offerti sono sufficienti per il pagamento dei crediti nella misura indicata dell'articolo stesso; 4) se il debitore, in relazione alle cause che hanno provocato il dissesto e alla sua condotta, è meritevole del concordato.

procedura potesse essere conveniente per tutti gli interessi coinvolti nella crisi dell'impresa.

La Riforma del concordato preventivo ha spazzato via, come è noto, ogni requisito di meritevolezza sia autonomamente inteso, sia come risultato di un'analisi avente ad oggetto una serie di requisiti in essa sussumibili. Al giudice non appartengono più giudizi né di meritevolezza, né di convenienza, tutto essendo consentito e tutto essendo rimesso alla valutazione dei creditori. La convenienza per i creditori è ritenuto l'unico vantaggio che si può ricavare da un concordato rispetto ad un fallimento. Ovviamente in questa valutazione rimessa ai creditori potrà rientrarvi anche la meritevolezza, se pur non richiamata espressamente, ma comunque si tratterà di una valutazione che, specie quando si ragiona di concordato in continuità, non potrà non afferire al profilo dell'attitudine del complesso aziendale a produrre reddito.

Cosa cambia nella meritevolezza richiesta dalla l.3/2012?

Il soggetto sottoponibile alla procedura in esame, indipendentemente dall'appartenenza al novero dei debitori civili o degli imprenditori (sotto soglia o non commerciali), deve presentarsi come meritevole del beneficio. Direi che la riforma della l.3/2012 ha fatto ruotare l'accesso a questi strumenti attorno al requisito di meritevolezza risultando così corrispondentemente rimarcato l'aspetto beneficiario dello strumento di composizione: 1) il debitore (qualsiasi debitore) non deve aver fatto ricorso nei 5 anni precedenti (anziché nei 3 anni precedenti come prevede la l. 3/2012) a uno di questi procedimenti; 2) non deve aver subito (di nuovo qualsiasi debitore) per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli artt. 14 (annullamento o risoluzione dell'accordo e 14-bis (revoca e cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore)¹⁸⁷; 3) non deve aver fornito una documentazione sostanzialmente irregolare che, in quanto tale, non consente la ricostruzione "compiuta" della situazione economica e patrimoniale.

Il senso delle disposizioni è quello di evitare disinvolute assunzioni di debiti» nella fiducia di poter beneficiare di un procedimento esdebitativo¹⁸⁸ e nel contempo ponendosi anche quale <garanzia> di adempimento dell'impegno assunto con la proposta.

Se l'introduzione del requisito per l'accesso del consumatore alle procedure di composizione del sovraindebitamento può condividersi, non altrettanto può dirsi per quanto riguarda l'imprenditore non fallibile che in tal modo subisce un ingiustificato diverso trattamento rispetto all'imprenditore commerciale fallibile che oggi guida la soluzione della propria crisi a prescindere da come abbia gestito la propria impresa e da quante volte abbia fatto ricorso alle procedure concorsuali.

Gli strumenti e le proposte.

La legge prevede due strumenti negoziali (l'accordo di ristrutturazione per tutti i debitori non fallibili e il piano riservato esclusivamente al consumatore e una procedura di liquidazione del tutto assimilabile al fallimento) e la procedura di liquidazione di tutto il patrimonio.

187 Ove la mancanza della meritevolezza venisse scoperta successivamente all'instaurazione del procedimento, determinerebbe la risoluzione o l'annullamento dello stesso. Nel caso di procedimento instaurato da un consumatore, il verificarsi di tale fattispecie produrrebbe la revoca e la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano.

188 In tal senso cfr. M. FABIANI, Crisi del debitore civile. Crescita economica ecc., cit., secondo il quale «Poiché, in virtù delle direttive comunitarie, il nostro legislatore si è dovuto occupare della disciplina del credito al consumo e in particolare del profilo del "credito responsabile", era logico che avrebbe rappresentato un evidente disincentivo al credito responsabile il consentire al debitore renitente di promuovere PCC a ripetizione (il triennio appare sin troppo generoso), anche se ora assistito dalla tutela penale».

Per tutti e tre l'iniziativa è rimessa al debitore che è libero di scegliere come e quando comporre la sua crisi. L'iniziativa d'ufficio – espunta dalla legge fallimentare – può, ai sensi della l.3/2012, determinare soltanto la conversione di un accordo o di un piano nella procedura di liquidazione. I creditori possono “pungolare” il debitore con l'azione esecutiva individuale ma non chiedere direttamente l'adozione di un “rimedio” previsto nella legge sul sovraindebitamento.

Sia l'accordo che il piano del consumatore devono avere come obiettivo il soddisfacimento dei creditori attraverso la ristrutturazione dei debiti (artt. 7 e 8). Non è fissata «una regolazione uniforme dei crediti»¹⁸⁹ ma dalla stessa previsione che attribuisce al debitore la facoltà di creare classi, si può desumerne, in via di principio, l'obbligo di rispettare tale regola.

La legge riecheggia lo schema utilizzato negli artt. 124 e 160, l.fall.¹⁹⁰, per cui sia il piano che l'accordo possono avere contenuto vario. In ogni caso devono assicurare il regolare (vale a dire integrale e alla scadenza pattuita) pagamento dei crediti impignorabili.

La proposta si dirige ai creditori chirografari, i quali possono ricevere proposte di variegate e flessibili modalità di soddisfacimento anche mediante la suddivisione in classi. La norma, a dir poco laconica, accorda la facoltà del classamento senza tuttavia fissare né i parametri, né i paletti a protezione dell'ordine dei privilegi, né il sistema di calcolo delle adesioni ed, infine, senza prevedere un controllo del giudice sul corretto esercizio di tale facoltà. Dobbiamo a mio avviso ritenere che per non scardinare il principio della concorsualità (affermato fin dall'art. 6) e per l'equiparazione effettuata dal legislatore tra accordo ex l. 3/2012 e concordato preventivo, si possano e debbano applicare, però, i principi previsti dalla legge fallimentare per il classamento.

Passando ai creditori privilegiati, dobbiamo dire che, in linea di principio, non sarebbero destinatari della proposta, avendo diritto al soddisfacimento integrale a meno che – informati comunque della proposta – non abdicino alla loro posizione di supremazia rinunciando, anche parzialmente, alla garanzia e al pagamento integrale, acquistando conseguentemente il diritto di voto.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca – con norma che è prevista per i concordati preventivo e fallimentare e che è stata importata in sede di riforma nella l. 3/2012 - potranno non essere soddisfatti integralmente, se ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato dei beni oggetto della prelazione, attestato dagli organismi di composizione della crisi.

Sempre con riguardo ai privilegiati – questa volta sulla scia di una recente previsione introdotta dal decreto sviluppo (l. 134/2012) per il concordato di continuità – l'art. 8, comma 4 consente che la proposta di accordo con continuità e il piano del consumatore offrano un pagamento dilazionato fino ad un anno ai privilegiati, a meno che non si proceda alla vendita del bene oggetto

189 M. FABIANI, Crisi del debitore civile. Crescita economica, crisi e sovraindebitamento, cit., p. 5.

190 La proposta ha quindi un obbligatoriamente soddisfacitivo ma il suo contenuto è, secondo la legge, libero anche se trattandosi di debitore non imprenditore pare logico ritenere che la proposta non prenda in considerazione l'attività del soggetto se non come possibile di fonte di reddito e che il piano potrà prevedere o una liquidazione dei beni esistenti, o la destinazione di previsti o prevedibili redditi futuri o l'intervento di un terzo che metta a disposizione propri beni per il soddisfacimento dei creditori. Se invece il debitore fosse imprenditore, il piano, pur nel medesimo obiettivo soddisfacitivo, potrebbe anche concernere decisioni sull'attività. Sul punto S. AMBROSINI, La composizione delle crisi da sovraindebitamento: lineamenti generali, cit., 8, così si esprime: «Gli unici dati qualificanti che il legislatore impone al piano di risanamento sono dunque di natura teleologica e non tipologica. In altri termini, non viene predefinito il contenuto dell'accordo, ma soltanto la sua finalità prospettica, vale a dire l'idoneità al risanamento dell'esposizione del debitore».

della garanzia, nel qual caso il ricavato deve essere destinato al soddisfacimento del creditore. Anche per i crediti relativi ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere una dilazione che peraltro costituisce per essi l'unica forma di ristrutturazione possibile, tali crediti trovando anche una particolare tutela nell'art. 11, co. 5, ai sensi del quale in caso di mancato rispetto del termine di novanta giorni dalle scadenze previste per questi crediti, l'accordo cessa di diritto di produrre effetti.

La proposta, nel caso in cui il patrimonio esistente e le prospettive di reddito siano sufficienti a garantire la fattibilità del piano, può essere corredata, ma non necessariamente, di garanzie. Queste diventano invece imprescindibili, assumendo anche le sembianze di intervento di un terzo nel piano, nel caso di insufficienza attuale e prospettica dei mezzi propri del debitore.

Coloro ai quali la proposta, per la stessa disposizione di legge, non si dirige neppure perché debbono essere soddisfatti integralmente sono i titolari di crediti impignorabili, le Agenzie fiscali e gli enti gestori di forme di previdenza e di assistenza obbligatorie¹⁹¹. Questi creditori costituiscono, per legge, la fascia dei creditori estranei, privi quindi del diritto di voto ma con diritto ad essere regolarmente pagati (per l'intero e alla scadenza). Essi sono estranei non già perché dissenzienti o non raggiunti dalla proposta, bensì perché la legge li pone fuori da ogni contrattazione non venendo loro indirizzata la proposta. È la stessa legge, quindi, che costruisce questa volta la categoria degli estranei diversamente dall'art. 182-bis, l.fall., dove creditore estraneo comprende sia i dissenzienti sia coloro ai quali il debitore non ha diretto la sua proposta di ristrutturazione dei debiti.

Il piano.

Il cuore della proposta – con evocazione di quella mappa programmatica di operazioni finanziarie ed anche industriali che deve essere alla base di ogni strumento concorsuale negoziale di soluzione della crisi dell'impresa commerciale è il piano, strumento tipico della strategia d'impresa. La strategia consistente in ristrutturazioni in diversi settori e su vari livelli, suppone l'impresa. Lo strumento del piano se appare congruo a fattispecie e patrimoni imprenditoriali che per loro essenza sono dinamici anche nel momento della crisi, si presenta come inutilmente ridondante per quelle situazioni nelle quali, non essendovi stato esercizio di attività economica, il patrimonio, meramente statico, potrà essere oggetto alternativamente di liquidazione diretta o di cessione ai creditori ma non di sfruttamento sia pur temporaneo.

Tanto più eccessivo appare lo strumento del piano per organizzare il soddisfacimento dei creditori, quando il debitore neppure prospetticamente, attraverso l'esercizio di un'attività, sia in grado di conseguire guadagni futuri, presentando evoluzioni positive della sua crisi, tali da configurare la ristrutturazione dei debiti come un passaggio che è obbligato, vista la situazione attuale, ma funzionale al ripristino di una regolare solvibilità¹⁹². La disposizione di cui all'art. 8

191 È assente una norma che richiami la transazione fiscale. Appare allora ragionevole ritenere – dinanzi alla previsione della risoluzione legale dell'accordo «se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie» – che si applichi il principio della indisponibilità dei crediti fiscali.

192 Su questa linea del tutto condivisibile la notazione di F. DI MARZIO, Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento, cit., p. 15: «Il debitore civile non ha (...) che un patrimonio incapiente e una massa di debiti. Non svolge alcuna azione sul mercato. Non deve procedere a nessuna ristrutturazione di attività produttive. Deve piuttosto controllare e limitare la dannosa propensione al consumo, e aborrire il consumo irresponsabile (...). Non vi sarebbe

regola sia il contenuto del piano sottostante all'accordo sia di quello del consumatore.

Appare significativo che nel caso del consumatore (artt. 7 e 8) la legge non faccia menzione di una proposta ma soltanto del piano che allora indica nel contempo "nomen" e sostanza dello strumento per comporre il sovraindebitamento. Il consumatore non propone bensì impone una ristrutturazione dei debiti la quale, se contestata da uno o più creditori in punto di convenienza, potrà comunque essere approvata dal giudice ai sensi del comma 4 dell'art. 12-bis.

Sia il piano del consumatore che l'accordo devono essere collocati all'interno di una procedura sottoposta al controllo dell'autorità giudiziaria con il supporto, non di un professionista di fiducia, ma di un OCC¹⁹³ con sede nella circoscrizione del tribunale presso cui il debitore in stato

dunque nessun spazio apprezzabile per la pianificazione del recupero della solvibilità. In conclusione, mentre la pianificazione può essere utile ed è certamente comprensibile per il trattamento della crisi della piccola impresa non fallibile, invece in nessun modo sembra essere proficuamente utilizzabile (e nemmeno effettivamente comprensibile) per il trattamento dell'insolvenza civile. (...) Nella composizione negoziale dell'insolvenza civile non si apprezza nessuna rilevanza dell'aspetto finanziario prospettico inteso questo come la capacità futura di generare risorse finanziarie».

193 Su tutti i poteri attribuiti agli Organismi campeggia quello di assumere ogni iniziativa funzionale oltre che al raggiungimento dell'accordo, alla buona riuscita dello stesso. Questa previsione sintetizza il ruolo di questo nuovo organismo che a mio avviso è quello di un facilitatore, di un soggetto credibile (sono previsti requisiti per la costituzione degli Organismi e per adesso la nomina spetta al Giudice) che stemperi le rigidità, individui la soluzione di una situazione che appare incagliata, apra canali di comunicazione tra le parti. Più di uno spunto su un soggetto o Ente facilitatore possono cogliersi negli Ordinamenti Latino - Americani. Interessante sotto questo aspetto si presenta l'Ordinamento cileno. In Cile la Ley de Quiebra n. 18.175 è stata modificata nel 2005 una prima volta con la Ley 20.004, 8.3.2005, ed una seconda volta con la Ley 20.080, 24.11.2005, che dispose l'incorporazione della normativa concorsuale nel Libro IV, Ccom, mantenendo il capitolo II della Ley 18.175 Orgánica de la Superintendencia de Quiebras. La Ley è strutturata in dodici Titoli che integrano il libro IV de las quiebras del Ccom del Cile. La struttura ha certe analogie con la legge italiana. Come osserva A.A. DASSO, Derecho concursal comparado, Buenos Aires, 2008, 301, «el Título I esta destinado a las disposiciones generales, con principios comunes aplicables tanto a la quiebra liquidativa como a la prevencion». La Ley cilena prevede un procedimento preventivo (convenio judicial preventivo) e uno liquidativo (quiebra). Entrambi poggiano sullo stato d'insolvenza che prevede l'insorgenza di difficoltà di comunicazione e quindi di contrattazione. Come in Italia, il creditore cileno non può presentare direttamente una proposta di concordato preventivo (convenio judicial preventivo), però ha la facoltà – dimostrando l'esistenza di uno stato d'insolvenza – di sollecitare la dichiarazione di fallimento (art. 39: «La quiebra podrá ser declarada a solicitud del deudor o de uno o varios de sus acreedores») dell'imprenditore che eserciti attività commerciale, industriale, mineraria o agricola, anche quando il suo credito non sia esigibile. Ciò solo nei seguenti casi: 1) «Cuando el deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas, y estuvieren iniciadas, a los menos, dos ejecuciones, no hubiere presentado en todas éstas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a las prestación que adeude y las costas y 2) Cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administrare sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas» (art. 43). In alternativa il creditore cileno può richiedere al tribunale che ordini al debitore di presentare una proposta concordataria. Secondo l'art. 172, Ley de Quiebra in Cile «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior» – che attribuisce unicamente al debitore la legittimazione a richiedere «el convenio judicial preventivo» – «el acreedor que se encuentren algunos de los casos previstos en los números 1 y 2 del D.O. 29/11/2005 artículo 43, podrá solicitar el tribunal competente que ordene al deudor, o a la sucesión del deudor formular proposiciones de convenio judicial preventivo dentro del plazo de 30 días desde la notificación (...)». In seguito il debitore in base al disposto dell'art. 177-ter «podrá solicitar al tribunal (...) que cite a una junta de acreedores (...) a fin que ella designe un experto facilitador». Se l'esperto facilitatore non assolve al proprio impegno entro il termine fissato, il giudice dichiara d'ufficio il fallimento. Gli onorari dell'esperto facilitatore sono a carico del debitore, con il quale dovrà pattuire. In caso di disaccordo saranno determinati dal giudice e godranno, al pari delle spese nelle quali incorra, della preferenza) il che non implica tuttavia la possibilità per il creditore di formulare il piano concordatario. Dinanzi all'intimazione del giudice per la presentazione del concordato il debitore può avvalersi di un procedimento alternativo, richiedendo alla giunta dei creditori di designare un esperto facilitatore che nel termine di trenta giorni dalla sua nomina deve valutare la situazione legale, contabile, economica e finanziaria del debitore e proporre ai suoi creditori un concordato che sia più vantaggioso del fallimento o, in caso contrario, sollecitare al tribunale la dichiarazione di fallimento, che a quel punto dovrà essere dichiarato senza ulteriori formalità. Dinanzi

di sovraindebitamento procederà al deposito della proposta¹⁹⁴.

L'accordo.

La disciplina pare alludere allo strumento di cui all'art. 182-bis, l.fall., mentre utilizza il termine accordo; quando ripete, disegnando l'obbiettivo della proposta, lo strumento tipico di cui all'art. 182-bis, l.fall. (la ristrutturazione dei debiti), e là dove con la categoria dei creditori impignorabili rinvia ai creditori estranei in quanto deve essere agli uni come agli altri riservato un "regolare pagamento" (che oggi nell'art. 182-bis è divenuto "soddisfacimento integrale"), anche se poi, scorrendo le norme, incontriamo inequivocabili richiami al concordato preventivo.

Fondamentalmente, a differenza dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis, l.fall., che viene raggiunto prima del deposito del ricorso per domandarne l'omologazione all'autorità giudiziaria, nella nuova procedura il soggetto legittimato chiede, presentando una proposta accompagnata da un piano, l'apertura di un procedimento nel cui seno possa raccogliersi l'assenso dei creditori siglato dal giudice dell'omologa. Secondo la disciplina in esame le parti debbono seguire un determinato iter procedimentale – nel cui seno e per l'efficacia del quale si collocano l'adesione dei creditori e il controllo omologatorio del tribunale – per giungere alla stipula di un contratto che realizza la composizione della crisi¹⁹⁵.

Si presenta come procedimento volontario, funzionale al raggiungimento di un accordo di ristrutturazione dei debiti, maturato e raggiunto, sul modello del concordato, internamente, tra proponente (il debitore) e una certa percentuale dei suoi creditori i quali non sono stati tuttavia organizzati in comunità deliberante secondo i principi assembleari e la cui volontà si imporrà sulla minoranza assente, dissenziente o astenuta.

Alla luce della prima versione della l. 3/2012 c'era chi, dinanzi all'accordo, vi rintracciava una natura ibrida dotata di alcuni tratti ripresi dal concordato ed altri dagli accordi di ristrutturazione¹⁹⁶ e chi la definiva «istituto in bilico tra contratto e procedura di insolvenza».

Dopo la riforma, osservando lo snodarsi del procedimento, peraltro definito fin dalle prime battute come concorsuale e soprattutto dinanzi alla chiara enunciazione del principio di maggioranza che si impone sulla minoranza (art. 12, comma 3) possiamo individuare nell'accordo i caratteri del concordato preventivo.

all'introduzione dell'organismo di composizione della crisi che costituisce una novum per il nostro Ordinamento diviene altresì stimolante attingere alle esperienze di quegli Ordinamenti Latino - Americani che prevedono un Ente (Indecopi in Perù; Ifecom in Messico; Soverintendencia des societades in Colombia) che si pongono come garanti/facilitatori nelle procedure di soluzione delle crisi. Per la disciplina con notazioni e comparazioni si rinvia ai volumi di A.A. DASSO, *Derecho concursal comparado*, cit.

194 Criticano questa imposizione: S. AMBROSINI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento: lineamenti generali*, Convegno Paradigma, Milano, 26.3.2012 / Roma, 16.4.2012, p. 2; E. BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi*, cit.

195 È stato scritto (F. DI MARZIO, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento* (disponibile in: www.il.fallimentarista.it), p. 4; ID., *Finalità*, in Di Marzio - Macario - Terranova (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Il Civilista, Milano, 2012, p. 13) – ponendo in evidenza l'allontanamento dai principi contrattualistici perché la legge non si preoccupa di proceduralizzare la fase di formazione dell'accordo e tantomeno di assoggettare questo delicato momento a controllo giudiziario – che si tratta dell'«esercizio dell'autonomia privata assistito da pubblici poteri: giudiziario (il tribunale) e amministrativo (l'organismo di composizione della crisi)».

196 Così rispettivamente A. DIDONE, *Il successo dell'«ibrido» (Ovvero dei nuovi istituti di sistemazione concordata dell'indebitamento)*, (disponibile in:); F. DI MARZIO, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento*, cit., p. 4.

Il piano – secondo l'art. 7, comma 1 – deve indicare le scadenze e descrivere le modalità di pagamento dei creditori che possono essere suddivisi in classi, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti, le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni. Può anche prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore (in possesso dei requisiti per la nomina a curatore e indicati nell'art. 28 l.fall.) con compiti di liquidazione, custodia e distribuzione del ricavato ai creditori introducendo, per questa via, lo spossessamento del debitore. Se la nomina del gestore/liquidatore è in generale facoltativa, diviene invece obbligatoria nel caso in cui vi siano beni sottoposti a pignoramento. La legge (art. 13, comma 1) adotta il vocabolo "liquidatore" anziché "gestore" ma i poteri paiono essere gli stessi.

Il piano (dell'accordo e del consumatore) deve essere accompagnato dalla attestazione di fattibilità, resa dall'organismo di composizione della crisi.

Il contenuto di tale attestazione che non è ricavabile né dall'art. 9, co. 2, ma può essere ricostruito dal combinato disposto degli artt. 7, co. 1, e 17, co. 2. Mentre questo ultimo articolo, investito l'organismo della verifica della veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati, gli attribuisce l'attestazione di fattibilità del piano tout court, l'art. 7, co. 1, riempie di contenuto questo compito. Il piano qualsiasi sia il percorso che descrive – deve infatti assicurare «il regolare pagamento dei creditori ai titolari di crediti impignorabili ai sensi dell'articolo 545 del codice di procedura civile e delle altre disposizioni contenute in Leggi speciali».

Questa relazione attestativa viene così a riecheggiare – ma soltanto per quanto riguarda il contenuto, l'Organismo non presentando alcuna affinità con il professionista attestatore – quella che deve accompagnare l'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis, l.fall.¹⁹⁷. Inoltre il legislatore della l. 3/2012 ha previsto oltre alla attestazione iniziale di accompagnamento al piano, anche una attestazione finale che deve essere trasmessa insieme alla relazione sulle adesioni raccolte, svolta anch'essa dall'organismo. Il senso di questa seconda relazione si coglie nel fatto che, come già detto, l'art. 7 prevede la descrizione di un piano prefigurando le adesioni prima che sia avvenuto l'incontro delle volontà, per cui possono verificarsi divaricazioni dalle iniziali previsioni. Può anche avvenire però che sia lo stesso organismo a suggerire modifiche del piano oggetto della proposta di accordo (art. 17, co. 1).

Viste le incertezze che circondano la redazione di questo piano, si comprende la ragione che ha indotto il Legislatore a prevedere due attestazioni di fattibilità: la prima redatta al momento del deposito della proposta (art. 9, co. 2) e la seconda demandata all'organismo di composizione della crisi che, dopo la votazione e la scadenza del termine per le contestazioni, la trasmette, unitamente ad una relazione sull'avvenuta votazione e le reazioni dei creditori, al giudice dell'omologazione. Se sotto questo aspetto si comprende la previsione di una doppia attestazione, sotto il profilo della farraginosità di un procedimento che dovrebbe distinguersi dalle procedure e dagli strumenti per i più grandi, proprio per semplicità, snellezza e costo ridotto, la scelta del legislatore solleva parecchie perplessità. Sia la proposta di accordo che il piano del consumatore devono essere depositati presso il Tribunale, insieme alla richiesta documentazione che deve essere, per il consumatore, a pena di inammissibilità della proposta, idonea «a ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale».

Alla proposta di piano del consumatore è altresì allegata una relazione particolareggiata

197 Si sofferma su tale differenza E. BERTACCHINI, Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi, cit.

dell'organismo di composizione della crisi. Questa relazione viene dettagliata dal legislatore mentre quella che accompagna la proposta dell'imprenditore incentrandosi sulla fattibilità del piano va a ricalcare i principi redazionali che il legislatore e poi la prassi hanno coniato per la relazione che accompagna il piano concordatario. La norma parla di relazione di fattibilità e non di una relazione «sull'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei» (ex art. 182-bis, l.fall., o come risulta dal decreto sviluppo).

La relazione di accompagnamento del piano del consumatore riecheggia nelle prime quattro lettere della disposizione quella ex art. 33, l.fall., redatta dal curatore, mentre nell'ultima si avvicina, ma solo in parte, a quelle, da una parte del concordato preventivo e, dall'altra, del concordato fallimentare, incentrandosi: a) sull'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni; b) sull'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; c) sul resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi cinque anni; d) sull'indicazione dell'eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori; e) sul giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal consumatore a corredo della proposta, nonché sulla convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria.

Il procedimento.

Il debitore si rivolge al tribunale con ricorso per chiedere che la propria crisi venga composta mediante l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui alla l. 3/2012. Si apre da questo momento la fase caratterizzata da un procedimento affidato ad un giudice monocratico (artt. 737 ss. c.p.c.) e diretta all'instaurazione del contraddittorio. Il giudice esamina i requisiti e i presupposti previsti negli artt. 7, 8 e 9, e se ne accerta la sussistenza fissa con decreto l'udienza disponendone, unitamente alla proposta, la comunicazione ai creditori. In tale decreto a) fissa idonee forme di pubblicità¹⁹⁸; b) ordina, se il piano prevede la cessione o l'affidamento a terzi di beni immobili o di beni mobili registrati, la trascrizione del decreto, a cura dell'organismo di composizione della crisi, presso gli uffici competenti; c) dispone che, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate (anche in pendenza del divieto) o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi (non però i sequestri giudiziari e penali e le altre misure cautelari di cui agli artt. 168 e 182-bis l.fall.), né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore¹⁹⁹ che ha presentato la

198 Ai sensi dell'art. 10, co. 2, l. 3/2012, «il giudice dispone idonea forma di pubblicità della proposta e del decreto, oltre, nel caso in cui il proponente svolga attività d'impresa, la pubblicazione degli stessi in apposita sezione del registro delle imprese». Sul punto D. BOGGIALI, *Le crisi da sovraindebitamento*, Studio n. 61-2012/I (disponibile in: www.notariato.it, 4), 6, osserva che: «il fatto che la legge imponga forme idonee di pubblicità sta a significare che la scelta dei mezzi pubblicitari non sia rimessa alla mera discrezionalità del giudice. Il requisito dell'idoneità dei mezzi di pubblicità impone, infatti, che la stessa sia funzionale rispetto alla natura dei beni coinvolti nell'accordo di risanamento della crisi da sovraindebitamento. Se, ad esempio, il patrimonio del debitore comprende beni immobili, l'unica forma di pubblicità idonea per gli stessi non può che essere la trascrizione dell'accordo nei registri immobiliari. Analogo discorso dovrebbe valere per gli altri beni soggetti ad altre forme di pubblicità legale, quali ad esempio l'iscrizione nel registro delle imprese».

199 Diversamente da quanto è disposto per gli accordi ex art. 182-bis, l.fall. D'altra parte siamo in presenza di una disciplina molto più forte se si consideri che «dalla data di omologazione ai sensi del comma 2 e per un periodo non superiore ad un anno, l'accordo produce gli effetti di cui all'art. 10, comma 3» (art. 12, co. 3), ossia il divieto per i creditori aventi titolo o causa anteriore di tutelare i propri crediti mediante azioni esecutive individuali, sequestri conservativi o acquisto di diritti di prelazione sul patrimonio del debitore.

proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore. La sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili. Per tutto il periodo di sospensione le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano (art. 10, co. 4).

Da notare che il blocco delle azioni esecutive, riguardando letteralmente soltanto quelle individuali²⁰⁰, è compatibile con la eventuale presentazione di un ricorso per il fallimento.

Per quanto riguarda il piano del consumatore l'art.12-bis sancisce che il giudice, previa verifica, oltre che dei requisiti fissati negli artt. 7, 8 e 9, dell'assenza di atti in frode, fissa con decreto la data per il giudizio di omologazione. Nelle more di tale giudizio, ove siano in corso azioni esecutive che possano compromettere la fattibilità del piano, ne può disporre la sospensione.

Non pare che il controllo del giudice, almeno in questa fase, si estenda al merito, l'autorità giudiziaria essendo qui chiamata a verificare la completezza della documentazione (tanto è vero che l'art. 9, comma 3-ter prevede che il giudice possa assegnare un termine al debitore per un'integrazione del piano e il deposito di ulteriori documenti), l'esistenza delle condizioni richieste, rinviando all'omologazione, in presenza di contestazioni dei creditori, un esame sul merito²⁰¹.

Non è previsto l'esercizio di un'azione esercitata da un soggetto nominato per la tutela dei diritti di credito e finalizzata alla ricomposizione del patrimonio e, quindi, al ripristino della par condicio creditorum, la previsione di indicare con la proposta gli eventuali atti di disposizione compiuti nei cinque anni precedenti (art. 9, comma 2) sembrando legata alla concessione del blocco delle azioni esecutive e non all'individuazione – così come invece procede il curatore nel programma di liquidazione – di azioni revocatorie da esercitare. Per ottenere l'inefficacia di atti di disposizione antecedenti al ricorso i creditori, individualmente, potranno ricorrere alla revocatoria ordinaria ex art. 2901 cod. civ., che produrrà effetti, se vittoriosamente esercitata, soltanto nei confronti del precedente²⁰².

La procedura, che si svolge all'ombra di un giudice che controlla la regolarità ma privo di poteri gestori e con la presenza attiva e vigile dell'organismo di composizione della crisi, giungerà all'omologazione soltanto se viene raggiunta la maggioranza del 60% dei crediti. La percentuale viene calcolata sulla massa dei crediti ai quali si rivolge la proposta. Non si computano ai fini della maggioranza i creditori privilegiati da soddisfare integralmente e non votano a meno che non rinuncino.

Viene applicato il meccanismo, proprio del concordato fallimentare, del silenzio-assenso. È una fase, quella che muove dal decreto del giudice ex art. 10 e che conduce verso l'omologazione, «caratterizzata (...) dall'assenza del contraddittorio (deviato verso l'organismo di composizione

200 Ne consegue che, in linea con quanto si è venuto affermando per gli accordi di ristrutturazione (in giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 15.10.2009, (disponibile in: www.ilcaso.it), secondo cui «Il divieto di azioni cautelari od esecutive sul patrimonio del debitore di cui all'art. 182 bis, comma 3, legge fallimentare non riguarda la proposizione dell'istanza di fallimento. A tale conclusione è possibile pervenire sia in considerazione del fatto che la norma tende ad evitare vincoli sul patrimonio del debitore solo a vantaggio di alcuni creditori, sia perché l'esigenza pubblicistica di accertare l'eventuale stato di insolvenza ha carattere preliminare rispetto alla tutela dell'interesse particolare del debitore a non veder turbato il suo stato patrimoniale per i sessanta giorni previsti dalla norma in esame»), deve ritenersi pur sempre possibile proporre istanza di fallimento (così, L. PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 17).

201 Come è stato scritto da M. FABIANI, cit., p. 10, «secondo il paradigma ormai tipico delle procedure concorsuali riformate, il giudice non deve occuparsi né della gestione del dissesto né del merito del contenuto degli accordi, ma deve effettuare una verifica preliminare alla quale può conseguire un provvedimento a tutela del patrimonio del debitore, per poi valutare se ricorrono tutti i requisiti di omologabilità». In tal senso anche L. PANZANI, cit., p. 17.

202 D. BOGGIALI, *Le crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 4, secondo la quale la disposizione di cui all'art. 9, co. 2, sarebbe finalizzata a consentire una corretta valutazione della proposta.

abilitato a raccogliere le opposizioni), proprio quando si tratta di dover emettere il provvedimento di omologazione»²⁰³.

Un intervento rilevante è stato operato dalla l. 221/2012 sulla norma in tema di omologazione con avvicinamento alla disciplina concordataria. Il giudice verifica il raggiungimento della maggioranza (indicata come percentuale forse il legislatore rimanendo ancorato all'impostazione dell'accordo ex art. 182-bis, l.fall.) e l'idoneità del piano non più, letteralmente, ad assicurare il pagamento dei creditori estranei bensì dei crediti impignorabili e dei Tributi. Riguardo a questi ultimi sorge il dubbio se la verifica debba limitarsi ai tributi dell'unione europea o a tutti i tributi. Viene previsto un procedimento ad hoc per l'omologazione del piano del consumatore. Il giudice, prima di fissare l'udienza, verifica preliminarmente i requisiti e l'assenza di atti in frode. Nel giudizio di omologazione il giudice verifica la fattibilità, l'idoneità dello stesso al pagamento dei crediti impignorabili e dei crediti solo dilazionabili, svolgendo inoltre una indagine sulla meritevolezza. È prevista la contestazione di qualsiasi creditore o di terzo.

È stato inoltre introdotto il *crawm down* nel caso in cui un creditore dissenziente o escluso o un qualunque interessato contesti la convenienza dell'accordo, il giudice lo omologa se ritiene che il credito possa essere soddisfatto dall'esecuzione dell'accordo in misura non inferiore all'alternativa della liquidazione. L'impugnativa è aperta a qualunque interessato che presenti impugnazione sulla base della convenienza: pare così che possa essere introdotto un giudizio di convenienza a tutto campo e non relazionato all'opponente.

L'omologazione consolida la destinazione del patrimonio al soddisfacimento dei creditori anteriori, immunizzandolo dalle azioni esecutive dei creditori posteriori e dei creditori anteriori i quali inoltre avendo scelto la strada dell'accordo non possono neppure esperire per un periodo massimo di tre anni dalla data dell'omologazione azioni esecutive sui nuovi beni né acquistare diritti di prelazione o disporre sequestri. Gli effetti vengono meno in caso di omesso pagamento dei crediti impignorabili e dei tributi solo dilazionabili. La nuova impostazione del procedimento in chiave concordataria importa l'assoggettamento dei creditori dissenzienti al volere dei più, rendendo così lo strumento più fruibile.

L'accordo o il piano del consumatore non costituiscono l'unica possibile soluzione alla crisi per sovraindebitamento o insolvenza del consumatore o dell'imprenditore. In alternativa vi è, infatti, la soluzione liquidativa di tutti i beni e crediti.

Gli effetti.

Rispetto alla prima versione della l. 3/2012, il Riformatore è intervenuto con maggior puntualità sulla determinazione degli effetti che scaturiscono dall'apertura della procedura²⁰⁴.

E' previsto uno spossessamento attenuato per il debitore²⁰⁵ che continua dunque ad

203 M. FABIANI, cit., p. 6.

204 L.PANZANI, La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012, cit., p. 9.

205 Non sono, infatti, richiamati né gli artt. 35, 42 e 44, l.fall., che, in tema di fallimento, sanciscono la perdita da parte del fallito della facoltà di amministrare e disporre del proprio patrimonio, con conseguente inefficacia degli atti negoziali posti in essere in violazione del divieto, e la nomina di un gestore, né l'art. 167, l.fall., che sancisce per il debitore in concordato preventivo la conservazione dell'amministrazione dei suoi beni e dell'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza

amministrare e gestire il proprio patrimonio ma necessita, fino all'omologazione, dell'autorizzazione del giudice per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione. Per i creditori gli effetti previsti dalla legge si limitano ad un blocco temporaneo degli strumenti di autotutela. Non pare che rientri tra «gli strumenti di regolamentazione e composizione coattiva dei rapporti tra l'imprenditore debitore e l'insieme dei suoi creditori in chiave di attuazione della responsabilità patrimoniale dello stesso imprenditore-debitore, eretto in patrimonio separato e reso insensibile sia alle azioni esecutive individuali dei creditori e sia, almeno tendenzialmente, all'attività del suo titolare, ed alle obbligazioni da questo contratte, vincolo a cui corrisponde la costituzione, sul piano strutturale-organizzativo, di un particolare centro di competenza, che subentra all'imprenditore o che ad esso si affianca»²⁰⁶.

La l. 3/2012 in punto di tutela dei creditori procede, infatti, con strumenti diversi da quelli propri della legge fallimentare, garantendo la cristallizzazione del patrimonio o incidendo indirettamente sull'attività del debitore²⁰⁷ o disponendo la nullità di atti che violano la par condicio, successivi alla presentazione della proposta se compiuti dal debitore e degli acquisti di diritti di prelazione effettuati (per opera sia del debitore, sia del liquidatore) nei centoventi giorni nei quali opera il blocco disposto dal giudice²⁰⁸ o prevedendo il blocco delle azioni esecutive anche nella fase successiva all'omologazione²⁰⁹ o affidando ad un liquidatore la custodia e la gestione dei beni impignorabili e delle somme ricavate dalla loro liquidazione²¹⁰.

«Nonostante, quindi, l'ammissione al procedimento di composizione della crisi non incida sulla capacità giuridica e d'agire del debitore, l'attività negoziale sul patrimonio dello stesso incontra delle limitazioni finalizzate a garantire l'esatto adempimento dell'accordo con i creditori»²¹¹.

La procedura di liquidazione.

Una delle novità di maggior spessore, introdotte dalla riforma della l.3 del 2012 sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento, è costituita dalla previsione della procedura di liquidazione del patrimonio²¹². Con questa parte della disciplina contenuta in dieci articoli (dall'art.

però del commissario giudiziale, e con una limitazione per gli atti di straordinaria amministrazione per i quali è richiesta l'autorizzazione scritta del giudice delegato.

206 A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 392.

207 L'art. 7, co. 1, ult. periodo, così recita: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 13, comma 1 [che dispone la nomina del liquidatore], il piano può anche prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori».

208 L'art. 10, co. 3, il quale sancisce la nullità dei degli acquisti di diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore, se compiuti entro il termine, non superiore a centoventi giorni, stabilito dal giudice all'udienza per l'approvazione dell'accordo.

209 L'art. 12, co. 3, statuisce «Dalla data di omologazione ai sensi del comma 2 e per un periodo non superiore ad un anno, l'accordo produce gli effetti di cui all'articolo 10, comma 3».

210 L'art. 13, co. 1, prevede «Se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento ovvero se previsto dall'accordo, il giudice, su proposta dell'organismo di composizione della crisi, nomina un liquidatore che dispone in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate. Si applica l'articolo 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

211 D. BOGGIALI, *Le crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 4.

212 DI MARZIO, *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, in www.il.fallimentarista.it, 20.02.2013, osserva «La procedura di liquidazione del patrimonio è probabilmente la novità maggiore contenuta nel Decreto Sviluppo-bis ed è anche quella che ha un retroterra storico maggiormente consolidato giacché con la procedura collettiva di liquidazione dei beni del soggetto sovraindebitato si realizza la ottocentesca aspirazione ad introdurre anche nel nostro ordinamento, allo stesso modo di quanto già accade in altri ordinamenti di civiltà affine, la disciplina del

14ter all'art. 14duodecies) e proiettata – quando la procedura costituisca scelta autonoma del debitore e in presenza di determinate condizioni - a condurre il debitore verso il “tranquillo porto” della esdebitazione, il legislatore ha cercato di colmare – aderendo alla raccomandazione della Banca Mondiale²¹³ secondo la quale “One of the principal purposes of an insolvency system for natural persons is to re-establish the debtor’s economic capability, in other words, economic rehabilitation” - una delle lacune più vistose della prima versione della l.3/2012.

Dall'esordio della norma di apertura (art. 14-ter) desumiamo che la procedura di liquidazione rappresenta innanzi tutto un percorso per risolvere la crisi, autonomo e alternativo rispetto a quello costituito dall'accordo o dal piano del consumatore.

Il debitore che, alla luce delle condizioni presenti e anche di quelle prospettiche del proprio patrimonio nonché dell'assenza di soggetti terzi che possano supportarlo finanziariamente, non sia in grado di formulare una proposta di accordo (e, se consumatore, un piano), potrà direttamente ricorrere alla liquidazione di tutto il patrimonio²¹⁴. In tal caso unico legittimato all'iniziativa – così come avviene per la proposta di accordo o di piano (artt. 7, 8 e 9) ma diversamente dalla previsione di cui all'art. 6 l.fall. per la procedura concorsuale liquidativa del fallimento è il debitore, quasi a voler prendere le distanze dall'attribuzione alla procedura della natura esecutiva, salvo poi equiparare il decreto di ammissione (nel comma 3 dell'art. 14- quinquies) all'atto di pignoramento. L'attribuzione in via esclusiva della legittimazione al debitore per tale procedura non rappresenta un unicum nei nostro ordinamento delle crisi, dovendosi ricordare che analoga regola è prevista per l'amministrazione straordinaria speciale. Rimane il fatto però che mentre i creditori di una grandissima impresa possono chiedere l'apertura di un'amministrazione straordinaria base²¹⁵ quelli del soggetto non fallibile sovraindebitato possono reagire agli inadempimenti soltanto con le azioni esecutive individuali nonostante che il legislatore abbia previsto una modalità di soddisfacimento concorsuale ritmata secondo la metrica della legge fallimentare.

Questo però non è l'unica ipotesi, prevista dalla legge, di liquidazione del patrimonio perché dalla norma contenuta nell'art. 14-quater apprendiamo che questa procedura può costituire lo sbocco all'insuccesso (nelle accezioni che vedremo) dell'accordo o del piano del consumatore.

Può essere ammesso alla procedura di liquidazione ex l. 3/2012 il debitore (anche il consumatore) in stato di sovraindebitamento che sia escluso dalle procedure concorsuali diverse da quelle disciplinate nella l.3/2012 e che non abbia fatto ricorso nei cinque anni precedenti ad un accordo o, se consumatore, a un piano, eccettuato il caso di conversione di uno di questi strumenti nella procedura liquidativa.

Sotto questo aspetto non registriamo difformità rispetto al fallimento che anche dopo il 2006 costituisce la procedura concorsuale liquidativa-satisfattiva universale alla quale il debitore può approdare o in prima battuta o per una mancata soluzione della crisi già affrontata con diverso strumento, potendo anch'esso, alla sua conclusione e in presenza di certi requisiti, condurre il

cosiddetto “fallimento civile” ossia del fallimento del soggetto per altro verso escluso dalla generale procedura fallimentare”.

213 Sul Documento della Banca Mondiale (Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, leggibile in www.worldbank.org) v. L. M. MEJIAN, El reporte del banco mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, in Studi Senesi, 2013, 2, p. 288.

214 Il debitore deve infatti sottoporre alla liquidazione tutti i propri beni, non essendo ammessa un'offerta parziale. Sul punto cfr. L. D'ORAZIO, Le procedure di negoziazione delle crisi dell'impresa, Milano, 2013, p. 889.

215 Sul punto A. NIGRO - D. VATTERMOLI, Diritto delle crisi delle imprese, Seconda appendice di aggiornamento, cit., p. 27.

debitore persona fisica alla liberazione dai debiti residui.

Il debitore assoggettabile alla procedura di liquidazione.

Dall'ampia latitudine del vocabolo "debitore", utilizzato dall'art. 14-ter per indicare il presupposto soggettivo, del quale la norma predica esclusivamente l'assenza delle condizioni di inammissibilità sopra rammentate e racchiuse nell'art. 7, comma 2, lett. a) e b), nonché dall'alternatività della procedura di liquidazione rispetto all'accordo e al piano del consumatore, possiamo desumere che possa esservi ricompresa tutta l'ampia gamma di soggetti non fallibili già individuata per la fruizione dello strumentario concorsuale disciplinato nella l.3/2012. Da ciò allora ne deriva che anche un debitore-società non fallibile potrebbe utilizzare – se pur i costi siano superiori a quelli della liquidazione ordinaria – questo procedimento liquidatorio del patrimonio²¹⁶. Sempre sul piano della possibile convenienza di tale procedura rispetto alla liquidazione societaria, occorre osservare inoltre che la disciplina, non prevedendo una estensione della procedura di liquidazione ai soci illimitatamente responsabili, non rende possibile un loro conseguente accesso alla procedura di esdebitazione. Questa potrebbe essere conseguita soltanto in seguito all'adozione uti singuli della procedura di liquidazione del loro patrimonio²¹⁷.

Per quanto riguarda l'imprenditore agricolo ritengo che il disposto dell'art. 14-ter, comma 2-bis, ai sensi del quale "Ferma l'applicazione del comma 2, lettere b), c) e d), l'imprenditore agricolo in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di composizione della crisi secondo le disposizioni della presente sezione", - a dispetto del tenore letterale che menziona soltanto l'accordo ex art. 6 ss. - non gli precluda la strada della procedura di liquidazione.

La norma richiamata intende dare una risposta agli interrogativi che erano sorti in precedenza quando la l. 3/2012, non esplicitando in alcun punto se l'imprenditore agricolo che in virtù del d.l. 98 del 2011 poteva utilizzare l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis, pareva escludere l'imprenditore agricolo dalla fruibilità, in via alternativa allo strumento di cui al 182-bis l.fall., dell'accordo previsto per il sovraindebitamento²¹⁸.

Risulterebbe non solo antieconomico per il sistema concedere due strumenti entrambi negoziali ma anche in contrasto con l'art. 3 Cost. privare l'imprenditore agricolo della possibilità di proporre in via primaria la liquidazione del suo patrimonio alla quale, invece, vi sarebbe sottoposto in conseguenza dell'insuccesso dell'accordo²¹⁹.

Merita osservare che la legge sul sovraindebitamento è organizzata in capi: il II, dedicato ai "Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio", ospita una Sezione prima dove sono disciplinate le "Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento", ossia l'accordo e il piano del consumatore, e una Sezione seconda per la

216 A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare, VI ed., Padova, 2013, sub art. 14-ter, p. 2062.

217 In tal senso A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare, cit., sub art. 14-ter, p. 2062.

218 Davano risposta positiva: M. FABIANI, La gestione del sovra-indebitamento del debitore non fallibile (d.l. 112/2012), in *www.ilcaso.it*, p. 4; A. GUIOTTO, La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere, in *Fallimento*, 2012, p. 22; F. MACARIO, Finalità, in F. DI MARZIO-F. MACARIO-G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi e sovraindebitamento, Il civilista*, Milano, 2012, 19; A. NIGRO, Il nuovo procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento, in *Dir.banc.*, 2012, II, p. 4 ss.

219 R. DONZELLI, Il procedimento di liquidazione del patrimonio. La fase di apertura e la fase di accertamento del passivo, in F. DI MARZIO- F. MACARIO- G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento, Il civilista*, Milano, 2013, p. 69.

“Liquidazione del patrimonio”.

I presupposti soggettivo ed oggettivo dei tre strumenti (procedimenti e procedure concorsuali per il sovraindebitamento) sono quindi fissati negli artt. 6 e 7, posti nella Sezione prima, nella quale non è rintracciabile alcun riferimento alla procedura di liquidazione oggetto della Sezione seconda. Anche su questa base non parrebbe accoglibile una interpretazione contraria, tesa a valorizzare il dato testuale, che vuole soltanto esprimere la compatibilità per l'imprenditore agricolo di due diversi strumenti negoziali di composizione della crisi. L'insuccesso dell'accordo di ristrutturazione ex 182-bis, mentre esclude una conversione in liquidazione ai sensi dell'art. 14-quater, stante la tassatività delle ipotesi previste dalla norma, non preclude all'imprenditore agricolo una proposta di liquidazione del patrimonio, diversamente da quanto accadrebbe se in passato si fosse avvalso (eccettuato il caso della consecuzione) di uno strumento concorsuale di cui alla l. 3/2012.

Per qualsiasi debitore sovraindebitato non fallibile la legge, rivelando ancora una volta il timore che il sistema concorsuale in questione possa risolversi in un troppo facile strumento per rimediare ad una disinvolta gestione del denaro o dell'impresa e marcando vistosamente la differenza rispetto alle procedure concorsuali dell'imprenditore fallibile, limita l'accesso anche alla procedura di liquidazione del patrimonio che peraltro non determina di per sé l'esdebitazione²²⁰. Sono richieste, pena la non ammissibilità, due condizioni: 1) che si tratti di soggetto non sottoponibile a procedure concorsuali diverse da quelle disciplinate dal Capo II della l. 3/2012; 2) che non abbia fatto ricorso nei cinque anni precedenti, ai procedimenti di cui al medesimo Capo II della l. 3/2012. Il quinquennio qui fissato per la rilevazione e conseguente valutazione degli atti in frode - non previsto tuttavia per gli altri procedimenti regolati nella l.3/2012 - trova corrispondenza nell'arco temporale (art. 7, 2° co., lett. b) all'interno del quale è precluso l'accesso a due diverse procedure²²¹.

La norma disegna in primis il perimetro di applicabilità della disciplina, senza sollevare particolari questioni atteso che i soggetti esclusi dal fallimento lo sono anche - a parte l'imprenditore agricolo - dalle procedure e dagli strumenti negoziali disciplinati dalla legge fallimentare. Non appare così interessante al fine di una lettura di questa norma, intrattenersi sulla disputa se gli accordi di ristrutturazione ex 182-bis siano o meno da considerare procedura concorsuale.

Oltre a ciò, come risulta indirettamente dall'art. 14-ter, comma 3, dove viene descritto il contenuto della relazione di accompagnamento alla domanda che l'Organismo di composizione della crisi deve redigere, sono richiesti alcuni requisiti che da un lato richiamano alla mente del giurista la relazione ex art. 33 l.fall., dall'altro configurano una sorta di “meritevolezza” - peraltro senza premio²²² - collegata appunto dalle lettere a), b) e c) alla “persona fisica”. Su questo punto torneremo più avanti.

Il presupposto oggettivo della procedura di liquidazione.

Per quanto concerne il presupposto oggettivo - come già detto - l'art. 14-ter ripropone lo stato

220 A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare, cit., sub art. 14-ter, p. 2062.

221 A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare, cit., sub art. 14-quinquies, p. 2066.

222 A. NIGRO - D. VATTERMOLI, Diritto della crisi delle imprese - Le procedure concorsuali, II ed., II appendice di aggiornamento, cit., p. 27.

di sovraindebitamento, definito nell'art. 6, comma 2, lett. a) in termini di squilibrio "perdurante", quindi, durevole, non transitorio, - non risolvibile senza interventi – tra la massa debitoria e il patrimonio ad essa destinato e "agevolmente" liquidabile onde consentire l'adempimento. Tale situazione di impotenza ad adempiere, per concretizzare il presupposto oggettivo della procedura (sia essa compositiva oppure di liquidazione), - riecheggiando la gradazione tra temporanea difficoltà di adempiere e stato d'insolvenza - potrà esprimersi in termini (meno gravi) di rilevante difficoltà o (più gravi) di definitiva incapacità di adempiere. Alla liquidazione del patrimonio il debitore potrà giungere trovandosi indifferentemente in una delle due situazioni.

C'è da immaginare che lo stato di sovraindebitamento, quando si giunge alla liquidazione in seguito alla conversione di un accordo o di un piano del consumatore, sia ad uno stadio di grave incapienza rispetto ai debiti. La legge tuttavia non distingue e non pone paletti quantitativi né in basso, né in alto.

L'art. 14-quater ricollega la conversione- come ho già detto – all'insuccesso dell'accordo o del piano. Più precisamente queste sono le fattispecie in presenza delle quali si verifica la conversione in liquidazione:

1. Annullamento dell'accordo (art. 14, comma 1) o cessazione degli effetti del piano del consumatore (art. 14-*bis*, comma 2) – su istanza del creditore e in contraddittorio con il debitore, quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero simulate attività inesistenti. La previsione riecheggia l'art. 138 l.fall. in tema di annullamento del concordato;
2. Cessazione sulla base di una pronuncia del giudice degli effetti dell'accordo o cessazione di diritto degli effetti del piano del consumatore a causa del mancato integrale pagamento delle amministrazioni pubbliche o degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie entro novanta giorni dalle scadenze previste (art. 11, comma 5 e art. 14-*bis*, comma 1);
3. Revoca con provvedimento giudiziale dell'accordo o di diritto del piano del consumatore per atti fraudolenti in corso di procedura (art. 11, comma 5 e 14-*bis*, comma 1);
4. Risoluzione dell'accordo su domanda del creditore o cessazione degli effetti del piano del consumatore, per cause imputabili al debitore (art. 14, comma 2 e 14-*bis*, comma 2, lett. b).

Da queste fattispecie risulta che mentre la procedura di liquidazione instaurata su domanda del debitore viene aperta in presenza del requisito di meritevolezza del debitore, quella originata dalla conversione svela sembianze sanzionatorie. Entrambe le ipotesi non si presentano come scelte dell'ordinamento per un miglior trattamento dei creditori.

Mentre la conversione avviene d'ufficio una volta che su impulso del creditore venga accertata la causa di cessazione degli effetti, o di annullamento o di revoca o di risoluzione, la domanda di liquidazione quando questa costituisca scelta preventiva del debitore (in tal caso unico soggetto legittimato) e alternativa alla proposta di un accordo o, se consumatore, di un piano, deve essere presentata con ricorso al tribunale competente ai sensi dell'art. 9, comma 1, rilevando così, se consumatore, il luogo di residenza e, se imprenditore, il luogo dove è posta la sede principale.

Si tratta di una competenza inderogabile al pari di quella per il fallimento.

La domanda e la documentazione.

La domanda deve essere corredata della documentazione richiesta dagli artt. 9, commi 2 e 3, e 14-ter, comma 3 alla quale dovrà aggiungersi, quando il debitore sia una società, e vista la particolare configurazione della procedura di liquidazione molto più vicina al concordato fallimentare che al fallimento, la delibera dei soci o degli amministratori sulla falsariga dell'art. 152 l. fall.

Quella richiesta espressamente dalla disciplina di cui alla l.3/2012 e sopra richiamata, è una documentazione ricca, molto più di quella che deve procurarsi l'imprenditore richiedente un concordato preventivo o l'omologazione di un accordo ex art.182-bis.

Non solo il debitore deve depositare quei documenti che quantifichino la sua crisi (elenco dei creditori con le somme dovute e un inventario dei beni componenti il patrimonio) ma deve anche denunciare gli atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni – per tracciare le relative entrate ed uscite e quindi per valutare se costituiscono atti di frode, preclusivi dell'ammissione alla procedura -, e accludere le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni. Quando il debitore svolga attività d'impresa, deve completare la documentazione con le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, seguita dalla dichiarazione (autocertificazione) di conformità all'originale.

Nella domanda deve essere inoltre indicato quanto dal patrimonio esistente deve essere lasciato periodicamente al debitore per il mantenimento suo e della sua famiglia (quest'ultima identificata attraverso lo stato di famiglia).

Il clou degli allegati alla domanda è rappresentato – curiosamente al pari di quanto prescrive l'art. 9, comma 3-bis per la presentazione del piano del consumatore - dalla relazione particolareggiata redatta dall'Organismo di composizione della crisi. Questi deve, infatti, fermarsi sulle cause dell'indebitamento, sulla diligenza impiegata dal debitore persona fisica nell'assumere volontariamente le obbligazioni, sulle ragioni dell'incapacità del debitore persona fisica di adempiere le obbligazioni assunte, sulla solvibilità del debitore persona fisica nel quinquennio precedente. La norma prende in considerazione il debitore persona fisica, per cui tale relazione potrebbe non essere richiesta quando si tratti di società. Del resto in nessun punto sul quale deve soffermarsi la Relazione dell'OCC si fa riferimento alle modalità o alla diligenza spiegata nell'esercizio dell'impresa.

Il contenuto della Relazione riecheggia quello della relazione ex art. 33 l.fall.che – come è noto - costituisce l'anamnesi, la diagnosi e la prognosi dell'insolvenza di un imprenditore onde individuarne responsabilità rilevanti anche in sede penale.

Nella norma che regola la relazione dell'Organismo emerge invece un'attenzione esclusiva ad aspetti rilevanti per costruire un quadro in termini di meritevolezza o meno diretto al giudice che in sede di giudizio di ammissione deve valutare l'assenza di atti in frode. Probabilmente il legislatore ha ritenuto di fornire un supporto anche al giudice che debba decidere sulla esdebitazione, limitata appunto al debitore persona fisica.

Una pregressa attività di debitore/consumatore senza macchia è però soltanto una delle condizioni richieste per l'apertura della procedura di liquidazione. La disciplina è cosparsa di condizioni di ammissibilità alla procedura di liquidazione. L'interprete le deve ricercare nel testo in

diverse norme. Si tratta degli artt.7, comma 2, lett. a) e b)²²³, 9 (presenza della documentazione richiesta), 14-ter e 14-quinques.

Volgendoci alle ultime due disposizioni citate, vediamo che l'art. 14-ter introduce la condizione di "regolare contabilità in senso sostanziale" per tale intendendosi la documentazione che consente di ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale del debitore. "Ne deriva che il debitore privo di adeguata preparazione economica, che non abbia conservato la documentazione relativa ai debiti contratti, o assistito in misura non adeguata dall'OCC, rimarrà pregiudicato, anche se è da ritenere che la domanda possa essere riproposta"²²⁴.

L'art. 14-quinques pone invece – l'ho già anticipato - come condizione l'assenza di atti in frode nei cinque anni precedenti. Così tali atti, per i quali non è conferito al liquidatore il potere di domandarne l'inefficacia ai sensi dell'art. 2901 e ss. c.c. facendo conseguentemente ricadere a beneficio dei creditori i risultati del vittorioso esercizio dell'azione, precludono l'ammissione alla procedura sospingendo il debitore verso le azioni esecutive individuali. Così non è però quando quegli stessi atti sono stati compiuti durante il procedimento per giungere all'omologazione dell'accordo (art. 11, comma 5). In questo caso infatti si potrà avere – su domanda dei creditori - la conversione dell'accordo in liquidazione.

Tali prescrizioni lasciano perplessi sia perché si tratta di una procedura che dispone di tutto il patrimonio per liquidarlo, esattamente come avviene nel fallimento, sia perché come il fallimento può condurre la persona fisica ad una successiva ma eventuale esdebitazione, legata in ogni caso – al pari di quella prevista dall'art. 142 l.fall. e ss. - alla presenza di condizioni di meritevolezza e di convenienza accertate dal giudice. Stando così la disciplina della procedura di liquidazione non possiamo dire che il legislatore abbia creato un mini fallimento per le piccole insolvenze. Di fatto questi soggetti rimangono esclusi in molti casi da uno strumento alternativo all'accordo. La soluzione appare particolarmente censurabile se vagliata alla luce delle situazioni nelle quali possono trovarsi tutti coloro che svolgono attività d'impresa e che sono esclusi dal fallimento che subiscono, ancora una volta, un trattamento diverso da quello previsto per il soggetti fallibili. In effetti il trattamento appare ingiustificatamente punitivo e tanto più incomprensibile perché dal 2006 ci muoviamo in un ordinamento delle crisi che ha espunto la punizione dalle funzioni del fallimento²²⁵.

L'apertura della procedura di liquidazione.

Dalla data del deposito della domanda – con previsione che ricalca quella posta nell'art. 9, 3° co., quater, per il deposito dell'accordo o del piano del consumatore - si produce, per i creditori concorsuali, il blocco degli interessi legali e convenzionali ad eccezione delle regole di cui agli artt. 2749, 2788, 2855, 2° e 3° comma c.c. per i creditori prelatizi.

Il Giudice svolge un duplice controllo: da un lato verifica la regolarità della domanda e della documentazione – tra cui spicca, per il suo contenuto in punto di meritevolezza del soggetto

223 "La proposta non è ammissibile quando il debitore, anche consumatore: a) è soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo; b) ha fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui al presente capo".

224 L. PANZANI, La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012, in http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/2_Panzani_sovraindebitamento_2.html.

225 In tal senso anche L. PANZANI, La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012, cit.

richiedente, la relazione particolareggiata dell'Organismo di composizione della crisi - e dall'altro, valuta l'assenza di "atti in frode ai creditori negli ultimi cinque anni". Si tratta di un controllo giudiziale che non pare circoscritto alla legittimità, dovendo l'autorità giudiziaria compiere una selezione tra atti per determinarne la carica fraudolenta e quindi la preclusione all'ammissione alla procedura di liquidazione.

La procedura viene aperta con decreto e dura – sulla base del combinato disposto degli artt. 14-quinquies e 14-novies - per un periodo che decorre dal giorno del deposito della domanda di non meno di quattro anni. Con lo stesso decreto – e parimenti a quanto è previsto per la procedura di accordo (art. 10, 2° co., lett. c) - il giudice dispone che fino al momento in cui diviene definitivo il decreto di omologa nessuna azione cautelare o esecutiva a carico del debitore possa essere iniziata o proseguita, né che possano essere acquisiti diritti di prelazione da parte dei creditori anteriori. Rappresenta questo un altro elemento di diversità rispetto al fallimento la cui sentenza dichiarativa fa scattare automaticamente i suddetti effetti²²⁶. L'apertura della liquidazione determina lo spossessamento del debitore, sottolineato vuoi dalla disposizione contenuta nel 2° comma lett. e) ai sensi della quale il decreto "ordina la consegna o il rilascio dei beni facenti parte del patrimonio di liquidazione, salvo che non ritenga, in presenza di gravi e specifiche ragioni, di autorizzare il debitore ad utilizzare alcuni di essi. Il provvedimento è titolo esecutivo ed è posto in esecuzione a cura del liquidatore", vuoi da quella contenuta nell'art. 14-novies che investe il liquidatore "dell'amministrazione dei beni che compongono il patrimonio di liquidazione"

La gestione della liquidazione.

La gestione e la programmazione della liquidazione, come serie di atti e di attività funzionali alla ripartizione dell'attivo realizzato, vengono attribuite al liquidatore, vale a dire a colui che nominato dal giudice nel decreto di apertura della procedura (a meno che ai sensi dell'art. 13, comma 1, non lo avesse già nominato per l'esecuzione dell'accordo o del piano) e in possesso dei requisiti fissati dall'art. 28 l.fall., è preposto all'amministrazione "dei beni che compongono il patrimonio di liquidazione" nonché alla redazione dell'inventario e alla verifica sommaria dei crediti (art. 14-sexies), alla formazione del passivo (art. 14-octies), alle operazioni di liquidazione (art. 14-novies).

Quest'ultimo, infatti, "entro trenta giorni dalla redazione dell'inventario elabora un programma di liquidazione che comunica al debitore e ai creditori e deposita presso la cancelleria del giudice". E' la presenza di tale programma che lascia perplessi sulla presenza di un piano del debitore. Se circa il contenuto del piano del debitore la legge è totalmente muta, sul programma di liquidazione del liquidatore si limita a dire che deve assicurare "la ragionevole durata della procedura, non disegnano l'art. 14-novies, a differenza dell'art. 104-ter l.fall., un contenuto vario (né potrebbe farlo vista la funzione di questa procedura) e lasciando immaginare che preveda soltanto vendite e altri atti di liquidazione.

Probabilmente però è proprio il carattere della liquidazione quale emerge negli artt. 14-novies e 14-decies che ci consente di svolgere alcune riflessioni sui tratti distintivi di questa procedura di liquidazione rispetto al fallimento. Come è noto dopo la riforma del 2006 il fallimento, oltre ad aver abbandonato quel carattere afflittivo che culminava non solo e non tanto nel Registro dei

226 A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare, cit., sub art. 14-quinquies, p. 2067.

falliti quale albo dei “fraudatores”, ma addirittura nella perdita dell’elettorato attivo e passivo, si caratterizza per avere al suo interno – pur continuando nella sua funzione liquidativa-satisfattiva - strumenti idonei a conservare valori, quali: l’affitto d’azienda, un rinnovato esercizio provvisorio, la vendita in blocco del complesso aziendale o di suoi rami.

Questi strumenti - supportati, “a monte” da una disciplina mitigata della revocatoria che non costringe più a bloccare l’attività fino dai primi segnali di crisi e, “a valle” da una disciplina dei rapporti pendenti che ha al centro la regola della sospensione del contratto in attesa di una scelta del curatore – sono indirettamente, funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori, ma direttamente protesi a tentare la salvaguardia dell’azienda. Il fallimento è liquidazione dell’azienda, rispetto alla quale (art. 105 ma sul punto già l’art. 104- ter, comma 2, lett. d aveva fatto intuire la priorità della cessione unitaria) l’ipotesi della “liquidazione dei singoli beni (...)” è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell’intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori”.

La procedura di liquidazione ex l.3/2012, pur rivolgendosi non solo al consumatore ma anche alle crisi di imprese, non contempla modalità liquidative che possano salvaguardare, a differenza dell’attuale disciplina del fallimento, le aziende.

La disciplina in esame ha di mira un patrimonio – tutto il patrimonio (l’art. 14-ter, comma 1, dispone che il debitore può chiedere la liquidazione “di tutti i suoi beni) - composto oltre che di beni esistenti alla data di presentazione della domanda anche di beni sopravvenuti dopo quel momento e nell’arco dei quattro anni successivi, per i quali a differenza di quanto prevede l’art. 42, comma 3, l.fall. – l’acquisizione è automatica. Per quanto riguarda la composizione del patrimonio oggetto della procedura di liquidazione ex l. 3/2012, la legge fa riferimento a beni mobili e immobili, agli “accessori, pertinenze e (i) frutti prodotti dai beni”, ai “crediti” e di beni sopravvenuti. Nessun cenno, invece, all’azienda ed ai beni di eterogenea natura che la compongono.

Nessun cenno alla continuazione dell’attività, dell’impresa che del resto, all’interno della disciplina che stiamo esaminando, è nominata soltanto una volta (art. 14-quinques, comma 2) e in tutta la l. 3/2012 quattro volte, per lo più in norme che regolano la pubblicità del provvedimento di ammissione (artt. 10, comma 2 e 14-quinques, comma 2) o la documentazione da allegare la proposta (art. 9, comma 3). Soltanto l’art. 8 prende in considerazione la presenza di un’impresa e una sua continuazione prevedendo la possibilità di una moratoria di un anno dei privilegiati, chiaramente concessa dal legislatore quale supporto per pagare le spese dell’esercizio.

Neppure la norma che sancisce il soddisfacimento “con preferenza rispetto agli altri” dei “crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione”, pur evocando il tema dell’estensione della prededuzione (anche ai crediti sorti in funzione dell’ammissione alla procedura?) e quello dei controlli sugli atti che li generino, apre le porte al dubbio se possa trattarsi anche di crediti sorti per una gestione dell’impresa, intendendo questa come fase della liquidazione.

In definitiva la procedura in esame è protesa a individuare ed apprendere i beni, a venderli, a realizzare i crediti e, pur nel silenzio della legge, a ripartirli tra i creditori in un arco temporale non inferiore a quattro anni dal deposito della domanda, onde consentire di ampliare il patrimonio con la percezione dei frutti o l’acquisizione di beni attesi. Rimangono fuori dal patrimonio da liquidare i beni elencati al comma 6 dell’art. 14-ter.

I caratteri sono quelli di un’esecuzione per la quale non viene fissato, così come invece è

disposto dall'art. 42 l.fall., lo spossessamento che si ricava da un lato dai poteri attribuiti al liquidatore che (ai sensi dell'art. 14-decies) "esercita ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio da liquidare e comunque correlata con lo svolgimento dell'attività di amministrazione di cui all'art. 14-novies, comma 2" e dall'altro dalla previsione secondo cui il decreto di apertura della procedura "ordina la consegna o il rilascio dei beni facenti parte del patrimonio di liquidazione, salvo che non ritenga, in presenza di gravi e specifiche ragioni, di autorizzare il debitore ad utilizzare alcuni di essi". E' stato obiettato che "Si gravosa precauzione non figura neppure nel fallimento"²²⁷.

Bloccata l'attività gestoria e negoziale del debitore sul patrimonio, vengono congelate anche le posizioni dei creditori che dalla data del deposito della domanda e fino alla chiusura della procedura vedono sospendersi, agli effetti del concorso, il decorso degli interessi legali o convenzionali e fino alla chiusura della procedura) non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive o cautelari, né acquisiti diritti di prelazione, a pena di nullità.

Lo stesso liquidatore, però, – è bene notarlo perché la norma vuole sottolineare che il soggetto, il cui patrimonio viene destinato, in virtù della procedura, al soddisfacimento dei creditori non perde il diritto di proprietà – è tenuto a "comunicare" al debitore (e ai creditori) il programma di liquidazione. Inoltre il debitore deve essere informato degli esiti delle procedure di vendita, sulle quali comunque vigila il giudice.

Si tratta di uno spossessamento attenuato? Non è dato riscontrarne traccia nelle norme che non prevedono un regime autorizzatorio per gli atti di straordinaria amministrazione. Risulta invece chiaro che il legislatore vuole – in linea con quanto dispongono altre legislazioni - bloccare l'attività del debitore per un arco temporale sufficientemente ampio (quattro anni) per scoraggiare ogni abuso della procedura da parte del debitore.

L'esdebitazione.

La procedura di liquidazione costituisce il "lasciapassare" per l'esdebitazione.

Il fulcro dei procedimenti per il sovraindebitamento è stato finalmente introdotto nella l.3/2012 dalla l. 221/2012 di conversione del d.l. 179/2012 in conseguenza della previsione di un procedimento liquidativo del patrimonio.

Soltanto in questa procedura è stata, infatti, inserita dal momento che al termine dell'esecuzione dell'accordo e del piano consegue automaticamente secondo i principi concordatari.

La liberazione dai debiti concorsuali residui non soddisfatti integralmente – a domanda del debitore presentata entro l'anno dalla chiusura della liquidazione - non è, tuttavia, né immediata²²⁸, né definitiva²²⁹, né "scontata" dal momento che la sua concessione con decreto da

227 L. A. BOTTAI, La liquidazione del patrimonio del debitore in procedura di sovraindebitamento, in www.il.fallimentarista.it, 22.12.2012 .

228 Secondo G.TERRANOVA, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., p. 8, "non sarebbe stato uno scandalo, se lo si fosse liberato fin dal momento in cui ha messo lealmente a disposizione dei creditori tutti i propri beni, presenti e (in parte anche) futuri".

229 Innovando rispetto alla esdebitazione fallimentare, è, infatti, prevista la sua possibile revocabilità ai sensi del 5° comma dell'art. 14-terdecies (" Il provvedimento di esdebitazione è revocabile in ogni momento, su istanza dei creditori, se risulta: a) che è stato concesso ricorrendo l'ipotesi del comma 2, lettera b); b) che è stato dolosamente o con colpa

parte del giudice (in contraddittorio con i creditori - è soggetta ad una serie di condizioni (fissate nell'art. 14-terdecies) che peraltro rammentano, se pur con differenze non di poco conto²³⁰, quelle previste nell'art. 142 l.fall.

“In altri termini, la determinazione del debitore di spogliarsi dei suoi beni in favore del ceto creditorio ricorrendo alla loro liquidazione non è di per sé titolo per accedere al regime premiale/rieducativo dell'esdebitazione”²³¹.

E' evidente che la diffidenza per chi si trova in stato di sovraindebitamento è ancora grande. Il legislatore non nasconde troppo il sospetto che sotto la situazione di impotenza patrimoniali si celi non un soggetto sfortunato bensì un truffaldino. D'altra parte un'ulteriore norma che roscicchia la roccaforte dell'art. 2740 c.c. deve essere presidiata da norme severe – ormai la responsabilità limitata della persona fisica ha un largo raggio di applicazione²³² - perché se il mercato chiede che il debitore sia sgravato dai debiti per tornare a “spendere”²³³, se la propensione al perdono spinge, e se l'esigenza di arginare i conflitti sociali non può essere ignorata, non per tutto ciò deve essere abbassata la guardia verso le pratiche delinquenti e usurarie che la legge 3/2012, tra l'altro, vuole combattere²³⁴.

Viene valutata discrezionalmente dal giudice la condotta del debitore sia rispetto all'introduzione e conduzione della procedura²³⁵, sia rispetto alla gestione pregressa del patrimonio e dell'indebitamento, sia rispetto al “durante”. Sotto il profilo dell'esdebitazione rileva – e non potrebbe essere diversamente visto che la procedura di liquidazione è rimessa (quando non si versi in ipotesi di conversione di un accordo o di un piano “non riusciti) all'iniziativa del debitore - non solo l'onestà ma anche l'operosità. Sarebbe pesantemente lesivo degli interessi dei creditori se il debitore potesse “sabotare” il soddisfacimento dei creditori ed inoltre chiedere anche la liberazione dai debiti residui.

Il fatto in sé di aver adito un procedimento liquidativo del patrimonio ai fini di risolvere il proprio sovraindebitamento è insufficiente ai fini dell'ottenimento dell'esdebitazione e “non stabilizza la posizione del debitore nel senso dell'esonero da ogni responsabilità relativa a decisioni e comportamenti futuri: tanto che quest'ultimo, per assicurarsi la possibilità di accedere al beneficio dell'esdebitazione, deve addirittura prodigarsi e quindi assumere iniziative utili per

grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero simulate attività inesistenti”).

230 L. D'ORAZIO, Le procedure di negoziazione delle crisi dell'impresa, cit., p. 895.

231 M.G. SIRNA, L'esdebitazione, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, Il civilista, cit., p. 86. Secondo G.TERRANOVA, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., p. 8 “i limiti posti all'esdebitazione (...) mostrano con quanta circospezione il legislatore continui a muoversi in una materia dotata di un così grande impatto emotivo”.

232 Il presupposto che debba trattarsi di debitore persona fisica implica che possono avvalersi dell'esdebitazione sia l'imprenditore individuale (fallibile e non fallibile), sia il socio illimitatamente responsabile che fallisca in estensione ex art. 147 l. fall. o che ricorra, per debiti personali, al procedimento di liquidazione ex l. 3/2012, sia il socio di società di capitali che individualmente ricorra alla liquidazione del patrimonio ex l.3/2012, sia il consumatore, sia il professionista intellettuale ed ogni altra fattispecie di debitore civile persona fisica. Sul punto cfr. anche A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare6, cit., p. 2075.

233 M. FABIANI, La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011), cit., p. 2.

234 A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare6, cit., p. 2075.

235 Deve trattarsi – perché possa seguire l'esdebitazione - di procedura liquidativa introdotta per iniziativa del debitore e non di procedura aperta in via di conversione, A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare6, cit., p. 2076.

incrementare la sua liquidità onde assicurare maggiore soddisfazione dei creditori che, secondo il disposto dell'art. 14-terdecies, devono essere soddisfatti almeno in parte"²³⁶.

In particolare il debitore deve aver collaborato con l'Organismo e il giudice fornendo tutta la documentazione idonea a ricostruire le masse attive e passive e le movimentazioni del patrimonio nei cinque anni anteriori all'apertura della procedura di liquidazione onde poter valutare se sono stati compiuti atti distrattivi e pregiudizievoli per i creditori e deve aver tentato in ogni modo di condurre un'attività lavorativa.

Innanzitutto l'esdebitazione (art. 14-terdecies) è ammessa soltanto per il debitore persona nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti "a condizione che: a) abbia cooperato – senza tuttavia specificare con chi e in quali fasi della procedura²³⁷ - al regolare ed efficace svolgimento della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utili, nonché adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni; b) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura; c) non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli otto anni precedenti la domanda; d) non sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per uno dei reati previsti dall'articolo 16; e) abbia svolto, nei quattro anni di cui all'articolo 14-undecies, un'attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato – che spesso costringe ad accettare, pur di avere un'occupazione remunerata, un lavoro nel quale non può sfruttare le proprie competenze - o, in ogni caso, (con atteggiamento garantista verso il debitore che si affanni vanamente nella ricerca di un lavoro) abbia cercato un'occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego; f) siano stati soddisfatti, almeno in parte, i creditori per titolo e causa anteriore al decreto di apertura della liquidazione". Sull'interpretazione e valutazione del soddisfacimento parziale al fine della concessione dell'esdebitazione è indispensabile fare riferimento alla decisione delle Sezioni Unite del 2011(18 novembre 2011, n. 24214)²³⁸ secondo cui "nel fallimento, il

236 M.G. SIRNA, L'esdebitazione, cit., p. 86.

237 L. D'ORAZIO, Le procedure di negoziazione delle crisi dell'impresa, cit., p. 896.

238 Fino all'intervento delle S.U. la giurisprudenza di merito era divisa. Da una parte alcune corti di merito avevano ritenuto sufficiente, al fine della concessione dell'esdebitazione, il pagamento parziale anche solamente dei creditori privilegiati. Così: Trib. Mantova, 3 aprile 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 1193; App. Ancona, 12 dicembre 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 1184 e Trib. Taranto, 22 ottobre 2008, *ivi*, 1187; Trib. Firenze, 2 aprile 2008, in *Toscana giurisprudenza*, 2008, p. 166, con nota di PILLA; Trib. Terni, 9 marzo 2011, in www.unijuris.it; Trib. Piacenza, (decr.) 25 settembre 2006, inedito; dall'altra c'era chi riteneva che tutti i creditori dovessero essere stati soddisfatti parzialmente e che mancava la condizione se alcuni non fossero stati assolutamente soddisfatti: così, Trib. Bari, 24 novembre 2008, in www.giurisprudenzabarese.it; App. Torino, 6 febbraio 2009, su *De Jure*; Trib. Tivoli, 20 gennaio 2009, *ivi*; Trib. Roma, 21 settembre 2010, in www.unijuris.it; Trib. Rovigo, 22 settembre 2008, sito *Il caso.it.*, 2008 e chi riteneva che (Trib. Udine, 21 dicembre 2007, in *Fallimento*, 2008, 817, con nota di G. SCARSELLI, L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari) che "La esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, nemmeno in parte, i creditori concorsuali, dovendo intendersi che la condizione per la concessione del beneficio può ritenersi integrata solamente ove tutti i creditori concorsuali, compresi quelli chirografari, risultino parzialmente soddisfatti". Dopo la sentenza delle S.U. vi è stata, comunque, qualche dissenso giurisprudenziale: così, il Tribunale Udine, 18 maggio 2012, in www.ilcaso.it, ha giudicato necessario il pagamento non solo dei creditori privilegiati, ma, e con percentuale significativa, anche dei chirografari. In dottrina tra le molte voci cfr. S. AMBROSINI, L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità, in *Fallimento*, 2009, p. 129; A. CARRATTA, Esdebitazione del fallito, in *Giur. it.*, 2009, p. 404; A. CASTAGNOLA, L'esdebitazione del fallito, in *Giur. comm.*, 2006, I, 448; R. CONTE, Il procedimento di esdebitazione, in *Giur. it.*, 2008, p. 2773; M. CORDOPATRI, Riabilitazione ed esdebitazione, in *Banca borsa tit.*, 2009, II, p. 559; G. COSTANTINO, La esdebitazione, in *Foro it.*, 2006, V, p. 208; C. FERRI, L'esdebitazione, *Fallimento*, 2005, p. 1085; P. FILIPPI, La soddisfazione dei creditori concorsuali ai fini della concessione del beneficio dell'esdebitazione, in *Giur. merito*, 2009, I, p. 2795; E. FRASCAROLI SANTI, L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza del mercato?, in *Dir. fall.*, 2008, I 34; L. MARCHITTO, Appunti in tema di esdebitazione del fallito, in *Riv. not.*, 2008, I, 843; E. NORELLI, L'esdebitazione del fallito a seguito del "decreto correttivo" della riforma

soddisfacimento almeno parziale dei creditori, quale condizione oggettiva di ammissibilità del fallito persona fisica al beneficio dell'esdebitazione e di cui all'art. 142 legge fall., va inteso, con interpretazione costituzionalmente orientata, nel senso più favorevole al debitore stesso, dunque essendo sufficiente che sia pagato, al termine della procedura, anche solo una parte dell'intero ammontare dei crediti ammessi, sebbene in ipotesi alcuni creditori non siano stati soddisfatti per nulla²³⁹.

A voler accentuare del profilo eccezionale e beneficiario dell'esdebitazione e sottolineando quello della meritevolezza che costituisce il leit-motiv dei procedimenti per il sovraindebitamento, la norma statuisce che sarà esclusa: "a) quando il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali; b) quando il debitore, nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, ovvero simulazioni di titoli di prelazione, allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri". Il primo caso di esclusione dell'esdebitazione affonda la motivazione nella genesi del sovraindebitamento dovendo il giudice verificarne la causa e l'atteggiamento psicologico-volitivo del debitore.

Sono esclusi dall'esdebitazione: 1) i debiti derivanti da obblighi di mantenimento e alimentari; 2) i debiti da risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale e le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti; 3) i debiti fiscali che, pur avendo causa anteriore al decreto di apertura delle procedure di cui alle sezioni prima e seconda del presente capo, sono stati successivamente accertati in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi.

In sostanza "Il legislatore ha continuato a ragionare in una logica premiale, accentuando peraltro il rigore già previsto per l'esdebitazione del fallito. Siamo quindi molto lontani dalla più liberale concezione americana che vede il discharge come un passaggio necessario per assicurare il fresh start, la possibilità di ricominciare daccapo, senza condizionamenti dovuti al passato"²⁴⁰. Eppure è probabile che, vista la durata minima imposta alla liquidazione e lo spossessamento che allunga la sua mano per i quattro anni successivi all'apertura della procedura, facendo sì che i beni sopravvenuti possano andare a pagare debiti pregressi rimasti insoddisfatti, la sua portata effettiva sia veramente ridotta mentre l'aspetto beneficiario è significativamente ridotto²⁴¹.

Gli organismi per la composizione della crisi da sovraindebitamento.

La disciplina degli strumenti concorsuali per comporre la situazione da sovraindebitamento è caratterizzata da una presenza "pervasiva": quella dell' Organismo di composizione della crisi che è stato definito il motore della procedura²⁴². Dal momento della redazione della proposta e per tutta la fase esecutiva della procedura prescelta la sua presenza è imprescindibile ed è giustificata

fallimentare, in Nuovo dir. società, 2007, p. 20; G. SCARSELLI, La esdebitazione della nuova legge fallimentare, Dir. fall., 2007, I, p. 30; Id., L' esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari, in Fallimento, 2008, p. 817.

239 Tale impostazione è stata successivamente ribadita da Cass., 14 giugno 2012, n. 9767, in www.ilcaso.it. e da Cass. 6 dicembre 2012, n. 21985, che ha riaffermato il principio di sufficienza del pagamento, anche parziale, dei soli creditori privilegiati.

240 L. PANZANI, Il ruolo del giudice e degli organismi di composizione della crisi nelle procedure, in Studi Senesi, 203, fasc. 2, p. 409.

241 A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare, cit., p. 2075.

242 L. PANZANI, Il giudice e gli organismi di composizione della crisi nelle procedure, in Studi Senesi, 2013, 419.

dalla molteplicità di compiti per lo svolgimento dei quali opera, ora a fianco del debitore, ora in posizione di equidistanza dal debitore e dai creditori, ora come organo della procedura nominato dal giudice. Le procedure nelle quali a vario titolo interviene sono l'accordo, il piano del consumatore e la procedura di liquidazione del patrimonio. "La previsione degli organismi di composizione della crisi appare ispirata al duplice risultato di garantire omogeneità nei contenuti degli accordi, con una standardizzazione delle procedure, con maggiore celerità delle stesse, e di conseguenza un primo vaglio valutativo da parte degli stessi sul contenuto dell'accordo e del piano, onde rassicurare i creditori e convincerli in qualche misura ad aderire all'accordo, già scrutinato in modo approfondito da organismi pubblici"²⁴³.

Fin dalla prima lettura della l.3/2012 – limitandoci ad osservare i singoli strumenti nella fase di presentazione della proposta e di esecuzione - emerge la singolare varietà dei compiti affidati all' Organismo che spaziano da quello di advisor, a quello di attestatore, a quello di controllore con la particolarità che per lo svolgimento di tali incarichi, con riferimento ad una medesima procedura, non sono investiti Organismi diversi. Da ciò desumiamo che in un medesimo Organismo potranno cumularsi i ruoli di advisor finanziario e legale, di attestatore, di "controllore".

Per quanto riguarda l'intervento dell'Organismo nella presentazione della domanda di liquidazione del patrimonio²⁴⁴ quello si estrinseca nella redazione di una relazione che, contenutisticamente parlando, ci richiama alla mente quella che il curatore stende ex art. 33 l. fall. L'art. 14-ter al 3° comma prevede, infatti, "una relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi che deve contenere: a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore persona fisica nell'assumere volontariamente le obbligazioni; b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore persona fisica di adempiere le obbligazioni assunte; c) il resoconto sulla solvibilità del debitore persona fisica negli ultimi cinque anni; d) l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori; e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda". Evidentemente tale relazione, con contenuto improntato decisamente ad individuare "tracce" di meritevolezza, è diretta al giudice affinché possa valutare la sussistenza dei requisiti per l'apertura del procedimento ma, nel contempo, sarà funzionale, successivamente, per la concessione dell'esdebitazione del debitore-persona fisica²⁴⁵.

Oltre a questi compiti che tipizzano l'Organismo come soggetto plurifunzionale, la legge gli attribuisce: incombenze che si ricollegano all'attività del cancelliere (notifiche e pubblicità dei provvedimenti, poteri di accesso altrimenti spettanti all'autorità giudiziaria – nel rispetto delle

243 L. D'ORAZIO, Le procedure di negoziazione delle crisi d'impresa, cit., 899. Nel senso che "si tratta (...) di soggetti che, più che impegnati a tutelare, in via diretta, l'interesse privato del singolo a veder migliorata la propria situazione economico finanziaria, finiscono per perseguire soltanto in via mediata tale scopo. Essi, difatti, appaiono tenuti ad agire, in via diretta ed immediata, con l'intento di offrire un aiuto professionale concreto volto alla risoluzione del fenomeno del sovraindebitamento", R. D'AQUINO e A. PARINI, Gli organismi di composizione della crisi, in F. DI MARZIO – F. MACARIO – G. TERRANOVA, La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento, cit., p. 89.

244 Sul tema della nomina dell'Organismo dopo che il debitore aveva depositato la domanda di liquidazione con riserva di presentazione della relazione, cfr. Trib. Vicenza 8 luglio 2013, in www.ilcaso.it. Il comportamento processuale del debitore è stato ritenuto corretto in quanto la lettura dell'14-ter, nel descrivere il contenuto della relazione dell'organismo di composizione della crisi, fa riferimento ad un giudizio di completezza e attendibilità delle documentazione come "depositata", ciò facendo pensare ad una domanda depositata in assenza della relazione. Diversamente il debitore avrebbe potuto attendere la nomina dell'organismo di composizione della crisi per poi procedere, con l'ausilio di questo, alla redazione del ricorso per sovraindebitamento.

245 Così anche A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare, cit., p. 2064.

norme di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003 e) e del codice di deontologia e buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti²⁴⁶ - a dati sensibili quali quelli contenuti nell'anagrafe tributaria, nei sistemi di informazioni creditizie, nelle centrali rischi e nelle altre banche dati, attività di coordinamento della raccolta delle adesioni e di analisi e informazione circa i risultati della votazione.

La normativa, dopo aver disseminato e descritto negli artt. 7, 9, 10 11, 12 e 13, le attribuzioni dell'Organismo, pone nell'art. 15, interamente dedicato a tale soggetto, due norme di chiusura (commi 5 e 6 dell'art. 15) che sintetizzano i compiti, come dicevo, tipizzanti e altre due norme contenute nei commi 7° e 8° dello stesso articolo, dove vengono rispettivamente enucleati i compiti in tema di pubblicità e di comunicazioni (comma 7) e la funzione di liquidatore e di gestore della liquidazione (comma 8).

L'ampiezza dei compiti – sia con riferimento all'accordo che al piano del consumatore²⁴⁷ - viene scolpita nel 5° comma dell'art.15:“L'Organismo di composizione della crisi, oltre a quanto previsto dalle sezioni prima e seconda del presente capo, assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso”, lasciando intendere che saranno a carico dell'Organismo tutti gli interventi necessari al fine di condurre in porto la procedura. Successivamente nel comma 6° il Legislatore – fornendoci un'immagine dell'Organismo come controllore vuoi della documentazione che gli viene messa a disposizione per la redazione della proposta vuoi dei documenti allegati, vuoi come controllore di sé stesso – gli attribuisce l'attestazione sulla fattibilità del piano.

Sotto quest'ultimo profilo è senza dubbio meritevole di attenzione il fatto che l'Organismo/attestatore rediga inizialmente una bozza di attestazione sulla fattibilità di un piano che potrà essere modificato e che diviene definitiva sol quando siano state raccolte le adesioni e nella misura in cui lo siano.

Senza dubbio si tratta di un “soggetto” sconosciuto fino ad oggi nei nostri sottosettori concorsuali che, seguendo diverso indirizzo, prediligono una molteplicità di soggetti ciascuno investito di particolare funzione ed ora di nomina giudiziaria, ora di nomina proveniente dallo stesso debitore.

Probabilmente è stata la situazione di sovraindebitamento e la platea di possibili fruitori delle procedure regolate dalla l.3/2012 che hanno indotto il legislatore a concentrare più funzioni in uno stesso Organismo per una scelta che ha voluto premiare il risparmio di spesa rispetto all'indipendenza del professionista a differenza di quanto ha preteso nelle procedure riservate all'imprenditore fallibile. E' auspicabile che nella pratica attuazione l'Organismo stesso potrà curare, con una diversificazione interna di funzioni, di non concentrare in un solo soggetto tanti ruoli²⁴⁸.

Non è soltanto l'aspetto dell'indipendenza dell'Organismo che può essere messo in luce, ma anche quello del venir meno dell'autonomia del debitore nella scelta del professionista che lo assisterà nell'individuazione della soluzione alla sua crisi. Nelle procedure degli altri sottosistemi – pensiamo alle procedure concorsuali disciplinate nella legge fallimentare – gli organi di controllo

246 Provvedimento del Garante n. 8 del 16 novembre 2004, Gazzetta Ufficiale 23 dicembre 2004, n. 300, come modificato dall'errata corrige pubblicata in Gazzetta Ufficiale 9 marzo 2005, n. 56.

247 L. PANZANI, Il giudice e gli organismi di composizione della crisi nelle procedure, in Studi Senesi, cit., 421.

248 M. FABIANI, La gestione del sovraindebitamento del soggetto non fallibile, cit., p. 17.

sono, infatti, nominati dal Giudice, e ciò a prescindere dall'essersi già verificato o meno lo spossessamento o dall'essere già stata introdotta o meno la procedura, mentre l'advisor e l'attestatore sono comunque nominati dallo stesso debitore, (così come l'esperto chiamato a redigere la relazione ex art. 160, comma 2°, l. fall.) il quale potrà scegliere liberamente a chi affidare gli incarichi con il solo limite, per quanto riguarda l'attestatore, del rispetto dei requisiti descritti dall'art. 67, 3° comma, lett.d) - e ivi prescritti per il piano di risanamento richiamati -, poi richiamati dagli artt. 161, 3° comma e 182-bis. Nella legge fallimentare vige, infatti, una regola che si riallaccia alla presenza o meno dello spossessamento. Fin quando il debitore non è spossessato, è libero di scegliere i propri professionisti conservando la piena disponibilità delle scelte che investono il proprio patrimonio

Così non è per questa multiforme figura, non solo perché costituisce imprescindibile e obbligata presenza nella proposta e nell'iter della procedura, ma anche perché la stessa individuazione – in un certo senso – è obbligata, dovendo il debitore fare riferimento all'Organismo “con sede nel circondario del tribunale ai sensi dell'art. 9, comma 1”. In sostanza il debitore (imprenditore o meno) non fallibile è privo, rispetto all'imprenditore fallibile di autonomia decisionale circa la scelta del professionista di fiducia.

Il debitore sceglierà l'Organismo cui affidarsi – una volta che sarà emesso il regolamento (previsto dal comma 3° dell'art. 15)²⁴⁹ - sulla base della sede o della residenza, mentre in attesa di tale regolazione la nomina spetterà al tribunale e la scelta potrà cadere su un professionista o una società tra professionisti aventi i requisiti di cui all'art. 28 l. fall. o da un notaio²⁵⁰. In questa fase è chiaro che il paventato cumulo di funzioni in uno stesso soggetto, con il conseguente spettro del conflitto di interessi sarà evitato, il tribunale curando di nominare diversi professionisti ciascuno preposto ad una diversa funzione²⁵¹.

E' evidente che aver riunito in un'unica disciplina diverse tipologie di debitori (imprenditori, professionisti e consumatori) e aver assunto come dato di partenza “la fragilità e inesperienza” dei soggetti-debitori ha determinato una uniformità di trattamento che non può non destare perplessità. Se il consumatore potrebbe avere difficoltà ad organizzare una soluzione al sovraindebitamento con la scelta del professionista, così non sarebbe per chi è imprenditore che ormai deve avvalersi di uno o più professionisti per adempiere a tutte le disposizioni di legge in materia contabile, fiscale e legale. Una disciplina così cogente lo costringe a dover abbandonare il professionista di riferimento, quanto meno per la redazione della proposta²⁵².

Osservazioni conclusive.

249 Sulla disciplina della costituzione degli organismi si rinvia a A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare⁶, cit., p. 2079; L. D'ORAZIO, Le procedure di negoziazione delle crisi d'impresa, cit., 898.

250 Osserva che con l'intervento legislativo di cui al d.l. 179/2012 “è stata profondamente alterata la natura degli organismi di composizione della crisi. Non soltanto tali soggetti, che continuano a svolgere il ruolo fondamentale cui si è accennato, possono essere anche soggetti privati, ma si è previsto che anche tutti coloro che hanno i requisiti per svolgere le funzioni di curatore fallimentare, le società tra gli stessi e i notai possono operare come organismi di composizione della crisi”, L. PANZANI, Il giudice e gli organismi di composizione della crisi nelle procedure, in Studi Senesi, 2013, 407.

251 A. MAFFEI ALBERTI, Commentario breve alla legge fallimentare⁶, cit., p. 2080 osserva che in tal caso sarà previsto “il frazionamento dell'indennità onde evitare che la soluzione del problema si traduca in un maggior costo per il debitore”.

252 M. FABIANI, La gestione del sovraindebitamento del soggetto non fallibile, cit., p. 16; E. BERTACCHINI, Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: dal tramonto del dogma della « non fallibilità » alle prospettive de iure condendo, cit., 874.

La recente legge, pur implicitamente sottolineando – in ragione delle rispettive specificità – l'esigenza di regimi ordinamentali separati per chi è fallibile e per chi non lo è, organizza la soluzione con strumenti analoghi a quelli già concepiti nel 2005 per rimodernare il nostro sistema concorsuale. Così al sovraindebitamento del *quisque de populo* o all'insolvenza dell'imprenditore "non rilevante" vengono applicati strumenti creati per l'impresa e l'imprenditore commerciale dei quali, in presenza di una crisi si valuta però, più che l'indebitamento in sé, da una parte il valore residuo del complesso aziendale, per studiarne le prospettive di continuità, e dall'altra l'onestà del soggetto nella gestione della crisi per accordargli il ritorno sul mercato liberandolo dai debiti residui, anziché insistere nel suo assoggettamento ai creditori rimasti insoddisfatti.

La situazione è diversa per chi non è imprenditore fallibile, e in particolare per chi neppure è imprenditore, la sua crisi essendo radicata in un mercato meno sensibile alle sue vicende e alle sue competenze e quindi ritenuto in *apicibus* disinteressato al suo ritorno. Entrano in giuoco così – per superare la barriera dell'art. 2740 c.c. - altre valutazioni, non d'impresa bensì antropologiche che muovono da considerazioni sociologiche, religiose, equitative. Non è chi non veda quindi che come anche all'interno del crogiolo di soggetti ricompresi nell'area di applicazione della 1.3/2012 - da una parte gli opifici dediti ad un'attività agricola o commerciale di tipo artistico/ artigianale e dall'altra il c.d. debitore civile - l'approccio non possa essere il medesimo.

Se per i primi entrano in gioco valutazioni di ordine politico- economico trattandosi di attività che caratterizzano la nostra produzione anche a livello internazionale, per il debitore civile sovraindebitato la questione si colloca più sul piano della sensibilità sociale, l'insistente azione esecutiva individuale potendo apparire come un'inutile persecuzione nei confronti di chi è, per svariate cause e non sempre riconducibili alla propria volontà, definitivamente incapace di adempiere le obbligazioni assunte²⁵³.

Insomma il perdono deve passare da una correzione e da una rieducazione, non dal lassismo, che può ripercuotersi negativamente sui rapporti economici e creditizi. E' probabilmente per questo motivo che il nostro legislatore aderendo da una parte alla spinta, ormai incontenibile e indifferibile, di dare una disciplina alla crisi per debiti di soggetti consegnati esclusivamente alle iniziative esecutive individuali e scoordinate dei propri creditori, non solo utilizza i principi di un governo concorsuale della massa debitoria ma adatta regole, recentemente introdotte |per il default dell'impresa commerciale, essenzialmente scandite tra negoziazione ed esdebitazione.

In una visione che legga le norme con le lenti del mercato, potremmo dire che gli strumenti per il sovraindebitamento consentono la "restituzione" del privato alla vita dei consumi, mentre ove si privilegi l'adozione delle lenti del sociologo, potremmo pensare alla liberazione dal "giogo" dei creditori, che per lo più si traduce in una sterile persecuzione. Non è chi non veda allora che i principi conati per l'impresa e per risolvere la sua crisi vengono ripresi per far fronte a situazioni di indebitamento non assimilabili né per la conformazione, né per i riflessi alla crisi dell'imprenditore commerciale "normale" nella quale viene in luce, prima dello stato del patrimonio rispetto alla massa debitoria, quello del complesso aziendale per valutarne la conservabilità e che può condurre al conseguimento del *fresh start* per recuperare al mercato un operatore.

In questa importazione di strumenti concorsuali già conati e sperimentati negli otto anni di vigenza della legge fallimentare riformata e corretta, il legislatore non si è limitato ai catturare i principi fondamentali. L'accordo e la liquidazione previsti per tutti i soggetti non fallibili sono

253 Sull'eccessivo indebitamento come fenomeno endemico e sul paradigma della c.d. credit society v. A.PALMIERI, *Consumer Bankruptcy e debt mitigation: modelli a confronto*, in *Studi senesi*, fasc. 2, p. 393.

organizzati rispettivamente sulla falsariga del concordato preventivo e del fallimento. In particolare per quanto riguarda l'accordo è stata riprodotta l'informativa ai creditori e al giudice sulla base di un'attività attestativa resa da un soggetto terzo che però, nelle procedure da sovraindebitamento, è anche colui che redige la proposta al fianco del debitore, così perdendo quanto meno quell'indipendenza che viceversa deve connotare l'attestatore di piani, accordi e concordati preventivi. Dinanzi all'indebolimento del primo controllore del piano che accompagna l'accordo, torna urgente la ridefinizione del ruolo del Giudice che negli strumenti per il sovraindebitamento - in controtendenza con quanto è stato sancito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza n.1528 del 2013 riguardo all'intervento giudiziale nel concordato preventivo – pare poter espandersi a un controllo di merito.

EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LA PERSONA FÍSICA EN ESPAÑA Y LAS VÍAS PARA SU SOLUCIÓN.

Juan Carlos RODRÍGUEZ MASEDA

Introducción

El planteamiento en la búsqueda de soluciones autocompositivas parte de una antítesis esencial: la contraposición entre convenios judiciales y convenios extrajudiciales o acuerdos privados. Evidentemente, este planteamiento sistemático, debería aceptar, o, al menos evaluar, la posibilidad de acuerdos privados en el seno del procedimiento judicial, al amparo del principio

dispositivo de las partes en todo proceso civil, aunque en procedimientos judiciales colectivos, afectados por el orden público, la capacidad de desistimiento y autocomposición, suele –debe- estar limitada, o al menos, sustancialmente intervenida.

Los acuerdos privados encuentran su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, dentro de los límites establecidos por la Ley, y, siempre –dada su naturaleza negocial- con causa lícita. En el marco del Derecho comparado europeo, estamos asistiendo a un proceso claro de tendencia a la desjudicialización, procurando un marco jurídico para los ADRS (alternative dispute resolutions – arbitraje/mediación). Estos acuerdos privados deben responder, conceptualmente, a la definición y resolución del fenómeno de la preinsolvencia²⁵⁴, con determinación de sus límites cuantitativos –si es posible- y fundamentalmente, temporales: en qué momento, o hasta qué momento, puede el deudor negociar con sus acreedores, sin acudir a la vía judicial en búsqueda del obligatorio proceso colectivo concursal judicial. Aparece aquí la cuestión sobre el deber de solicitar, judicialmente, el concurso de acreedores, como deber legal y sus límites, lo que no concurre en todos los ordenamientos jurídicos.

Este proceso de desjudicialización, pretende aprovechar los indudables beneficios temporales, reputacionales, incluso judiciales (responsabilidades civiles y penales) y de costes, que aportan los convenios privados²⁵⁵. Un proceso de desjudicialización que permite atender de forma más directa, ágil y pretendidamente mas transparente la problemática del sobreendeudamiento de las personas físicas.

Un primer planteamiento sistemático podría partir de la diferenciación entre acuerdos privados típicos y acuerdos privados atípicos. Estos últimos encuentran su fundamento en la autonomía de la voluntad, inherente al concepto de negocio jurídico, con un fundamento contractual que extiende –y limita- su eficacia a los firmantes del acuerdo. Al amparo de estos acuerdos, atípicos por carecer de regulación legal, es posible la articulación de soluciones refinanciadoras, utilizando todas las soluciones que concede o pueda conceder cada Ordenamiento Jurídico. Evidentemente, estos acuerdos atípicos plantean problemas operativos a los deudores frente a una pluralidad de acreedores. En todo caso, parece evidente que el ámbito subjetivo de este camino negocial, no regulado, será protagonizado, intensamente, por los acreedores profesionales (entidades financieras) o los mas significativos proveedores estratégicos. Dado su alcance estrictamente negocial, únicamente vincularán a los firmantes del mismo, lo que, en escenarios de crisis colectiva, evidencia su debilidad: (i) posibilidad de impugnación del resto de acreedores (fraude negocial), (ii) continuación de las reclamaciones judiciales y ejecuciones por parte de los no firmantes, (iii) responsabilidades civiles y penales, calificadoras de la actuación del deudor y de los acreedores que pueden incurrir en la figura del administrador de hecho. A pesar de tantas y tan evidentes debilidades, el Legislador español no ha excluido la posibilidad de acuerdos atípicos ante

254 Preinsolvencia frente al concepto de insolvencia actual, que debería proponer el punto de inicio del procedimiento judicial. En el Ordenamiento Jurídico español, a pesar de las sucesivas reformas que introducen y potencian las instituciones prejudiciales, nos encontramos con el mantenimiento del concepto de insolvencia inminente en el artículo 2 de la Ley 22/2003, que la define como la previsión futura de no poder cumplir con las obligaciones a su respectivo vencimiento, pero en un marco temporal de corto recorrido. Evidentemente, la insolvencia inminente es el ámbito propio de los acuerdos privados preventivos, sin embargo, como veremos, la refinanciación excede, conceptualmente, del marco de la insolvencia inminente.

255 En el marco del Derecho Comparado encontramos la “prevención francesa: conciliación y salvaguarda de empresas. Los “schemes of arrangements del Derecho Inglés. Los acuerdos de reestructuración de deuda del Derecho Argentino. Los escudos protectores del Derecho italiano. Derecho norteamericano: “reorganization”, “workouts”, “prepackaged bankruptcy”.

situaciones de insolvencia. Al contrario, parece aceptarlos en el marco del apartado 2 del artículo 71 bis de la Ley Concursal.

La cuestión temporal en la insolvencia resulta esencial. Por ello, las instituciones prejudiciales no se pueden vincular, exclusivamente a supuestos de insolvencia inminente o futura, sino que deben procurar enfrentar –y aportar herramientas jurídicas- para resolver la propia insolvencia actual, aunque parezca que los caminos para la remoción de la insolvencia se solapan; y la insolvencia previsible a mas o menos largo plazo, pero que requiere una intensa refinanciación.

El legislador, opta y regula los denominados acuerdos privados que serán típicos y que deben coordinarse institucionalmente con el presupuesto objetivo del propio concurso de acreedores, que en el caso de insolvencia actual, serían coincidentes; debiéndose desplazar la obligación legal de instar el concurso, a un momento temporalmente posterior. Por ello, en estos supuestos, es necesario regular – tipificar- las condiciones en que un deudor puede optar entre acudir a un convenio privado o solicitar su propio concurso. El hecho de que disponga de diferentes herramientas, para resolver la misma patología, no debe preocuparnos. La complejidad del fenómeno de la insolvencia, aconseja la máxima flexibilidad para que el deudor pueda elegir la vía que mejor se adapta a sus necesidades y las de sus acreedores.

Consideramos que la insolvencia es un concepto jurídico. Y como tal, únicamente, podrá ser lícita y eficazmente removida en vía prejudicial, si existen instituciones que regulen acuerdos típicos y sus efectos. La atipicidad, amparada en el ámbito de la autonomía de la voluntad, encuentra graves riesgos en las crisis colectivas. La relación entre una pluralidad de acreedores y un deudor, exige la aportación de un marco legal, desjudicializado, pero que permita alcanzar acuerdos eficaces.

La persona física insolvente

Nuestro sistema, a pesar de los relevantes avances en las reformas de los últimos años, deviene estructuralmente deficiente e insuficiente. El Fondo Monetario Internacional en su informe de 20 de julio del 2014²⁵⁶, ha desarrollado una contundente crítica cuyo acierto veremos en muchos de los extremos necesariamente descriptivos de este trabajo.

Veremos que en el Ordenamiento Jurídico español, que responde a un principio de unidad subjetiva en materia de insolvencia, no se distingue, en cuanto al régimen de aplicación, entre

256 En su informe el FMI reclama un régimen de segunda oportunidad (discharge o fresh start) y critica la regulación actual, al considerar que favorece la economía sumergida, desincentiva al deudor a declararse en concurso, amputa la iniciativa empresarial y no favorece la salida convencional de la crisis. La propuesta es que el deudor persona física insolvente pueda verse liberado del pasivo pendiente una vez liquidado su patrimonio tras el transcurso de un periodo de tiempo no superior a tres años. El informe recalca que la experiencia evidencia que los países con alta disciplina de pago introdujeron un régimen de bancarrota personal que fue aceptado por los bancos y el sector del crédito al consumo, sin menoscabo de la cultura de pago, y sin que afectara negativamente al coste de crédito. En definitiva, es crítico con la actual regulación concursal que vamos a analizar en este trabajo, que introdujo el régimen de segunda oportunidad exigiendo que el deudor abonara gran cantidad de pasivo para poder beneficiarse de la medida, al que considera como un discharge muy limitado. Así mismo, se propone un régimen especial para las deudas empresariales que han sido garantizadas con el patrimonio personal del deudor cuando éste ha actuado a través de una sociedad. Considera que ese pasivo debe resolverse en el marco de la insolvencia de la sociedad con reglas específicas que protejan al deudor y a su familia.

El FMI se muestra partidario de un proceso especial para personas físicas (no solo empresarios), simplificado y acelerado con una mínima participación profesional y judicial y fuerte apoyo institucional.

personas físicas y jurídicas. Las especialidades vienen determinadas por las cuantías o por la intervención de determinados acreedores, como las entidades financieras, para la que se ha previsto un procedimiento específico, obligado el legislador, quizás, por el elevado nivel de bancarización de la economía española.

Con una finalidad meramente descriptiva, en este básico trabajo, exponemos las que denominamos herramientas prejudiciales:

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos

El acuerdo extrajudicial de pagos constituye un procedimiento introducido por la Ley 14/2013 de 27 de setiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por el que se adhiere un nuevo título X a la Ley Concursal.

Es un procedimiento concursal puesto que, como veremos, su presupuesto objetivo es la insolvencia actual o inminente. Pero también lo es por su naturaleza universal puesto que afecta, o puede afectar a todos los acreedores, según lo establecido en la Ley²⁵⁷. Pero también puede ser subsumido en la categoría de los llamados “institutos preconcursales” ya que es una alternativa al proceso concursal, articulando de forma extrajudicial, una vía de refinanciación²⁵⁸ en aquellos supuestos en que es posible remover la insolvencia con el plan de pagos propuesto por el mediador y aceptado por el quorum necesario de acreedores.

La norma nos dice que el deudor, persona natural, o persona natural empresario, que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Concursal, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. Vemos que el legislador español cualifica el procedimiento por la cuantía. No por el sujeto, como ratificamos a continuación.

El acuerdo extrajudicial de pagos no solamente es un vehículo para las personas físicas, puesto que también (art 231.2 LC) podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que (i) se encuentren en estado de insolvencia, (ii) en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad²⁵⁹, (iii) y que la entidad disponga de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

Esta vía se considera un beneficio para el deudor, puesto que a través de ella, es posible alcanzar la exoneración total del pasivo ordinario (nunca del privilegiado y los créditos contra la masa). Tal es así, que se prohíbe la petición de solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos a (i) quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de

257 SÁNCHEZ-CALERO, J. “El acuerdo extrajudicial de pagos”. Anuario de Derecho Concursal, 32, mayo agosto 2014, p. 11.

258 BOLDÓ RODA, C. “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”. La Mediación en Asuntos Mercantiles. Dir. Carmen Boldó Roda. Tirant Lo Blanch. 2015, p.391.

259 El artículo 190 LC regula el procedimiento abreviado, para concursos que no revisten especial complejidad, determinados por la constancia de menos de 50 trabajadores y con un pasivo y un activo que no superen los cinco millones de euros.

concurso (ii) o a las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

Ya, desde el primer momento, nos encontramos con una de las decisiones más criticables de nuestro sistema que, sin rubor, establece que los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial. Es decir, el Estado español, decide inhibirse en el proceso de insolvencia de sus ciudadanos, optando por un camino técnicamente erróneo y moralmente claramente reprochable.

El centro del funcionamiento del sistema del acuerdo es la figura del mediador. Una figura de la que se ha dicho que no es realmente un mediador²⁶⁰, puesto que se configura como un profesional especializado en materia concursal al que la Ley atribuye funciones concretas, técnicamente muy relevantes y complejas como es la elaboración de un plan de pagos y la preparación del denominado concurso consecutivo. Debemos destacar aquí que, a diferencia de cualquier mediador, este profesional debe ser proactivo, puesto que tendrá la responsabilidad de comprobar la existencia y cuantía de los créditos y la exactitud de la documentación aportada con la solicitud. El propio carácter reglado del procedimiento que lo aleja del principio de autonomía de la voluntad –inherente a toda mediación mercantil- para otorgarle consecuencias y exigencias naturales en un marco de tipicidad, evidencia que estamos en presencia de un mediador cuyo estatuto jurídico le confiere una imagen especial.

Destaca su intervención en la determinación del pasivo. Dice el artículo 234 de nuestra Ley Concursal que dentro de los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará los datos y la documentación aportados por el deudor, pudiendo requerirle su complemento o subsanación o instarle a corregir los errores que pueda haber; comprobando la existencia y cuantía de los créditos. El sistema es insuficiente y envuelve al mediador en un ámbito de inseguridad ciertamente relevante. La Ley establece un régimen de “comprobación”. Pero para comprobar, necesariamente, habrá que disponer de una realidad previa fiable, o normativamente regulada, que efectivamente, se pueda “comprobar”. Una contabilidad, es “comprobable”, aunque no se alcance el nivel de exigencia de una auditoría. Pero los deudores, personas físicas, no empresarios, no están sometidos a obligaciones contables, ni a técnicas de gestión que permitan una labor de comprobación. Realmente, el mediador, en tan breve plazo, queda sometido a la información que le expone el deudor, y a la que eventualmente le pueda llegar por los acreedores que tenga conocimiento del procedimiento extrajudicial. Es un sistema que incrementa el riesgo de aparición de créditos que no fueron conocidos, ni tenidos en cuenta en el procedimiento, agravando el riesgo de acreedores disidentes.

Dice la Ley (art 236 LC) que tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión que debe mantener con los acreedores, el mediador concursal remitirá a los mismos, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: a) Esperas por un plazo no superior a diez años; b) Quitas; c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos; d) La conversión de deuda en

260 LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA. “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal”. Diario La Ley nº 8225, de 9 de enero de 2014. Especialmente crítico resulta el profesor CARRASCO PERERA, en “Los nuevos mediadores concursales”. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 872/2013. Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

acciones o participaciones de la sociedad deudora. e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

En todo caso, continuando con las tradicionales prevenciones derivadas de la reacción protagonizada por la Ley Concursal en el año 2003²⁶¹, se dice que en ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente. La prohibición de articular una propuesta que incluya o que recoja la liquidación global del patrimonio del deudor, es una limitación que carece de cualquier tipo de justificación. Especialmente, en los casos de insolvencia de personas físicas, en las que en un escenario de insolvencia, la única vía será la realización de los bienes para articular un plan de pagos.

El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente. Esta última mención demuestra, o permite entender que la presente vía también puede ser utilizada en supuestos de dificultades económicas o financieras graves, pero que no respondan, estrictamente, a supuestos de insolvencia actual o inminente; es decir, esta vía puede articular un mero proceso de refinanciación, no estrictamente vinculado al concepto de preinsolvencia.

En el marco de la tipicidad a la que hacemos referencia, para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias las mayorías establecidas en la Ley Concursal, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo²⁶².

261 GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "El Convenio Concursal". La Ley. 2015. P, 72.

262 El artículo 238 de la Ley Concursal establece: 1. Para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias las siguientes mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo: a) Si hubiera votado a favor del mismo el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. b) Si hubiera votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236. Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. Para los abiertos por el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Por el notario, el registrador o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil,

Únicamente interviene el órgano judicial para el caso de impugnación del acuerdo, que puede interponerse dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo extrajudicial de pagos, limitando la legitimación al acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 de la Ley Concursal. Contempla la norma la legitimación para el que denomina “acreedor no convocado”, aunque limita el plazo a 10 días. En todo caso, si se sostiene que el acuerdo extrajudicial de pagos no afecta a los acreedores no descritos en el apartado 1 del artículo 238, qué interés puede tener un acreedor no convocado en impugnar un convenio que no le afecta. Y si le afecta, el plazo se antoja innecesario, porque en tal supuesto deberíamos acercarnos a un supuesto de nulidad del acuerdo, por infracción directa de la Ley, con plazo indefinido; aún siendo consciente del problema de inseguridad jurídica que esto genera.

La impugnación no suspende la ejecución del acuerdo, configurándose con cognición limitada, ya que solo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados, en la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1; o en la desproporción de las medidas acordadas.

La Disposición Adicional Cuarta. Homologación de acuerdos de refinanciación.

Con la introducción de la vía de la Disposición Adicional Cuarta, se profundiza en la cuestionable diferenciación entre acreedores financieros y los restantes acreedores²⁶³, continuando la Ley en su origen y las sucesivas reformas, dando la espalda a la persona física, al centrar la regulación, en este caso, en la figura del acreedor, fiel a la unidad subjetiva a la que hemos hecho referencia. Ciertamente, resulta evidente que los acreedores financieros, ostentan, siempre, una posición mejor, avalada en el acceso a mayor información y a la obtención de todo tipo de garantías, a las

Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido. Si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley. Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior.

263 En su apartado 1, la Disposición Adicional Cuarta, dice que a los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Además recoge una posibilidad que, de alguna forma, viene a mediatizar el efecto discriminatorio que estamos denunciando, al establecer que voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. En todo caso, la adhesión está configurada en términos muy amplios y genera muchos interrogantes. El primero, es si se trata de una adhesión unilateral, por manifestación y vinculante para el resto de acreedores. Ciertamente, tal adhesión puede no resultar inocua para las aspiraciones de los restantes. Pensemos en un acuerdo de capitalización de deuda; una adhesión no inicialmente contemplada ni prevista, modificará, evidentemente, la posición relativa de los que inicialmente configuraron el acuerdo. En el mismo sentido, la pregunta procede en relación con las nuevas garantías otorgadas en el proceso de refinanciación. Quizás, la solución la encontremos en la incorporación de pactos concretos, en los acuerdos de refinanciación que limiten la adhesión a determinados pactos, o a determinados contenidos. Téngase en cuenta que únicamente tienen facultad de impugnar los acreedores de pasivos financieros, por lo que ninguno de los acreedores que no lo sean, tendrían oportunidad de reivindicar ningún derecho frente a una limitación pactada y homologada de su facultad de adhesión.

que no suelen llegar los restantes acreedores, excepto que puedan disponer de algún tipo de poder estratégico que condicione el funcionamiento de la compañía. En todo caso, resulta cuestionable porque, la insolvencia tanto se financia con dinero como con productos, con acreedores financieros como con proveedores; sin que concurra ninguna razón material para esta sobreprotección, con un procedimiento especial, que aparece como un paso mas, alternativo, en el abandono del principio de *pars conditio creditorum*, superado en el marco de un procedimiento extrajudicial especial.

El Decreto Ley 3/2009, introduce la Disposición Adicional Cuarta, comenzando a incorporar al Ordenamiento Jurídico Español, los primeros escudos protectores frente a la rescisoria concursal. De forma incipiente, tímida quizás, pero abriendo la vía al acceso a un Derecho preventivo de la insolvencia. Posteriormente la trascendente Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal que constituye una norma estrella en el desarrollo de las instituciones preconcursales, para introducir los acuerdos de refinanciación²⁶⁴, que, consecutivamente sufren algunas modificaciones, con la finalidad de que alcancen la homologación, permitiendo extender sus efectos a minorías disidentes, alterando el principio de relatividad de los contratos, regulando en el artículo 1257 del Código Civil español.

La finalidad del procedimiento extrajudicial preventivo que analizamos, es la homologación, que no permite ningún tipo de control inicial de oportunidad vinculado al sacrificio desproporcionado. Se configura –la intervención judicial- como un mero control *ex post* para el caso de que en sede de impugnación alguno de los acreedores lo alegue y lo pruebe²⁶⁵. La intervención del juez aparece con un grado de cognición limitada, puesto que simplemente se debe limitar a homologar o no homologar el acuerdo presentado²⁶⁶.

Dice la norma que podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros – no representativos, necesariamente de deudas líquidas y exigibles-, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a)²⁶⁷ y en los números 2.º y 3.º de la letra b)²⁶⁸ del apartado 1 del artículo 71 bis. Los acuerdos adoptados por la mayoría descrita alcanzarán el primer efecto que se pretende, su protección frente a cualquier acción de rescisión.

264 BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio. "Materiales de la Reforma Concursal". Emilio Beltrán. Ana B. Campuzano. Coord. TIRAN LO BLANCH. Valencia. 2012. Pag. 662. "Los acuerdos de refinanciación avanzan hacia un verdadero procedimiento concursal alternativo/preventivo, mediante la homologación judicial, la paralización de acciones, la imposición de las esperas acordadas a los acreedores financieros no firmantes y la concesión de preferencia a los refinanciadores en caso de declaración de concurso ...". FERNANDO CERDÁ. "La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes". Anuario de Derecho Concursal num.33/2014. Editorial Civitas, SA. 2014.

265 CERVERA, Marta. "El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación". Anuario de Derecho Concursal 33. Setiembre-Diciembre 2014. Pag.120.

266 LOPEZ SÁNCHEZ, Javier. "El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación". Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la Empresas en Crisis. GARCÍA CRUCES (dir.). BOSCH 2013. Pag. 304.

267 Artículo 71 bis 1 a): "En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo".

268 Artículo 71 bis 1 b): 2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo . De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante. 3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores .

Para extender sus efectos serán necesarias las mayorías exigidas en los, al que nos remitimos,²⁶⁹ y que se han ido reduciendo en sucesivas reformas.

En definitiva, el contenido del acuerdo de refinanciación, en la redacción actual del precepto, permite un amplio abanico de soluciones que, en principio, deberían consentir un uso generalizado de esta vía de refinanciación del pasivo financiero. Pero para ello, resulta imprescindible incrementar la cultura financiera de las entidades de crédito, en un marco de buena fe, imprescindible en la relación con sus clientes. Concorre tanta convicción en la herramienta que se contempla el arrastre de acreedores con garantía real, evidentemente, con incremento de porcentajes y por la parte que no exceda del valor de su garantía.

Por último debe destacarse la intervención judicial y la competencia para conocer de la homologación que corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores. En este sentido también resulta relevante el efecto de paralización de ejecuciones que a diferencia de la regulada en el artículo 5 bis, corresponde al juez competente, y una vez que es admitida a trámite la solicitud de homologación.²⁷⁰

Finalmente, el juez otorgará – nuevamente la norma lo establece en términos imperativos- la homologación, siempre que el acuerdo reúna los requisitos formales anteriormente referenciados y declarará –también en términos imperativos se expresa la norma- la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas.

Como señalamos, cabe la impugnación del acuerdo, aún homologado, por aquellos acreedores de pasivos financieros, afectados por la homologación, que no hubieran suscrito el acuerdo o hubiesen mostrado su disconformidad. Los motivos de impugnación están limitados, dado que únicamente procederán sobre la concurrencia de los porcentajes de aprobación, y, sobre el carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

El artículo 5 bis de la Ley Concursal

En esta exposición conscientemente desordenada de las herramientas existentes, en un afán de mera descripción, no podemos menos que hacer referencia al famoso 5 bis. Una muestra de la visión judicializada de la solución de la insolvencia que acunó la versión original de la Ley 22/2003, resulta evidente con la constatación de que no existía, en su versión original, una regulación suficiente de las situaciones de preinsolvencia, que se consideraban incardinadas dentro del concepto de insolvencia inminente que contemplaba –y contempla- la definición legal de insolvencia. El Legislador del año 2003, consideraba que ante un escenario de imposibilidad de

269 Una muestra de las dificultades de regular instituciones extrajudiciales, con categorías judiciales, se observa en la exclusión del cómputo a los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionadas (art 93 LC). Al lector no se le escapará que al estar en un ámbito prejudicial, procede que nos preguntemos quién y como determina y califica la concurrencia de personas especialmente relacionadas. Evidentemente, aparece aquí un expediente abierto al abuso de los acreedores financieros, que únicamente verán cuestionadas sus determinaciones por la vía de impugnación del acuerdo fundamentado en la no concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición.

270 La publicidad en este tipo de procedimientos resulta esencial. Por ello la norma establece que el secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

pago regular de las obligaciones exigibles (art 2.2 LC), únicamente cabía la remoción de la insolvencia a través del procedimiento judicial establecido por la Ley.

El Real Decreto Ley 3/2009, añadió una especie de situación de prórroga en relación con la obligación legal (art 5 LC) de instar la declaración concursal, si el deudor comunicaba que se encontraba en negociaciones con sus acreedores para la consecución de un convenio anticipado²⁷¹. Posteriormente, la reforma articulada por la Ley 38/2011, creando un nuevo artículo 5 bis amplía sus efectos de prórroga de la obligación legal de solicitar la declaración concursal, a cualquier tipo de negociación de refinanciación, ampliando así, sustancialmente sus efectos, y emprendiendo un camino desjudicializado.

La Ley 14/2013, de apoyo de los emprendedores, modifica, nuevamente el precepto, incorporando las nuevas vías de refinanciación con la incorporación de las negociaciones para un acuerdo extrajudicial de pagos. Por último, las Leyes 17/2014 y 9/2015, configuran la actual redacción del precepto, debiéndose destacar que la Ley 17/2014²⁷², incorpora la prohibición de ejecuciones judiciales, según veremos²⁷³.

Algunos autores han destacado que la comunicación que articula el artículo 5 bis no es una institución concursal ni preconcursal, sino “extraconcursal”²⁷⁴. Compartimos en parte esta conclusión, puesto que la vía del 5 bis, en coherencia con su evolución, no contempla como supuesto de hecho, únicamente la insolvencia actual. La Ley 14/2013 centra su atención en los caminos de solución de la insolvencia, en los supuestos en que el artículo 5 bis debe actuar en su versión original de garantía frente al concurso necesario, es decir, cuando concurre insolvencia actual o preinsolvencia, en su caso; a través de las vías prejudiciales analizadas –a excepción de la propuesta anticipada de convenio- por lo tanto, óptimos para regular y atender a situaciones de insolvencia inminente y de preinsolvencia. Excede de este trabajo el análisis de los diferentes estadios del concepto de insolvencia, pero resulta esencial, al menos dejar constancia que las vías

271 Decía el apartado 3 del artículo 5 de la Ley Concursal que: “El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”.

272 LUCEÑO OLIVA, José Luis. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 887/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. “La valoración de la reforma ha de ser positiva ya que protege, frente a las ejecuciones judiciales, la continuidad de la actividad del deudor en esta fase de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Impide también la nueva norma el que pueda hacerse un uso abusivo de la misma limitando las comunicaciones sucesivas, y obligando a que transcurra al menos el periodo de un año entre las mismas. No obstante, apreciamos dos deficiencias importantes: la primera que el legislador sigue tratando privilegiadamente a los créditos de derecho público lo que impedirá que, incluso en esta fase, pueda continuarse la actividad si existen ejecuciones sobre bienes necesarios para el desarrollo de la actividad que provengan de créditos de aquella naturaleza, y la segunda deficiencia, bajo nuestro punto de vista, es el «olvido» de no otorgar protección a los bienes del deudor respecto a las ejecuciones extrajudiciales notariales que se encuentran inexplicablemente fuera del ámbito de la norma.”

273 Téngase en cuenta que la Disp. Final 1ª del RD-Ley 4/2014 (RCL 2014, 340) también modifica la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en su artículo 568.1: «Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales. 1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución»

274 VALPUESTA GASTAMIZA, Eduardo. “Las soluciones a la Situación de Insolvencia”. Coord. Ibón Hualde López. ARANZADI. 2014. Pag. 16.

que contempla o ampara el paraguas del artículo 5 bis, todas ellas, permiten la remoción de la insolvencia, pero en cuanto vías de refinanciación, también situaciones de preinsolvencia, en horizontes temporales más dilatados que los estrictos y propios de la insolvencia inminente, que se han demostrado ineficaces en la crisis vivida por Europa en los últimos años.

El régimen legal pone de manifiesto que, cualquiera que sea su naturaleza, se pretende evitar la vía judicial o reducirla sustancialmente tramitándola por la vía de la propuesta anticipada de convenio (art. 104 LC). Dice la norma que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis. 1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en la Ley. Para el caso de acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso. Es decir, nos ofrece la Ley, ahora, dos comunicaciones previas, inherentes a la situación concursal: En primer lugar, la voluntaria, la del deudor. En segundo lugar, la obligatoria que debe efectuar el registrador o el notario, ante la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos.

El tradicional efecto del artículo 5 bis de la Ley Concursal, siempre vino determinado por la suspensión de la legitimación para la solicitud de concurso necesario de cualquier acreedor (art 15.3 LC) durante el plazo de tres meses desde las comunicaciones realizadas por el deudor o el mediador. Pero el efecto verdaderamente relevante es que desde la presentación de la comunicación, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzcan unas circunstancias que están en estricta relación con cada una de las vías que el escudo del 5 bis ampara: i) se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis 1; ii) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; iii) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; iv) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; v) tenga lugar la declaración de concurso.

Resulta muy relevante, en este sentido, indicar que en su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Algunos autores cuestionaron la competencia del Secretario que el 5 bis consagra, por la concurrencia de bienes necesarios²⁷⁵ y la evidente

275 GONZÁLEZ NAVARRO. Blas Alberto. "El nuevo artículo 5 bis de la Ley Concursal tras la reforma de 2014". Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2014 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2014: La reforma de 2014 no parece haber reparado en que, al mantener intacta la competencia del Secretario Judicial para dejar constancia de la comunicación previa, y desde ahora para gestionar la publicación de su resolución de constancia, deja fuera del precepto la necesaria intervención judicial que el precepto exige ahora. Y es que, si bien la diligencia de constancia, o la resolución que pide el artículo 5 bis al Secretario, no precisa de control ni intervención judicial ninguna, parece claro que no será el Secretario quien pueda valorar si los bienes afectados por la ejecución son necesarios o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Solamente los bienes que son necesarios para la continuidad de la compañía son los que habilitan al Juzgado mercantil a paralizar las ejecuciones contra el deudor. Podría pensarse, entonces, que el sistema de la comunicación previa sigue siendo el de la reforma de 2011; una ventanilla de sellado, en

necesidad de intervención judicial en tal sentido. La dicción literal del precepto no deja lugar a dudas en cuanto que, para el caso de disputa, será el juez de lo mercantil, competente para declarar el concurso, el que tenga que resolver la calificación de bienes necesarios.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia. Excepto, evidentemente que ya no se encuentre en situación de insolvencia.

El artículo 71 bis de la Ley Concursal

Volvemos a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de Medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, norma que viene precedida del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. Tal como consta en su preámbulo, la finalidad de la Ley es la de adoptar medidas que permitan aliviar la carga financiera a la que se encuentran sometidas determinadas empresas que podrían llegar a ser viables, permitiendo que éstas sigan atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Con esta confesada finalidad, se intenta mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación; acuerdos que, siendo fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden maximizar el valor de los activos, evitando el concurso de la entidad y la reducción y los aplazamientos pasivos. La norma habla de preconcursalidad, de evitación del concurso, reconociendo que un marco extrajudicial privado, permite una mejor gestión de los activos y de la propia situación de insolvencia o de preinsolvencia.

En este marco, el artículo 71 bis LC, responde a la regulación de lo que se ha venido a denominar “escudos protectores”²⁷⁶ que permitirían articular estos acuerdos de refinanciación sin

la que el Secretario deja constancia meramente de la comunicación del inicio de las negociaciones. Será el deudor el que, con este papel, acuda a los Juzgados de 1ª Instancia instando la consiguiente paralización de las ejecutorias sobre bienes necesarios. Sin embargo, es obvio que ese sistema no puede perdurar: según una doctrina reiterada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que acabó por consagrarse en el artículo 56.5 de la LC, «(a) los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Por tanto, ello obliga al juez civil a preguntar al juez mercantil sobre el carácter de los bienes de necesarios o no para la continuidad de la actividad de la empresa, lo que supone un coste temporal incompatible con la protección que otorga el artículo 5 bis. Es en consecuencia el Juez de lo Mercantil que recibe la comunicación el que debe valorar la necesidad de los bienes; evidentemente, en el caso de existir ejecutorias en marcha: es posible que las ejecuciones ni siquiera se hayan activado cuando se presenta la comunicación previa, por lo que no se pida valoración de necesidad ninguna, en cuyo caso no sería precisa intervención judicial. No obstante, cabe pensar en lo recomendable que sería que, en relación a bienes estratégicos sujetos a garantías reales, incluso sujetos al riesgo de ejecuciones por embargos ordinarios, se solicite del Juzgado que se declare su necesidad para la continuidad de la empresa, a los efectos de que, de iniciarse luego la ejecución, el Juez de 1ª Instancia no tenga que consumir un tiempo precioso preguntando al Juez del eventual concurso posterior, de modo que, presentando el deudor el auto del juez en que se declaran los bienes necesarios y se cierra el paso a cualquier ejecución durante el plazo del artículo 5 bis, ese debate ni siquiera se abriría.”

276 Destacamos los trabajos de la profesora Pulgar Ezquerro, J., quien ha venido sosteniendo en numerosas ocasiones la necesidad de avanzar en esta línea, destacando la necesidad de establecer legislativamente «escudos protectores» para los acuerdos de refinanciación. Acuerdos que, por su propia naturaleza y la versatilidad de su contenido, podrían incluir pactos o requerir actos para su ejecución fácilmente subsumibles en el ámbito de las presunciones que en relación a la concurrencia de perjuicio patrimonial para la masa activa se establecen en el artículo 71 de la Ley Concursal. Así, puede verse, entre otros, en los siguientes trabajos de esta autora: «Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos

el riesgo de posteriores acciones de reintegración, consagrando así, una defensa preventiva, para el mantenimiento de los mismos. Es decir, se trata ahora, con esta vía, de una regulación reactiva que se estructura para evitar la rescisión de los acuerdos de financiación otorgados durante un período sospechoso. En España durante el período de dos años anteriores al auto de declaración del concurso (art. 71 LC).

Probablemente por ello, la actual redacción del artículo 72.2 LC, evidencia la voluntad de legislador de limitar, de forma sustancial, la rescindibilidad de los acuerdos de financiación y de refinanciación, puesto que tal acción únicamente podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones legales, con legitimación exclusiva de la administración concursal. Con esta redacción, se hace imposible la rescisión por razones materiales, de fondo. Se trata de bloquear la rescisión, otorgando la máxima seguridad jurídica a los acuerdos alcanzados por alguna de las vías típicas estructuradas por la Ley.

Sin perjuicio de ello, no se nos escapa la posibilidad del ejercicio de acciones de nulidad – simulación, fraude de ley, vicio del consentimiento- o, incluso, acción pauliana. En todo caso, desde el punto de vista práctico, resulta casi imposible impugnar un acuerdo de refinanciación que cumpla con las condiciones legales²⁷⁷, formales. Las extraordinarias acciones de nulidad o fraude, no resultan óptimas para procesos que tendrán un marco negociador previo, suficientemente contradictorio como para eludir cualquier vicio de este tipo.

En definitiva, no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, que cumplan con lo establecido y previsto en el artículo 71 LC.

Esta norma no ostenta la naturaleza, estrictamente de una institución preconcursal, pero aporta la virtud de regular el concepto de acuerdo de refinanciación, al considerar que se refinancia cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

La Propuesta Anticipada de Convenio

Por último, aunque no pueda considerarse una herramienta preconcursal, debemos hacer

extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 5, julio 2006; «Refinanciaci3nes de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de “escudos protectores” y el fraude del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario», Diario La Ley nº 6963, 9 de junio de 2008 (La Ley 23016/2008); «Rescisi3n concursal y refinanciaci3nes bancarias», Diario La Ley nº 7097, Secci3n Doctrina, 29 de enero de 2009 (La Ley 41791/2008); «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciaci3n», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 14, Primer semestre 2011, (La Ley 1235/2011) y «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciaci3nes y reestructuraci3n de deuda empresarial y Real Decreto Ley 11/2014, de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», Diario La Ley nº 8391, 3 de octubre de 2014 (La Ley 7151/2014).

277 Parra Lucán, M.A. «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnaci3n de actos y contratos del Derecho Común», Anuario de Derecho Concursal nº 19, 2010 (BIB 2010, 2), pág. 11. En sentido contrario se pronuncia Carmen Pérez de Ontiveros. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Anuario de Derecho Concursal num. 35/2015 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2015. Esta autora desarrolla un interesante estudio sobre la compatibilidad y posibilidades de ejercicio de la acci3n pauliana.

mención en este trabajo a la Propuesta Anticipada de Convenio regulada en la Sección 3ª del Título V (De las fases de convenio o de liquidación) de la Ley Concursal. Su posición sistemática revela que se trata de una vía estrictamente concursal, judicial. Sin embargo, es cierto que en la versión original de la Ley del año 2003, junto con la insolvencia inminente, resultaban los únicos cauces legales o previsiones normativas, para enfrentarse a situaciones de preinsolvencia o de situaciones de insolvencia futura o previsible. Se trata de un procedimiento de tramitación acelerada de un convenio concursal que debe articularse a través de la previa solicitud de concurso voluntario –o desde la declaración de concurso necesario–, y que responde estructuralmente al mismo esquema de aprobación del convenio concursal ordinario. Respondía al principio de unidad procedimental que regía en nuestra norma.

Estadísticamente se ha demostrado que no ha resultado suficiente para dar solución a los problemas de preinsolvencia. Por esta razón, y por otras, a partir, fundamentalmente del año 2013, el Legislador español se ha aventurado al desarrollo motorizado de instituciones preconcursales.

La exoneración del pasivo insatisfecho. Un fresh start limitado y con condiciones.

En su última versión derivada de la redacción otorgada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, el artículo 178 bis de la Ley Concursal incorpora la vigente regulación de la “discharge” española, criticada por la mejor doctrina²⁷⁸.

La actual redacción procura superar alguna de las justificadas críticas recaídas sobre la versión anterior. Se establece que el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, solicitándolo de forma expresa ante el Juez que regula el concurso.

Únicamente se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe²⁷⁹, estableciendo los requisitos necesarios para alcanzar tal condición: (i) que el concurso no haya sido declarado culpable; (ii) que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso; (iii) que, reuniendo los requisitos establecidos en la Ley, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

El fresh start, encuentra una limitación cuantitativa, al exigir que el deudor que pretende gozar de este beneficio haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. Es decir, para obtener este beneficio, el deudor tendrá que ir pagando los créditos que se devenguen una vez declarado el concurso y que tengan la calificación de créditos contra la masa, incluso los propios de su endeudamiento; y los correspondientes a la actuación profesional: abogados, procuradores y administración concursal. Adicionalmente, verá ejecutados sus bienes gravados con derechos reales ejecutables, puesto que la exoneración es un efecto del concurso del deudor, que es concurso necesariamente de liquidación, y que únicamente otorgará el beneficio una vez que haya concluido la fase de liquidación con el fin de la realización

278 CUENA CASAS, Matilde. “El sobreendeudamiento privado como causa de crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”. Préstamo responsable y ficheros de solvencia. Coor. L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas. ARANZADI 2015.

279 TOMAS TOMÁS, Salvador. “El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad”. Revista Aranzadi Doctrinal num. 4/2016 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016. Quien destaca el carácter normativo, no judicialmente valorativo, del concepto de buena fé.

de los bienes.

En ningún caso la exoneración afectará al crédito público que se regirá por su régimen correspondiente, que no contempla ningún tipo de remisión de deudas por insolvencia. Es decir, todo el peso de la exoneración recae sobre los ciudadanos²⁸⁰.

Además, en aquellos casos en que el deudor, persona física, acude de forma directa al concurso de acreedores, no intentando un acuerdo extrajudicial de pagos, por superar su pasivo la cuantía señalada para dicho procedimiento, deberá pagar, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

El Legislador aporta un régimen alternativo, para el caso de que no se haya cumplido con el pago del 25% de los créditos concursales que señalamos en el párrafo anterior, para que el deudor persona física alcance el beneficio de exoneración estableciendo: (i) que acepte someterse a un plan de pagos para las deudas que no queden exoneradas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso; (ii) que no haya incumplido las obligaciones de colaboración con la administración concursal; (iii) que no haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años; (iv) que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y (v) que acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

Como indicamos, la concesión del pasivo requiere una petición por parte del deudor, en el seno del proceso concursal. Únicamente podrán formular oposición, que se tramitará como un incidente concursal, la administración concursal y los acreedores personados, cuya oposición únicamente podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos analizados, constitutivos del concepto normativo de buena fe.

Uno de los elementos constitutivos de esta regulación, mas discutidos es la posibilidad de que cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados. Además la norma contempla que podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos: a) Incurriese en alguna de las circunstancias que hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho; b) en su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, o; c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con

280 Es un verdadero régimen de excepción que se reconoce a los créditos públicos —aun cuando carezcan de privilegio— por mero voluntarismo político; sin respetar ninguna técnica coherente en el reparto de sacrificios. En este sentido, como ha afirmado el Banco Mundial: «excluir de la exoneración al crédito público socava todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del sistema. El Estado debe soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia»
http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf.

carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso²⁸¹. También podrá el juez, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Conclusiones

Hemos intentado realizar un trabajo fundamentalmente descriptivo de la situación en el Ordenamiento Jurídico español. Esperamos que su lectura permita al lector especializado caer en la cuenta de la existencia de un cierto desorden normativo que no oculta una constante voluntad de proteger a los acreedores profesionales (entidades financieras) y excluir de cualquier riesgo o contingencia al crédito público. Pero olvidando cualquier especialidad subjetiva, rindiendo tributo al principio de unidad consagrado en la Ley del año 2003. Con las últimas reformas se ha pretendido regular el problema de la preinsolvencia, fundamentalmente, como reacción frente a la ineficiencia del funcionamiento de los órganos judiciales. No se acude a ningún tipo de apoyo por parte de las Administraciones Públicas. No se ha previsto ningún tipo de procedimiento administrativo, muy recomendable para los consumidores. Al contrario, como hemos visto, el Estado da la espalda a estos procedimientos y a los agentes implicados, creando procedimientos privados, con la intervención judicial, esencialmente, para el caso de impugnación.

Por lo tanto el éxito de estas herramientas depende de la formación, de la cultura concursal de la sociedad, de los profesionales; y del apoyo que los acreedores profesionales -entidades financieras- estén dispuestos a prestar, en la medida en que entiendan que estas vías les benefician, en cuanto gestión ordenada de la insolvencia, o imperativo legal para evitar riesgos de reintegración.

Quizás, la evolución tecnológica, a través de la blockchain y los Smart contracts, sean capaces de ganar en descentralización, eficacia, transparencia; y, así, conseguir un mayor control en el endeudamiento de los consumidores, y una mayor rapidez y menores costes en la aportación de soluciones transparentes y seguras a su insolvencia.

281 PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. "El mecanismo de segunda oportunidad y el principio de seguridad jurídica". Revista de Derecho Patrimonial num. 40/2016 parte Artículos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016. Este autor se pregunta: ¿No mina la confianza de los acreedores el hecho de que la remisión del pasivo insatisfecho se reconozca simplemente a cualquier deudor de «buena fe» y sea, prima facie, de carácter provisional? ¿No se compadecería más con el principio constitucional de seguridad jurídica que el beneficio de exoneración de las deudas se concediera a los deudores tras un riguroso procedimiento y que una vez concedido fuese definitivo?.

**LA PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO DEL DEBITORE ALLA LUCE DEL DIRITTO
"OGGETTIVAMENTE" CONCURSUALE**

Daniele VATTERMOLI

SOMMARIO: 1. La disciplina della crisi da sovraindebitamento: l'evoluzione legislativa. - 2. La procedura di liquidazione del patrimonio (natura, inquadramento sistematico, funzione, disciplina) ed il diritto "oggettivamente" concorsuale. - 3. Presupposti o condizioni di ammissibilità alla procedura. Rapporti con le procedure concorsuali "tradizionali". - 4. L'apertura della procedura. Domanda e conversione. - 5. L'ufficio concorsuale. - 6. Gli effetti della procedura. - 7. Le fasi della procedura. - 8. L'esdebitazione.

1. La disciplina della crisi da sovraindebitamento: l'evoluzione legislativa.

Sulla scorta di un vivace dibattito teorico²⁸² ed a conclusione di un (a dir poco) tormentato iter parlamentare²⁸³, con la L. 28 gennaio 2012, n. 3 è stato introdotto nell'ordinamento domestico – similmente a quanto era dato riscontrare, da tempo, in molti sistemi giuridici a noi vicini²⁸⁴ – il procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento: un procedimento riservato ai debitori, imprenditori e non, non assoggettabili alle procedure concorsuali “tradizionali” ed in situazione, appunto, di sovraindebitamento; e caratterizzato da forti affinità strutturali con, per un verso, gli accordi di ristrutturazione e, per altro verso, il concordato preventivo²⁸⁵.

Nell'aprile del 2012 il governo ha presentato alla Camera dei deputati un disegno di legge con il quale – riprendendo e potenziando una linea che aveva cercato vanamente di imporre al Parlamento durante l'iter di approvazione della medesima L. n. 3/2012²⁸⁶ – ha proposto sostanziose modificazioni della nuova disciplina. E ciò in una triplice direzione:

- “trasformando” in chiave concordataria la natura del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento, il quale veniva rimodellato, assumendo connotati assai simili appunto al

282 NIGRO A., L'insolvenza delle famiglie nel diritto italiano, in *Dir. banc.*, 2008, I, 191 ss.; GHIA, Il debitore civile ed il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento, in GHIA-PICCININI-SEVERINI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, 1, Dichiarazione di fallimento, Torino, 2010, 252 ss.; DI MARZIO, Sulla composizione negoziale della crisi da sovra-indebitamento, in questa Rivista, 2010, I, 650 ss.; GIRONI, Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di «sovraindebitamento» dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione, *ivi*, 2009, 818 ss.; FALCONE, L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dei debiti, in Bonfatti-Falcone (a cura di), *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2011, 204 ss.; MARCUCCI, Insolvenza del debitore civile e fresh start. Le ragioni di una regolamentazione, in PRESTI-STANGHELLINI-VELLA (a cura di), *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione, Analisi giuridica dell'economia*, n. 2/2004, 363 ss.; GALLETTI, Insolvenza civile e fresh start: il problema dei coobbligati, *ivi*, 391 ss.

283 I cui passaggi possono leggersi in NIGRO A., Il nuovo procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento, in *Dir. banc.*, 2012, II, 3 ss.; FABIANI, Primi spunti di riflessione sulla regolazione del sovraindebitamento del debitore non «fallibile» (l. 27 gennaio 2012 n. 3), in *Foro it.*, 2012, V, 94 ss.; BATTAGLIA, La composizione delle crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici, in questa Rivista, 2012, I, 423 ss.; DI MARZIO, Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento, in DI MARZIO-MACARIO-TERRANOVA, *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, Il Civilista, Milano, 2013, 9 ss.; FALCONE, Il trattamento delle “crisi da sovraindebitamento” e l'insolvenza del consumatore: una occasione mancata, in BONFATTI-FALCONE (a cura di), *Soluzioni negoziali e istituti “preconcorsuali” nella gestione delle crisi*, Milano, 2013, 353 ss.

284 Sul punto, estremamente interessante risulta la lettura del documento elaborato per la World Bank da KILBORN, *Report in the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, maggio 2013, disponibile on line sul sito www.worldbank.org, contenente un'analisi approfondita dei principali problemi generati dalla crisi del debitore persona fisica (non imprenditore) e delle risposte che a tali problemi hanno dato gli ordinamenti più evoluti.

Nella nostra dottrina, per un'analisi comparata della disciplina della crisi da sovraindebitamento nei principali ordinamenti occidentali cfr., da ultimo, MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 308 ss.; PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, 121 ss.

285 NIGRO A., *Il nuovo procedimento di composizione delle crisi*, cit., 4.

286 E' noto, invero, che con il d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, il governo era (inopinatamente) intervenuto, tra l'altro, proprio in materia di gestione della crisi da sovraindebitamento: peraltro, al fine di scongiurare l'inevitabile (e, per molti versi, assurdo) contrasto che si sarebbe creato con l'iniziativa parlamentare conclusasi con l'emanazione della l. n. 3/2012, nella legge di conversione del suddetto d.l. (la l. 17 febbraio 2012, n. 10) sono state espunte tutte le disposizioni relative al sovraindebitamento. Sul d.l. n. 212/2011 cfr., per tutti, FABIANI, *La gestione del sovra-indebitamento del debitore non fallibile (D.L. 212/2011)*, disponibile on line sul sito www.ilcaso.it; GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fallimento*, 2012, 21 ss.

concordato preventivo quale regolato dalla legge fallim.;

- introducendo un particolare procedimento per la crisi patrimoniale del consumatore, dove non era previsto più nemmeno il consenso della maggioranza dei creditori alla proposta del debitore;

- prevedendo una “procedura”, alternativa a quella di composizione, di liquidazione.

Successivamente, il contenuto di questo disegno di legge – mai portato alla discussione – è stato trasfuso nell’art. 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (articolo incongruamente collocato nella sez. VI di tale decreto, recante la rubrica “Giustizia digitale”), convertito dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, che ha modificato la L. n. 3/2012, che oggi, dopo queste ultime modifiche, prevede, dunque, tre distinti procedimenti o procedure (la legge usa promiscuamente i due termini) di soluzione delle crisi da sovraindebitamento: due procedimenti o procedure di composizione di tali crisi, rispettivamente l’accordo ed il piano del consumatore; un procedimento o procedura di liquidazione del patrimonio, oggetto specifico del presente studio.

2. La procedura di liquidazione del patrimonio (natura, inquadramento sistematico, funzione, disciplina) ed il diritto “oggettivamente” concorsuale.

A. Se l’accordo e, per il solo debitore-consumatore, il piano occupano il posto che, nel sistema tradizionale della disciplina dell’insolvenza, viene ricoperto dalle soluzioni concordate della crisi, la procedura di liquidazione del patrimonio dovrebbe invece prendere il posto che, in quel sistema, è occupato dalla procedura fallimentare²⁸⁷.

Come il fallimento, invero, la liquidazione del patrimonio ex artt. 14-ter ss., L. n. 3/2012 è una procedura concorsuale²⁸⁸ che, per un verso, coinvolge l’intero patrimonio (pignorabile) del debitore, che dal momento dell’apertura viene amministrato, ai fini della sua liquidazione e successiva ripartizione ai creditori, da un’autorità neutra (il liquidatore, appunto); e, per altro verso, esplica i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori anteriori alla sua apertura, le pretese dei quali, dal quel momento, rimangono per così dire “congelate”, determinandosi il blocco delle azioni

287 In termini sostanzialmente coincidenti PANZANI, La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, in *Il Fallimentarista*, 12 dicembre 2012 e, da ultimo, AMATORE, La conversione della procedura di composizione in liquidazione, *ivi*, di prossima pubblicazione, a pagina 2 del dattiloscritto che si è potuto consultare per gentile concessione dell’Autore.

288 Con riguardo all’originaria disciplina contenuta nella l. n. 3/2012 si era posto il problema se il procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento fosse o no da qualificare come procedura concorsuale. Autorevole dottrina aveva dato al problema risposta negativa, rilevando che tale procedimento non comportava né regolamentazione coattiva dei rapporti debitore-creditori, né imposizione di vincoli sul patrimonio del debitore, salva la limitatissima eccezione costituita dal “blocco” delle azioni esecutive per periodi prefissati e brevi (così NIGRO A., *Il nuovo procedimento di composizione delle crisi*, cit., 5; nello stesso senso cfr., altresì, FABIANI, *Primi spunti di riflessione*, cit., 96). Oggi, dopo l’intervento “correttivo” ed “integrativo” del d.l. n. 179, la risposta non può che essere in senso affermativo e con riferimento a tutti e tre i procedimenti oggetto di tale intervento. Da un lato, è la stessa legge che espressamente li qualifica come procedure concorsuali (là dove ne preclude l’applicazione alle situazioni ed ai debitori soggetti o assoggettabili «a procedure concorsuali diverse da quelle regolate» da essa legge: artt. 6, comma 1 e 7, comma 2; ma si veda anche l’art. 31 d.l. n. 179/2012). Dall’altro, nella loro attuale configurazione essi comportano tutti sia una regolamentazione coattiva dei rapporti creditori-debitore sia l’imposizione di vincoli sul patrimonio del debitore. Con specifico riferimento alla procedura di liquidazione del patrimonio, poi, un ulteriore riferimento testuale in tal senso può trarsi dall’art. 14-ter, comma 7, il quale, come si vedrà (infra, § 6), ricollega alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura l’effetto della sospensione degli interessi, legali o convenzionali, sui crediti concorsuali non “privilegiati”, fino alla chiusura della liquidazione, «ai soli effetti del concorso».

esecutive e cautelari individuali, nonché l'impossibilità della costituzione di cause legittime di prelazione. Inoltre, a differenza delle soluzioni concordate della crisi, la procedura de qua non prevede alcuna forma di accordo, tra il debitore ed i suoi creditori, in ordine alle modalità di attuazione della responsabilità patrimoniale del primo che, quindi, deve avvenire secondo il principio cardine della *par condicio creditorum*²⁸⁹.

Eppure l'uso del condizionale si impone.

Si impone, in primo luogo, perché la procedura di liquidazione del patrimonio è, come si vedrà, di tipo esclusivamente "volontario", nel senso che la legittimazione a richiederne l'apertura spetta al solo debitore²⁹⁰; ed una procedura di liquidazione concorsuale del patrimonio responsabile "non coatta", assomiglia, concettualmente, relativamente poco al fallimento.

Si impone, in secondo luogo, perché la procedura de qua, a differenza del fallimento, sembrerebbe essere riguardata dal legislatore della riforma come un beneficio, da destinare allora al solo debitore meritevole; ciò che giustificherebbe anche la legittimazione ristretta alla richiesta di apertura, di cui si è appena detto.

Anche su questo punto più specifico, però, il condizionale è nuovamente d'obbligo: perché, se è vero che vi sono disposizioni – in particolare quelle in tema di accesso alla procedura²⁹¹ – che chiaramente depongono nel senso appena segnalato, ve ne sono altre, tuttavia, che, come si avrà modo di osservare, sembrerebbero spingere in una direzione esattamente opposta. Senza contare, poi, che non risulta affatto chiaro quale sarebbe, per il debitore, il "premio" conseguente all'ammissione alla procedura di liquidazione: nulla, infatti, a parte i beni impignorabili per legge, può residuare in capo al debitore al termine della procedura, salvo che si verifichi la condizione dell'integrale soddisfacimento dei creditori concorrenti²⁹². Per il debitore, allora, il "premio" per l'ammissione non può che consistere nell'aspettativa dell'esdebitazione, ex art. 14-terdecies. Però, al di là del fatto che si tratta, appunto, di una mera aspettativa, per la cui traduzione in realtà si richiede che il debitore sia meritevole del beneficio e, soprattutto, sia una persona fisica (le altre categorie di debitori restandone escluse ex lege, indipendentemente dal comportamento tenuto prima e dopo il manifestarsi della crisi), non può trascurarsi il dato che anche nel fallimento, che pur dopo il restyling operato dalle riforme non è certo dalla legge riguardato come un beneficio, è ben possibile per il fallito – e ricorrendo, grosso modo, le stesse condizioni (quelle, cioè, ex artt. 142 ss., legge fallim.) poste dalla L. n. 3/2012 – ottenere la liberazione dai debiti non soddisfatti dai riparti endoconcorsuali. Ciò che, a parere di chi scrive, dimostra come la prospettiva dell'esdebitazione non sia elemento sufficiente, di per sé, a qualificare la procedura al cui esito è subordinata come un beneficio.

Indipendentemente da come si voglia inquadrarla, la procedura di liquidazione assume comunque un ruolo importante dal punto di vista sistematico, offrendo al giudice, nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, il termine di confronto che consente al giudice di valutare, ai fini dell'omologazione ed in caso di contestazioni da parte dei creditori o di

289 Del resto, vi sono anche puntuali riferimenti testuali che depongono nel senso della assimilabilità della nostra procedura al fallimento: basti pensare a quanto stabilito dall'art. 15, comma 9, in tema di compensi al professionista che svolge le funzioni degli organismi di composizione della crisi, che, per la procedura di liquidazione del patrimonio, sono parametrati, appunto, a quelli del curatore del fallimento.

290 Salva l'ipotesi della conversione, di cui si tratterà infra, § 4.

291 Sulle quali v. più diffusamente infra, § 4.

292 E si veda, in proposito, l'art. 14-ter, comma 1, nel quale è chiaramente stabilito che il debitore può chiedere la liquidazione «di tutti i suoi beni».

qualunque altro interessato, la convenienza dell'accordo o del piano del consumatore (ai sensi, rispettivamente, degli artt. 12, comma 2 e 12-bis, comma 4).

B. Pur se nella L. n. 3/2012 nulla è detto in ordine alla funzione da riconoscere alla procedura di liquidazione del patrimonio, sembra certo che la stessa sia quella tipica di tutte le procedure concorsuali, ossia il massimo soddisfacimento dei creditori (nel rispetto, come si è detto, della par condicio creditorum).

D'altra parte, nel nostro caso neanche potrebbero porsi i dubbi sollevati da una parte della dottrina rispetto alla funzione da riconoscere alle procedure concorsuali tradizionali, essendo meramente eventuale la presenza di complessi produttivi o (come a volte, impropriamente, si dice) imprese da salvaguardare. Allo stesso modo deve recisamente escludersi che tale funzione possa essere rintracciata nell'esdebitazione del debitore: obiettivo, quest'ultimo, certamente importante – può anzi dirsi che l'introduzione della nuova procedura risponda, in buona misura, proprio all'esigenza di assicurare ai debitori non fallibili il c.d. fresh start –, ma che, essendo doppiamente eventuale (ossia: escluso a priori per gli enti metaindividuali; eventuale in senso stretto per le persone fisiche), non può certamente essere collocato al vertice delle priorità da perseguire.

C. Nel disciplinare la procedura di liquidazione, il legislatore del 2012 ha effettuato una scelta precisa e, se si vuole, coraggiosa, dettando regole "autonome" rispetto a quelle, ben più collaudate, relative alle procedure concorsuali tradizionali e, in particolare, al fallimento.

E' pur vero che nella L. n. 3/2012 si trovano riscritte (non sempre, peraltro, rispettando una precisa corrispondenza) alcune regole dettate per il fallimento, ma non è stata praticamente mai utilizzata la tecnica del rinvio²⁹³, a singole norme o a blocchi di norme della legge fallim.²⁹⁴, con la conseguenza, estremamente rilevante sul piano interpretativo, della mancanza di una norma di chiusura che consenta di colmare le molte lacune che il testo presenta.

Tale decisione, considerando complessivamente il prodotto finale, è stata a dir poco infelice. In verità, poche volte è capitato, in passato, di assistere ad un tale "festival" di errori, dimenticanze ed imprecisioni, di scelte illogiche e, in alcuni casi, assurde da parte del legislatore. Basti pensare, per fare solo qualche esempio ed anticipando temi che verranno affrontati più avanti nella trattazione, alla durata della procedura, necessariamente ed inspiegabilmente non inferiore ai quattro anni; oppure, alla totale assenza di disciplina della ripartizione dell'attivo, fase topica di ogni procedura concorsuale; o, ancora, al riferimento, contenuto nell'art. 14-quinquies, comma 2, lett. b), ad un fantomatico "provvedimento di omologazione", che ovviamente non esiste; o, infine, alla mancata previsione di ipotesi di chiusura della procedura, diverse dall'esecuzione del programma di liquidazione. Il che, evidentemente, non può non tradursi in un ostacolo – che allo stato non è ancora possibile stabilire se e quanto decisivo – al successo, in termini applicativi, del nuovo strumento di soluzione della crisi.

D. La mancanza di una norma di chiusura, in uno con le lacune di cui si è sin d'ora segnalata l'esistenza, impone all'interprete di risolvere, a monte, un problema di vertice: quello, cioè, che

293 Le eccezioni sono rappresentate, per un verso, dall'art. 14-quinquies, comma 2, lett. a), che richiede il possesso, da parte del soggetto nominato come liquidatore, dei requisiti stabiliti per il curatore dall'art. 28 legge fallim.; e, per altro verso, dall'art. 14-novies, comma 4 che, per quel che concerne i requisiti di onorabilità e di professionalità dei soggetti che coadiuvano il liquidatore nelle operazioni di vendita, richiama il regolamento del Ministro della giustizia di cui all'art. 107, comma 7 legge fallim.

294 Tecnica del rinvio – diretto o indiretto – alle norme su fallimento che, com'è noto, caratterizza invece le discipline di tutte le altre procedure concorsuali tradizionali: ciò che consente di ritenere il fallimento, ancora oggi e nonostante la progressiva marginalizzazione subita negli ultimi anni, il "paradigma" delle procedure collettive.

attiene all'individuazione del criterio da utilizzare ai fini della ricostruzione della disciplina applicabile alla nostra procedura.

A tal fine, sembra imprescindibile muovere dalla natura giuridica e dalle caratteristiche salienti, in parte già evidenziate, della liquidazione del patrimonio. In particolare, l'accento deve essere posto sul fatto che la stessa: è una procedura concorsuale non negoziale; si fonda sui principi di universalità e di generalità; prevede la cristallizzazione del patrimonio del debitore e l'attribuzione della gestione e della disponibilità di tale patrimonio ad un soggetto neutro; non persegue (quale scopo-mezzo) il risanamento in senso stretto della situazione economico-finanziaria del debitore.

Caratteristiche, queste, che rappresentano altrettanti fattori che inducono a ritenere applicabili, alla procedura de qua, le regole ed i principi che, in quanto funzionali al (o espressione del) concorso in atto, si ritrovano puntualmente in tutte le procedure collettive dello stesso genere (fallimento, in primis; ma anche liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria "comune", con indirizzo di cessione).

L'utilizzo di tale criterio richiede, preliminarmente, di enucleare, nell'ambito delle discipline tradizionali dell'insolvenza, un "diritto oggettivamente concorsuale", che trova la propria giustificazione, appunto, nel concorso in atto e nella necessità di rispondere alle esigenze generate dalla tutela collettiva del credito²⁹⁵ e che, in quanto tale, prescinde dalla dimensione o dalle qualità soggettive del debitore comune. Un corpus di regole e principi che, allora e necessariamente, per un verso, assicuri il rispetto del principio di neutralità dell'apertura della procedura rispetto ai diritti ex ante vantati dai creditori concorrenti, impedendo ai singoli di occupare posizioni di vantaggio all'interno del concorso, cristallizzando così il valore relativo dei crediti al momento in cui scatta il vincolo di destinazione sul patrimonio del debitore comune²⁹⁶; e, per altro verso, preveda la organizzazione di un particolare centro di competenza che subentri a quest'ultimo nella gestione del patrimonio ed al quale è affidato lo svolgimento della procedura nel perseguimento dell'interesse concorsuale, per tale intendendosi l'interesse della massa dei creditori

295 Il principio della "collettivizzazione della tutela del credito" non deve essere confuso con la par condicio creditorum. Più in particolare, il divieto delle azioni esecutive individuali; la disciplina delle azioni revocatorie; la cristallizzazione del valore dei crediti concorrenti al momento dell'apertura della procedura; ecc., rappresentano altrettante manifestazioni del principio della collettivizzazione della tutela del credito, che concerne – a ben considerare – la conservazione (lato sensu) del patrimonio del debitore, ma che, come si è detto, non hanno nulla a che vedere con il principio della par condicio, il quale attiene al come distribuire quel patrimonio (di norma incapiente) tra tutti gli aventi diritto sul medesimo. Tanto ciò è vero che gli istituti e le regole sopra menzionati sarebbero perfettamente compatibili con qualunque meccanismo di distribuzione venga adottato dall'ordinamento, anche in ipotesi diverso da quello fondato sulla par condicio. Sul punto cfr., da ultimo e seppure in diversa prospettiva, HO, *The principle against divestiture and the pari passu fallacy*, 2011, disponibile on line sul sito www.ssrn.com.

296 Il principio della "neutralità" che governerebbe le procedure concorsuali, in ordine alla c.d. "questione distributiva", è stato per la prima volta compiutamente elaborato da JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Mass.), 1986, 20 ss. Secondo l'Autore, l'apertura del concorso non deve generare alcuna modificazione ai diritti dei creditori, la cui disciplina andrebbe ricercata esclusivamente nel diritto comune o extraconcorsuale (nonbankruptcy law). In caso contrario, qualora cioè il concorso introducesse alterazioni a tali diritti, vi sarebbero senz'altro dei soggetti avvantaggiati dall'apertura della procedura, i quali avrebbero così un incentivo a che ciò accada (perverse incentives); il che, in ultima analisi, si tradurrebbe in una distorsione del sistema. Che il diritto concorsuale debba rimanere ai margini della questione distributiva è, però, assunto aspramente criticato da una parte della dottrina statunitense, la quale, valorizzando l'aspetto propriamente sostanziale del diritto concorsuale, evidenzia come, in realtà, è nella decisione in ordine "a chi" ed "in che modo" deve essere ripartita la massa attiva che si situa il punto nevralgico di questa branca del diritto (e cfr., tra gli altri, WARREN, *Bankruptcy Policy*, in 54 U. Chi. L. Rev., 1987, 775 ss.; KOROBKIN, *Rehabilitating Values. A Jurisprudence of Bankruptcy*, in 91 Colum. L. Rev., 1991, 717 ss.; CARLSON, *Postpetition Interest under the Bankruptcy Code*, in 43 U. Miami L. Rev., 1989, 577 ss. e, soprattutto, ID., *Philosophy in Bankruptcy*, in 85 Mich. L. Rev., 1987, 1341 ss.).

concorrenti²⁹⁷.

Tale operazione ermeneutica, di per sé non particolarmente agevole, risulta ulteriormente complicata da ciò, che la L. n. 3/2012 sembra dare per scontato che il referente passivo della procedura di liquidazione sia il c.d. debitore civile, ossia il non imprenditore, in tal modo collocandosi agli antipodi, se così può dirsi, delle discipline che, come si è detto, contengono le regole ed i principi che dovrebbero colmarne le molte lacune.

3. Presupposti o condizioni di ammissibilità alla procedura. Rapporti con le procedure concorsuali “tradizionali”.

L’analisi della disciplina deve ovviamente prendere le mosse dai presupposti della procedura, precisando che gli stessi coincidono con quelli dettati per l’accordo (al quale, peraltro, può accedere anche il consumatore).

A. Il debitore, innanzi tutto, non deve essere assoggettabile «a procedure concorsuali diverse da quelle regolate» dalla L. n. 3/2012 (artt. 6, comma 1 e 7, comma 2). Quindi, deve trattarsi di soggetto diverso dagli imprenditori commerciali di non piccole dimensioni (o, se si preferisce, non “piccoli”), non importa poi se imprenditore o non imprenditore, se persona fisica o ente²⁹⁸.

Il criterio adottato dalla legge – della definizione in negativo dei soggetti ammessi ai procedimenti in questione – ha fatto e tuttora può far sorgere qualche dubbio. In particolare, in relazione alla versione originaria della legge dubbi si erano posti con riferimento, da un lato, ai soci illimitatamente responsabili, in considerazione del disposto dell’art. 147 legge fallim., e, dall’altro, agli imprenditori agricoli, in considerazione dell’estensione ai medesimi della possibilità di “accedere” agli accordi di ristrutturazione ed alla transazione fiscale (disposta dall’art. 23, comma 43, d.l. n. 98/2011, conv. dalla L. n. 111/2011).

Per quanto concerne i primi, la soluzione sembra dover essere nel senso della loro legittimazione ad accedere alla procedura di liquidazione (destinata a riguardare ovviamente tutti i loro creditori, siano essi personali o sociali), dal momento che essi non possono fallire in via autonoma (ma solo in estensione per effetto del fallimento della società), così come non possono essere ammessi in proprio al concordato preventivo.

Per quanto concerne i secondi, è intervenuto lo stesso d.l. n. 179, il quale ha inserito nell’art. 7 della legge un comma 2-bis, per il quale «l’imprenditore agricolo in stato di sovraindebitamento

297 Per una sintetica ma efficace definizione di interesse concorsuale – inteso come «l’interesse che accomuna tutti i creditori, presi nel loro insieme, nella procedura» – come interesse al «massimo possibile soddisfacimento» dei creditori concorrenti, cfr. NIGRO A., La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali, in Trattato di dir. priv., a cura di Bessone, XXV, Torino, 2012, 262. L’ufficio concorsuale dovrebbe dunque operare non privilegiando l’uno o l’altro degli interessi particolari che possono trovare cittadinanza all’interno della massa dei creditori, bensì come se il creditore da soddisfare fosse unico. Detto in altri termini, l’ufficio concorsuale dovrebbe disinteressarsi del modo in cui, in concreto, il risultato della gestione del patrimonio responsabile verrà distribuito tra gli aventi diritto (ciò dipendendo dalle scelte – motivate da ragioni politiche, economiche e sociali – effettuate dagli ordinamenti nella costruzione del sistema di graduazione dei crediti) e concentrarsi, viceversa, sull’obiettivo della massimizzazione del valore del patrimonio liquidabile.

298 Sul punto cfr. altresì PACCHI S., Il sovraindebitamento. Il regime italiano, in Riv. dir. comm., 2012, I, 665 ss. Di diverso avviso MACARIO, Finalità e definizioni, in DI MARZIO-MACARIO-TERRANOVA, La “nuova” composizione, cit., 17, secondo il quale sarebbero assoggettabili alle procedure di cui alla l. n. 3/2012, «anche gli imprenditori individuali che, pur essendo in astratto assoggettabili alle procedure concorsuali, intendano proporre un accordo ai creditori “personali” (ossia il cui credito non derivi dall’esercizio dell’attività commerciale svolta del debitore)».

può proporre ai creditori un accordo di composizione della crisi secondo le disposizioni della presente sezione»; ed identica soluzione deve ritenersi valere, pur in difetto di una norma espressa, in ordine all'assoggettabilità degli imprenditori agricoli alla procedura di liquidazione del patrimonio²⁹⁹.

E' il caso di aggiungere che lo stesso d.l. n. 179 del 2012 ha contribuito ad arricchire la platea dei destinatari della normativa che stiamo esaminando: nel disciplinare la c.d. impresa start up innovativa (artt. 25 ss.), ha infatti stabilito, all'art. 31, che tale impresa «non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II (la procedura di liquidazione del patrimonio) della legge 27 gennaio 2012, n. 3», limitatamente, peraltro, ai primi quattro anni dalla costituzione della società (una previsione, quest'ultima, che non risulta avere precedenti nel nostro ordinamento)³⁰⁰.

Oltre ad avere i requisiti soggettivi appena indicati il debitore, ai sensi dell'art. 7, comma 2, lett. b), non deve aver fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui stiamo parlando.

B. La procedura di liquidazione mira a porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento, le quali, per espressa previsione della legge [art. 6, comma 2, lett. b)], sussistono:

- o quando vi sia «un perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni»;

- o quando vi sia «la definitiva incapacità di adempierle [le obbligazioni] regolarmente».

Quest'ultima previsione ricalca sostanzialmente la definizione di insolvenza contenuta nell'art. 5, comma 2, legge fallim.: quindi non pone, in sé, particolari problemi ricostruttivi. Qualche approfondimento richiede, invece, l'altra previsione.

Nella formulazione originaria dell'art. 6, comma 2, si menzionava soltanto la «situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte»: doveva quindi ritenersi che integrasse il presupposto oggettivo la situazione strutturale di deficit (che corrisponde poi, nel nostro sistema, alla insolvenza c.d. civile)³⁰¹. Oggi, dopo

299 Nello stesso senso DONZELLI, Il procedimento di liquidazione del patrimonio. La fase di apertura e la fase di accertamento del passivo, in DI MARZIO-MACARIO-TERRANOVA, La "nuova" composizione, cit., 69.

300 L'esenzione dalle "tradizionali" procedure concorsuali è giustificata, nella relazione al decreto, con l'esigenza di contrarre i tempi della liquidazione giudiziale della start up in crisi, utilizzando un procedimento semplificato rispetto a quelli previsti dalla legge fallimentare e tale da non precludere il fresh start dell'imprenditore: con il che, peraltro, si è trascurato di considerare, da un lato, che il procedimento di liquidazione previsto dalla l. n. 3/2012 ha obbligatoriamente una durata minima di quattro anni e, dall'altro, che l'esdebitazione, all'esito di tale procedimento, è possibile solo per il debitore persona fisica, mentre le start up innovative sono necessariamente società di capitali o cooperative.

301 Su questi concetti v. altresì TERRANOVA, Insolvenza, Stato di crisi, Sovraindebitamento, Torino, 2013, 100 ss. L'A., peraltro, confrontando il criterio adottato dal legislatore del 2012 con la nozione di Überschuldung (di cui al § 19 InsO), afferma che in Italia il «concetto di sovraindebitamento viene utilizzato in procedure che possono essere aperte solo ad istanza di un debitore "persona fisica", che non eserciti un'attività economica di un qualche rilievo»: in verità, come si è visto in precedenza, alle procedure di composizione o di soluzione della crisi da sovraindebitamento possono accedere tutti i soggetti, anche non persone fisiche, che non rientrano nel campo di applicazione delle procedure concorsuali tradizionali.

Il che, poi, impone di verificare quali effetti determina, sull'organizzazione e sul contratto sociale, l'apertura della liquidazione del patrimonio del debitore-società. Con riferimento alla sorte del contratto di società, è dubbio se l'apertura della procedura costituisca o meno una causa di scioglimento: il dubbio, in verità, si pone per le società di persone, le sole rispetto alle quali potrebbe in effetti entrare in giuoco l'applicazione in via analogica della norma (art. 2308 c.c.) che ricollega tale effetto alla dichiarazione di fallimento della società. Con riferimento all'organizzazione, sembra invece indubbio che l'apertura della procedura non determini alcuna cessazione degli organi societari, che neppure entrano – come invece a volte, impropriamente, si dice con riferimento agli organi delle società fallite – in stato

l'intervento dell'ottobre 2012, il solo deficit non è sufficiente, occorrendo che esso abbia determinato «la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni»: formulazione che riecheggia quella che definiva il presupposto oggettivo della amministrazione controllata (ossia, la «temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni») e che, pertanto, sembrerebbe da interpretare – in conformità con la lettura a suo tempo dominante – come riferentesi sempre ad una situazione di insolvenza “dinamica”, ma caratterizzata dalla temporaneità³⁰².

C. In quanto applicabili solo a soggetti non sottoponibili alle procedure concorsuali “tradizionali”, i procedimenti (o procedure) disciplinati dalla L. n. 3/2012 – e, in particolare, la liquidazione del patrimonio – si pongono in una posizione di rigida alterità rispetto a quelle. Sembrano chiari, a questo punto, gli effetti (per certi versi dirompenti) che la loro introduzione determina sul piano sistematico generale. Con essa il sistema italiano ha cessato di appartenere al novero dei modelli dualistici puri³⁰³ ed è divenuto – sulla scia di altri ordinamenti – un modello dualistico misto, connotato dalla compresenza di due sottosistemi nettamente diversi, ma rigorosamente complementari: il sottosistema delle procedure concorsuali tradizionali, che ha come referente soggettivo l'area, in sé compatta, degli imprenditori commerciali di non piccole dimensioni e il sottosistema dei procedimenti di composizione o soluzione del sovraindebitamento, che ha come referente soggettivo l'area di tutti i soggetti diversi dagli imprenditori commerciali di non piccole dimensioni; un'area, quest'ultima, composita e frastagliata, che va dal consumatore al piccolo imprenditore, dall'imprenditore agricolo al professionista intellettuale, dalle persone fisiche alle società, associazioni, fondazioni, ecc.³⁰⁴.

4. L'apertura della procedura. Domanda e conversione.

All'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio del debitore può giungersi attraverso due percorsi alternativi: il primo, definibile fisiologico, che parte dalla domanda di liquidazione presentata dal debitore ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1 e che culmina con il decreto di apertura ex art. 14-quinquies; il secondo, definibile invece patologico, che approda al decreto di apertura per mezzo della conversione di un accordo o di un piano del consumatore non andati a buon fine. Ma procediamo con ordine, iniziando dall'ipotesi in precedenza definita fisiologica.

A. a) La domanda di liquidazione dei beni può essere presentata – in alternativa alla proposta

di quiescenza: gli stessi continuano infatti ad operare normalmente, compatibilmente, peraltro, con il concorso in atto sul patrimonio della società (e, dunque, con i poteri che la legge assegna al liquidatore).

Infine, sembra certo che l'apertura della liquidazione della società con soci illimitatamente responsabili non determini l'estensione automatica della procedura a questi ultimi, attesa la natura sicuramente eccezionale della disposizione contenuta nell'art. 147 legge fallim.

302 E' vero che la disposizione non fa alcun riferimento a tale connotato: ma esso potrebbe ritenersi implicito, in contrapposizione al connotato di definitività che invece deve, per espressa previsione della legge, contraddistinguere l'altra situazione idonea a fornire il presupposto oggettivo del procedimento in questione.

303 Su questo specifico aspetto sia consentito il rinvio a NIGRO A.-VATTERMOLI, Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, II ed., Bologna, 2012, 24 ss.

304 Sotto questo aspetto, la nuova normativa si espone ad un rilievo di vertice. Vale a dire che, una volta deciso sia di abbandonare il modello dualistico puro, sia di introdurre procedimenti di composizione concordata e di liquidazione largamente analoghi alle procedure concorsuali tradizionali ed affidate anch'esse all'autorità giudiziaria ordinaria (con abbandono totale, allora, della logica deflattiva che aveva ispirato la riforma del 2005-2007), sarebbe stato il caso di ripensare a fondo l'intero assetto complessivo degli strumenti di soluzione delle crisi, riprendendo in considerazione il modello monistico, magari con l'articolazione di procedimenti o subprocedimenti specifici per particolari figure di debitori. Questo avrebbe consentito di porre finalmente termine a distinzioni divenute ormai prive di senso e palesemente incostituzionali, su tutte quella fra imprese commerciali e imprese agricole.

per la composizione della crisi – dal debitore che si trova in stato di sovraindebitamento, che non sia assoggettabile a procedure concorsuali diverse da quelle disciplinate dalla L. n. 3/2012 e che non abbia già fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento o di liquidazione del patrimonio (art. 14-ter, comma 1).

Come si è già avuto modo di anticipare, la procedura di liquidazione è, dunque, “volontaria”, nel senso che per l’apertura della stessa è prevista la legittimazione esclusiva del debitore³⁰⁵. Peraltro, il fatto che il debitore non possa accedere alla liquidazione del patrimonio se già sottoposto, nei cinque anni precedenti, ad una procedura concorsuale disciplinata dalla L. n. 3/2012, conferma l’impressione – formulata nei paragrafi precedenti – che la nostra procedura sia riguardata dalla legge come un beneficio da riservare al debitore “onesto, ma sfortunato” (e tale non sarebbe, appunto, il sovraindebitato “recidivo”).

La correttezza di tale impressione – ed anche questo si diceva – deve essere però attentamente verificata: non soltanto, infatti, il debitore non guadagna nulla dal passaggio dall’esecuzione individuale a quella collettiva sul suo patrimonio (anzi, considerato il carattere universale della procedura, essa ridonda senz’altro a suo svantaggio), ma anche l’unico ed eventuale “premio” associabile alla liquidazione, ossia l’esdebitazione, sarebbe, nella specie, escluso dalla condizione ostativa ex art. 14-terdecies, comma 1, lett. c)³⁰⁶.

b) La domanda deve essere depositata nel tribunale del luogo di residenza o della sede principale del debitore, unitamente ai documenti ex art. 9, commi 2 e 3 (art. 14-ter, comma 2). A corredo della domanda debbono essere allegati, inoltre, l’inventario di tutti i beni del debitore – recante specifiche indicazioni sul possesso di ciascuno dei beni immobili e dei beni mobili – ed una relazione particolareggiata dell’organismo di composizione della crisi³⁰⁷, dalla quale dovrebbe emergere, tra l’altro ed in sintesi, la più volte menzionata “meritevolezza” del debitore.

Con riferimento al contenuto della relazione dell’organismo di composizione della crisi una precisazione s’impone. Le parti della relazione che attengono alla meritevolezza del debitore non rilevano, in realtà, ai fini dell’ammissione alla procedura – nessuna conseguenza sembrerebbe infatti poter trarre il giudice, in sede di apertura, dall’eventuale “giudizio” negativo, anche implicitamente espresso dall’organo di composizione della crisi, in merito, ad esempio, alla diligenza impiegata dal debitore nell’assumere volontariamente le obbligazioni che lo hanno condotto al sovraindebitamento –, ma soltanto al fine dell’eventuale esdebitazione; non è un caso, d’altronde, che in esse si faccia espresso riferimento al debitore-persona fisica (l’unico che, come già anticipato, può godere del c.d. fresh start).

305 Sul punto va aggiunto che nel panorama delle procedure concorsuali non concordatarie, soltanto l’amministrazione straordinaria “speciale” prevede la legittimazione esclusiva del debitore, con la differenza, però, che mentre in quel caso nulla impedisce ai creditori di instare per l’apertura dell’amministrazione straordinaria “comune”, in questo, in alternativa alla procedura di liquidazione, non v’è – per ipotesi data – nessun’altra procedura concorsuale, ma solo, eventualmente, un fascio di esecuzioni singolari sul patrimonio del debitore. Ciò che, sul piano dell’opportunità, rende difficilmente spiegabile la scelta sul punto operata dal legislatore.

306 Sulla quale si tornerà infra, § 8.

307 Ai sensi dell’art. 14-ter, comma 3, la relazione – della cui richiesta da parte del debitore l’organismo di composizione della crisi deve, entro tre giorni, informare l’agente di riscossione e gli uffici fiscali competenti (art. 14-ter, comma 4) – deve contenere: «a) l’indicazione delle cause dell’indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore persona fisica nell’assumere volontariamente le obbligazioni; b) l’esposizione delle ragioni dell’incapacità del debitore persona fisica di adempiere le obbligazioni assunte; c) il resoconto sulla solvibilità del debitore persona fisica negli ultimi cinque anni; d) l’indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori; e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda».

c) Possono, viceversa, portare al rifiuto di ammissione alla procedura sia l'esistenza di atti in frode ai creditori (art. 14-quinquies, comma 1) sia l'incompletezza e la non attendibilità della documentazione depositata, qualora da essa non sia possibile ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale del debitore (art. 14-ter, comma 5). Formulazione, quest'ultima, che richiama alla mente l'obbligo di deposito delle scritture contabili regolarmente tenute, al cui rispetto era subordinata l'ammissione del debitore al "beneficio" dell'ormai abrogata amministrazione controllata o del concordato preventivo, nella versione ante riforma³⁰⁸.

d) La semplice presentazione della domanda di accesso alla liquidazione del patrimonio produce l'effetto della sospensione, ai soli effetti del concorso, del corso degli interessi, sia legali sia convenzionali, sui crediti diversi da quelli assistiti da cause legittime di prelazione (art. 14-ter, comma 7), replicandosi così la regola, propria della procedura fallimentare (ma in realtà applicabile, in virtù di rinvii espressi, anche in tutte le altre procedure concorsuali), desumibile dal combinato disposto degli artt. 54, comma 3 e 55, comma 1 legge fallim.

e) Verificata la sussistenza dei presupposti, soggettivo ed oggettivo, per l'ammissione alla procedura, la completezza dei documenti depositati e l'assenza di atti in frode ai creditori compiuti negli ultimi cinque anni, il giudice dichiara, con decreto, aperta la procedura di liquidazione del patrimonio del debitore; in caso contrario, e sempre con decreto, respinge l'istanza.

f) Al subprocedimento che porta all'apertura della liquidazione si applicano, nei limiti della compatibilità, le disposizioni sui procedimenti in camera di consiglio (artt. 737 ss. c.p.c.). Avverso il decreto del giudice monocratico può essere proposto reclamo al tribunale in composizione collegiale e del collegio non può far parte il giudice che tali decreti ha pronunciato (art. 14-quinquies, comma 1, che rinvia all'art. 10, comma 6)³⁰⁹.

B. Come anticipato, esiste però anche un altro percorso – alternativo e, per certi versi, antitetico a quello sin qui tratteggiato – per giungere all'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio del debitore: il percorso, più in particolare, che passa per la conversione di una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento non andata a buon fine (art. 14-quater)³¹⁰.

Prima di analizzare le condizioni al ricorrere delle quali scatta la conversione, va ricordato che nel nostro ordinamento con tale espressione deve intendersi la sostituzione di una procedura ad un'altra, senza soluzione di continuità e con salvezza degli atti già compiuti e degli effetti già prodotti, la nuova procedura innestandosi su quella originaria, di cui viene a costituire, quindi, prosecuzione o sviluppo³¹¹. Sempre su un piano generale, inoltre, va ricordato che l'istituto non è affatto nuovo nel panorama del diritto concorsuale domestico, essendo la conversione delle procedure espressamente contemplata nell'ambito sia dell'amministrazione straordinaria "comune" (artt. 11, 35, 69, 70, 77, 84 e 87 D. Lgs. n. 270/1999), sia della l.c.a. delle società fiduciarie (art. 3 L n. 430/1986) e sia della disciplina della crisi dei gruppi bancari (artt. 100 e 101 TUB) ed assicurativi (artt. 277 e 278 cod. ass.).

308 In argomento va altresì aggiunto che se il debitore, al fine di ottenere l'accesso alla procedura di liquidazione, «produce documentazione contraffatta o alterata, ovvero sottrae, occulta o distrugge, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile», è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, «con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro» [art. 16, comma 1, lett. b)].

309 Sul punto cfr., per tutti, DONZELLI, Il procedimento di liquidazione del patrimonio, cit., 72.

310 Sul tema specifico cfr. AMATORE, La conversione, cit., passim.

311 Sul punto cfr., per tutti, NIGRO A., La disciplina, cit., 282.

Sul punto va infine aggiunto che delle ipotesi testé menzionate, quelle che più hanno in comune con la conversione ex art. 14-quater sono senz'altro quelle previste nel D. Lgs. n. 270/1999, in quanto riguardate dalla legge come un esito naturale, seppure "patologico", della procedura originaria – le altre, in cambio, essendo effetto di un mutamento di status del soggetto passivo derivante da circostanze esterne alla procedura –, ma con una importante differenza, data da ciò, che la conversione disciplinata dal D. Lgs. n. 270/1999 è una misura che il tribunale può adottare sempre d'ufficio (e quasi sempre anche su impulso dell'organo tecnico della procedura), mentre nel caso che qui ne occupa, la stessa può essere dichiarata solo su istanza del debitore o dei creditori³¹².

Ciò posto, le ipotesi al verificarsi delle quali si può passare da un accordo alla liquidazione del patrimonio del debitore sono:

- la cessazione di diritto degli effetti (che la stessa legge qualifica, altresì, come revoca) dell'accordo in virtù o di inadempimenti "qualificati", nei confronti delle amministrazioni pubbliche e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, oppure del compimento, durante la procedura, di atti in frode ai creditori (art. 11, comma 5);

- l'annullamento dell'accordo, ex art. 14, comma 1;

- la risoluzione dell'accordo, ex art. 14, comma 2.

Tali ipotesi sono esattamente le stesse che consentono la conversione in liquidazione del piano del consumatore, ossia: la cessazione di diritto degli effetti (art. 14-bis, comma 1, che richiama l'art. 11, comma 5), l'annullamento [art. 14-bis, comma 2, lett. a)] e la risoluzione del piano [art. 14-bis, comma 2, lett. b)].

Osservando le cause che possono condurre alla conversione della procedura di composizione della crisi in liquidazione del patrimonio del debitore ci si avvede immediatamente delle contraddizioni in cui è incorso il legislatore della riforma; contraddizioni che, ovviamente, non possono non tradursi in un'incoerenza di fondo dell'intera procedura.

Ed invero. Per un verso, lo si è visto, la liquidazione viene riguardata dal legislatore come un beneficio, ciò che giustifica non solo le condizioni poste alla sua apertura³¹³, ma anche la stessa legittimazione esclusiva del debitore; da altro verso, però, per l'accesso alla procedura attraverso l'istituto della conversione si richiede che la risoluzione dell'accordo (o del piano) sia determinata da cause imputabili al debitore, in tal modo attribuendo alla procedura de qua un connotato (lato

312 Diversamente da quanto risulta, invece, dalla Relazione di accompagnamento all'art. 18 d.l. n. 179/2012, nella quale si parla di conversione "d'ufficio" della procedura di composizione in procedura di liquidazione dei beni. Anche DI MARZIO, Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento, in DI MARZIO-MACARIO-TERRANOVA, La "nuova" composizione, cit., 14, parla di «procedura di liquidazione aperta d'ufficio in seguito alla conversione della procedura di composizione» e, nello stesso senso, seppure con specifico riferimento alle sole ipotesi di conversione previste dalla seconda parte della norma (dove si stabilisce «la conversione è altresì disposta»), AMATORE, La conversione, cit., 4-5. Tale ultima interpretazione, che trae spunto dalla formulazione letterale della norma, non sembra convincente, né sul piano testuale (la divisione della norma in due periodi legati dall'avverbio aggiuntivo "altresì" potrebbe invero essere determinato dal fatto di voler escludere dalle ipotesi di conversione la risoluzione incolpevole), né, soprattutto, su quello logico, non scorgendosi valide ragioni per ammettere la conversione d'ufficio, in caso di comportamento colpevole del debitore, e la conversione su istanza di parte, in ipotesi di annullamento dell'accordo (o del piano), che, all'evidenza, presuppone il dolo (o la colpa grave) del debitore.

313 Come, ad esempio, l'obbligo di deposito della documentazione contabile che consenta di ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale del debitore; oppure, l'inesistenza di atti in frode ai creditori ed il mancato assoggettamento del debitore ad altra procedura di composizione o di soluzione della crisi da sovraindebitamento, nei cinque anni precedenti la presentazione dell'istanza.

sensu) sanzionatorio. Con la conseguenza, paradossale, che se fosse realmente premiale l'assoggettamento alla liquidazione del patrimonio, per il debitore sarebbe più conveniente una risoluzione dell'accordo (o del piano) con colpa, rispetto all'alternativa "incolpevole" che non consente il passaggio dall'una all'altra procedura.

5. L'ufficio concorsuale.

Come ogni procedura concorsuale, anche la liquidazione del patrimonio presenta un particolare centro di competenza che (nel caso di specie) si sostituisce al debitore nella gestione del suo patrimonio e che, come detto in precedenza, deve operare perseguendo l'interesse di cui è portatrice la massa dei creditori, unitariamente considerata. Le componenti di questo apparato sono tre: il giudice che ha dato avvio al procedimento; il liquidatore e l'organismo di composizione della crisi. A queste tre componenti – similmente, di nuovo, a quanto è dato riscontrare nelle altre procedure concorsuali tradizionali – corrispondono tre funzioni essenziali: quella di direzione e di controllo; quella gestoria; quella consultiva.

A. L'autorità giudiziaria alla quale è affidata la direzione ed il controllo della procedura è il giudice che apre la liquidazione. A differenza di quanto è dato riscontrare nel fallimento, per un verso, non è previsto lo sdoppiamento (tribunale fallimentare/giudice delegato) delle funzioni complessivamente assegnate a questa componente dell'ufficio concorsuale; e, per altro verso, al giudice non risultano attribuite specifiche funzioni "esterne" alla procedura (non opera, detto in altri termini, la *vis attractiva concursus*, di cui all'art. 24 legge fallim.).

Le funzioni "interne" alla procedura vengono svolte dal giudice attraverso l'esercizio, in primis, del potere di nomina del liquidatore (art. 14-quinquies, comma 2, lett. a). In virtù dei principi generali, deve poi ritenersi che il giudice, pur in assenza di una norma ad hoc, possa in ogni tempo revocare o sostituire, con provvedimento motivato, il liquidatore, nonché sentire in camera di consiglio quest'ultimo ed il debitore.

Dubbio è se al giudice spetti un generale potere di controllo sugli atti compiuti dal liquidatore, come a chi scrive parrebbe opportuno. In realtà, gli unici momenti in cui la legge prevede il controllo del giudice sull'operato di quest'ultimo attengono alle operazioni di liquidazione in senso stretto (art. 14-novies, comma 2 e 3): non è replicata, cioè, la regola sulla generale reclamabilità degli atti del curatore che ritroviamo nell'art. 36 legge fallim.³¹⁴.

Il giudice procede, poi, alla definitiva formazione dello stato passivo, qualora vi siano contestazioni al progetto di stato passivo predisposto dal liquidatore, che lo stesso liquidatore non ritiene fondate (art. 14-octies, comma 4).

B. a) L'organo tecnico della procedura è il liquidatore, nominato dal giudice con lo stesso decreto che apre formalmente la liquidazione e che deve possedere i medesimi requisiti richiesti dalla legge per ricoprire il ruolo di curatore fallimentare [art. 14-quinquies, comma 2, lett. a)]. In verità, il liquidatore è nominato con il decreto di apertura, precisa la disposizione da ultimo richiamata, solo «ove non sia stato nominato ai sensi dell'art. 13, comma 1»; ipotesi, questa, che sembrerebbe potersi verificare solo qualora la procedura di composizione della crisi, nella quale si

314 E' sicuro, invece, che tra il giudice ed il liquidatore non corra alcun rapporto di subordinazione gerarchica, non potendo il primo impartire ordini al secondo, né sostituirsi a quest'ultimo nell'esercizio delle funzioni che la legge gli assegna, né, infine, annullare di propria iniziativa gli atti del secondo.

sia resa necessaria la nomina del liquidatore³¹⁵, sia stata successivamente convertita, ex art. 14-quater, in liquidazione del patrimonio.

Sul punto, va altresì aggiunto che con il decreto di apertura ex art. 14-quinquies, comma 2, il giudice può stabilire che le funzioni del liquidatore siano svolte dall'organismo di composizione della crisi (art. 15, comma 8), rendendo così eventuale la nomina di tale organo.

b) Non è replicata la disposizione contenuta nell'art. 29, comma 1 legge fallim., sicché deve ritenersi inapplicabile, ai fini dell'accettazione della carica, il termine di due giorni ivi contenuto. Sembra indubbio, peraltro, che l'accettazione – da considerarsi validamente manifestata anche se tacitamente – sia comunque necessaria ai fini dell'efficacia della nomina, soltanto da quel momento sorgendo, per il liquidatore, poteri ed obblighi.

c) Nulla è stabilito con riferimento alle possibili cause di cessazione dall'ufficio di liquidatore, da rinvenire, comunque, nella morte, nelle dimissioni e nella revoca.

Per quel che concerne le dimissioni, debbono ritenersi applicabili, al pari di quanto avviene per il curatore, i principi generali che governano l'impiego pubblico, con la conseguenza che per determinare la cessazione del rapporto non è sufficiente la volontà manifestata dal liquidatore, occorrendo altresì il provvedimento del giudice di accoglimento delle dimissioni.

Come anticipato, sembra poi corretto ritenere che il giudice che ha provveduto alla nomina possa in ogni tempo revocare, per giusta causa e con decreto motivato, il liquidatore.

d) Tra le funzioni che la legge attribuisce al liquidatore la più importante è senz'altro quella inerente all'amministrazione del patrimonio del debitore (art. 14-novies, comma 2), in essa rientrando non soltanto le attività volte alla conversione in danaro (ossia liquidazione in senso stretto) dei beni e quelle ad esse strettamente connesse, ma anche quelle volte alla conservazione, alla gestione, alla ricostruzione ed alla distribuzione di tale patrimonio³¹⁶.

Nella legge non viene introdotto alcun regime particolare per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, dovendosi dunque ritenere che il liquidatore possa liberamente compierli, senza necessità di ottenere la preventiva autorizzazione da parte del giudice. La legge tace, inoltre, in ordine ai possibili rimedi contro gli atti di (ordinaria o straordinaria) amministrazione posti in essere dal liquidatore: sul punto, peraltro, sembra corretto ritenere che una qualche forma di

315 Ai sensi dell'art. 7, comma 1, il piano che accompagna la proposta di accordo può, tra l'altro, prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore – che dovrà essere un professionista dotato dei requisiti per la nomina a curatore previsti dall'art. 28 legge fallim. e che dovrà essere nominato dal giudice – per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori. Inoltre, ai sensi dell'art. 13 l'organismo di composizione della crisi propone al giudice la nomina di un liquidatore (non solo, appunto, quando lo prevede il piano, ma anche) se necessaria in relazione all'utilizzazione, per il soddisfacimento dei creditori, di beni sottoposto a pignoramento.

316 Così, competono al liquidatore:

- la vendita dei beni che compongono il patrimonio di liquidazione e la cessione e l'incasso dei crediti del debitore (art. 14-novies, comma 2);
- l'esercizio di ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio da liquidare e comunque correlata con lo svolgimento dell'attività di amministrazione, nonché l'esercizio delle azioni volte al recupero dei crediti compresi nella liquidazione (art. 14-decies), senza necessità di ottenere la preventiva autorizzazione da parte del giudice;
- l'esecuzione del decreto di apertura con il quale si ordina la consegna o il rilascio dei beni facenti parte del patrimonio di liquidazione [art. 14-quinquies, comma 2, lett. e)];
- la redazione dell'inventario (art. 14-sexies);
- l'elaborazione del programma di liquidazione (art. 14-novies, comma 3);
- la ripartizione dell'attivo tra gli aventi diritto, pur se non detto espressamente (sul punto v. infra, § 7).

controllo del giudice su tali atti – siano essi commissivi od omissivi – debba poter essere attivata dagli interessati, magari utilizzando il “solito” procedimento in camera di consiglio disciplinato dagli artt. 737 ss., c.p.c. (e con la consueta possibilità di proporre reclamo al tribunale contro il provvedimento del giudice).

Al liquidatore, inoltre, la legge assegna funzioni definibili “processuali”, quali, in particolare, quelle relative alla fase di accertamento dei crediti da soddisfare all’interno della procedura³¹⁷.

Allo stesso, infine, spettano anche funzioni (lato sensu) organizzative della procedura³¹⁸.

e) Nulla viene stabilito con riferimento alla responsabilità del liquidatore. Nei confronti della procedura, sembra corretto ritenere che la responsabilità del liquidatore abbia natura contrattuale, traendo la sua fonte dal rapporto scaturente dalla nomina, che è, appunto, un rapporto contrattuale; sembra altresì corretto ritenere che la diligenza richiesta al liquidatore nell’espletamento dei suoi compiti non sia quella media del buon padre di famiglia, bensì quella specifica imposta dalla natura dell’incarico (ciò che, del resto, giustifica i requisiti professionali richiesti per ricoprire l’ufficio). Per l’azionabilità di tale responsabilità durante il corso della procedura non sembra necessario revocare preventivamente il liquidatore (come invece previsto per il curatore, ex art. 38, comma 2 legge fallim.), ben potendo il giudice nominare un curatore speciale, al quale affidare, appunto, l’esercizio dell’azione di responsabilità.

Sempre in tema di responsabilità risarcitoria del liquidatore è poi indubbio che, secondo i principi generali, l’organo risponda (non soltanto nei confronti della procedura, ma anche) direttamente nei confronti del debitore, dei creditori o di terzi per i danni eventualmente ad essi cagionati nell’esercizio delle sue funzioni.

f) Nella legge non viene menzionato il rendiconto. Eppure, sembra corretto ritenere che l’obbligo di rendicontazione gravi anche sul liquidatore, tale obbligo discendendo automaticamente dall’attività di amministrazione della massa attiva concorsuale. Sul punto, non sembrano sussistere ragioni per discostarsi dalla disciplina dettata dalla legge fallimentare per il curatore (ma anche per il commissario liquidatore), almeno per quel che concerne il momento della presentazione ed il contenuto del rendiconto; più difficile, invece, immaginare di applicare in via analogica la disciplina, ex art. 116 legge fallim., in tema di procedimento di rendiconto. A tal fine, sembra invece utilizzabile il procedimento, disciplinato dalla stessa L. n. 3/2012, per la presentazione del programma di liquidazione.

g) La legge, infine, serba il più assoluto silenzio in relazione al compenso del liquidatore. L’unico riferimento normativo, sul punto, è quello offerto dal già ricordato art. 15, comma 9, che però stabilisce il compenso da riconoscere al professionista (o alla società tra professionisti) o al notaio – nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato –, nell’ipotesi in cui siano questi ultimi a svolgere le funzioni ed i compiti che nella procedura di liquidazione sono assegnati all’organismo di composizione della crisi, commisurandolo a quello del curatore, ridotto del quaranta per cento. Tale criterio, quindi, è di diretta applicazione ai fini del calcolo del compenso

317 Sul punto v. più diffusamente infra, § 7.

318 In particolare, egli deve:

- procedere, su ordine del giudice, alla trascrizione del decreto di apertura sui registri dei beni immobili e dei mobili registrati eventualmente compresi nel patrimonio di liquidazione [art. 14-quinquies, comma 2, lett. d)];
- verificare l’esattezza dell’elenco dei creditori e l’attendibilità della documentazione ex art. 9, commi 2 e 3 (art. 14-sexies);
- comunicare l’avviso ai creditori ai fini della presentazione della domanda di ammissione al passivo (art. 14-sexies).

del liquidatore solo qualora il giudice, nel decreto di apertura, abbia affidato le funzioni di liquidatore all'organismo di composizione della crisi (ex art. 15, comma 8) e, dunque, per ipotesi data, al professionista o al notaio.

C. L'ultima componente (quella consultiva) dell'apparato da considerare è l'organismo di composizione della crisi.

a) Questi organismi – stabilisce l'art. 15 – possono essere costituiti, con adeguate garanzie di indipendenza e professionalità, da enti pubblici, devono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia e non debbono gravare in alcun modo sulla finanza pubblica³¹⁹.

Ai sensi dell'art. 15, comma 9, i compiti e le funzioni attribuiti agli organismi possono essere anche svolti da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 legge fallim. o da un notaio, nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato ed il cui compenso, fino all'entrata in vigore del regolamento ministeriale di cui si è detto prima, è da determinare, quanto alle attività svolte nell'ambito della procedura di liquidazione, secondo i parametri previsti per i curatori fallimentari, ridotti del quaranta per cento.

b) L'intervento degli organismi è necessario, nel senso che non si può accedere al procedimento di liquidazione se non con l'assistenza, fin da subito, di un organismo. Nella versione originaria l'espressione usata dall'art. 15, comma 1 [gli organismi «sono deputati, su istanza della parte interessata, (...)»] consentiva di ritenere che la nomina o designazione dell'organismo spettasse al debitore; questa espressione non è stata ripresa dal nuovo testo, ma non sembra che l'omissione porti a dover riconsiderare quella conclusione³²⁰.

c) Passando alle funzioni. Va preliminarmente ricordato che con il decreto di apertura ex art. 14-quinquies, comma 2, il giudice può stabilire che le funzioni del liquidatore siano svolte dall'organismo di composizione della crisi (art. 15, comma 8), nel qual caso a quest'ultimo si applicheranno le norme analizzate in precedenza. Nell'ipotesi appena segnalata, peraltro, sorge il dubbio se le funzioni del liquidatore debbano (possano) essere svolte collegialmente dall'organismo di composizione della crisi oppure se, come a chi scrive sembra più corretto, l'organismo debba designare – in applicazione analogica dell'art. 28, comma 1, lett. b) legge fallim. – il componente responsabile della procedura.

Fuori da questa ipotesi, comunque, le funzioni assegnate dalla legge all'organismo sono alquanto limitate. Le stesse si riducono, per un verso, alla redazione della relazione che il debitore deve depositare con il ricorso per l'accesso alla procedura (art. 14-ter, comma 3) e del cui

319 Compete al Ministro della giustizia, che vi deve provvedere con apposito regolamento, determinare i requisiti di indipendenza e professionalità e le «modalità di iscrizione» nel registro; disciplinare «le condizioni per l'iscrizione» (vale a dire – è da ritenere – fornire anche e proprio le indicazioni, da un lato, su quali enti pubblici possano costituire gli organismi e, dall'altro, sulle caratteristiche strutturali che i medesimi organismi debbono possedere e sulle quali la legge tace completamente), la formazione dell'elenco e la sua revisione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti; determinare i compensi e i rimborsi spese le indennità spettanti agli organismi e a carico dei soggetti che ricorrono alle procedure in oggetto. Ai sensi dell'art. 15, comma 1, sono iscritti di diritto nel registro, su semplice domanda, gli organismi di conciliazione costituiti presso la Camere di commercio, il segretariato sociale ex L. n. 328/2000 e gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai (la disposizione, in quest'ultimo caso, deve essere ovviamente interpretata nel senso che sono iscritti di diritto non gli ordini in quanto tali, ma gli organismi da essi costituiti).

320 L'alternativa sarebbe di ritenere che la designazione spetti al giudice: ma per questa sarebbe stata sicuramente indispensabile una disposizione espressa che invece non c'è.

contenuto si è già trattato nella parte dedicata all'apertura della liquidazione³²¹; e, per altro verso, alla comunicazione con la quale l'organismo dà notizia all'agente della riscossione e agli uffici fiscali dell'avvenuta richiesta, da parte del debitore, della suddetta relazione (art. 14-ter, comma 4)³²².

6. Gli effetti della procedura.

Come le altre procedure concorsuali, anche la liquidazione del patrimonio del debitore è un evento giuridicamente rilevante, un evento, cioè, idoneo a produrre effetti giuridici. Per comodità espositiva sembra opportuno trattare tali effetti raggruppandoli secondo la classificazione definibile tradizionale, ossia quella costruita sulla quadripartizione: debitore, creditori, atti pregiudizievoli ai creditori e contratti pendenti.

A. Iniziando dagli effetti nei confronti del debitore.

a) Si è già avuto modo di osservare come l'apertura della procedura determini automaticamente lo spossessamento, ossia la perdita, da parte del debitore, del potere di disposizione e di amministrazione del patrimonio liquidabile; potere che "passa" al liquidatore. Così come accade nel fallimento, la limitazione dei poteri del debitore risponde unicamente all'esigenza di conservare il patrimonio responsabile ed è doppiamente relativa, nel senso che si estende ai soli beni e rapporti rientranti nel patrimonio liquidabile e dura finché la procedura non è chiusa.

Quanto al primo aspetto, premesso che la titolarità dei beni rimane in capo al debitore (almeno finché non si sia perfezionata, all'interno della procedura, la vendita a favore del terzo), va sottolineato come l'art. 14-quinquies, comma 3 espressamente stabilisca che «Il decreto di cui al comma 2 (ossia, il decreto di apertura) deve intendersi equiparato all'atto di pignoramento», producendosi così quel vincolo sul patrimonio del debitore che consente il passaggio dalla tutela individuale a quella collettiva del credito, tipica delle procedure concorsuali.

Lo spossessamento, inoltre e come anticipato, si estende al solo patrimonio liquidabile del debitore, del quale non fanno parte i beni indicati nell'art. 14-ter, comma 6³²³. La disposizione riprende quasi integralmente il dettato dell'art. 46 legge fallim., rispetto al quale, però, c'è l'aggiunta (superflua) dell'indicazione dei crediti relativamente impignorabili ex art. 545 c.p.c. e manca, all'opposto, quella relativa ai beni e ai diritti di natura strettamente personale (quali, ad esempio, i diritti potestativi), che debbono comunque ritenersi indubbiamente sottratti allo spossessamento.

Nel patrimonio liquidabile rientrano, altresì, ed in attuazione del principio generale posto dall'art. 2470, comma 1 c.c., i beni che pervengono al debitore dopo l'apertura della procedura. Più

321 V. retro, § 4.

322 Inoltre, ai sensi dell'art. 15, comma 7: «L'organismo esegue le pubblicità ed effettua le comunicazioni disposte dal giudice nell'ambito dei procedimenti previsti dalle sezioni prima e seconda del presente capo. Le comunicazioni sono effettuate a mezzo posta elettronica certificata se il relativo indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti e, in ogni altro caso, a mezzo telefax o lettera raccomandata».

323 Ossia: «a) i crediti impignorabili ai sensi dell'articolo 545 del c.p.c.; b) i crediti aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, nei limiti di quanto occorra al mantenimento suo e della sua famiglia indicati dal giudice; c) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto disposto dall'articolo 170 c.c.; d) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge».

in particolare, l'art. 14-undecies dispone che: «I beni sopravvenuti nei quattro anni successivi al deposito della domanda di liquidazione di cui all'art. 14-ter costituiscono oggetto della stessa, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi. Ai fini di cui al periodo precedente il debitore integra l'inventario di cui all'art. 14-ter, comma 3».

La disposizione – che deve essere letta in uno con l'art. 14-quinquies, comma 4³²⁴ – è a dir poco bizzarra. Non si comprende, invero, per quale ragione soltanto i beni futuri entrati nel patrimonio del debitore nei quattro anni seguenti il decreto di apertura siano attratti alla massa attiva, restandone (apparentemente) fuori quelli successivi a tale termine, pur se acquisiti dal debitore in corso di procedura. Si ha la sensazione che l'intenzione del legislatore fosse quella di "estendere" il vincolo dell'esecuzione collettiva sui beni non facenti parte del patrimonio liquidabile al momento dell'apertura della procedura, onde evitare che, per effetto dell'esdebitazione, gli stessi permanessero in capo al debitore³²⁵.

A tal fine, peraltro, sarebbe stato sufficiente stabilire, come in effetti è stato stabilito, per un verso, che la procedura di liquidazione dura minimo quattro anni³²⁶ e, per altro verso, che non si può beneficiare due volte della liberazione dai debiti se non trascorso un certo lasso di tempo tra una esdebitazione e l'altra. Così facendo, invece, si è di fatto raggiunto il risultato opposto a quello desiderato, la norma traducendosi in un limite all'operatività – che in assenza della disposizione de qua sarebbe stata senza dubbio piena – del principio generalissimo in tema di responsabilità patrimoniale del debitore³²⁷.

Con il decreto di apertura, poi, il giudice può autorizzare il debitore ad utilizzare alcuni dei beni oggetto di spossessamento (come, ad esempio e verosimilmente, la casa di abitazione): a tal fine è peraltro necessario che ricorrano gravi e specifiche ragioni (art. 14-quinquies, comma 2, lett. e). Ciò non significa, evidentemente, che tali beni siano sottratti alla massa attiva: significa soltanto che finché non si sia realizzata la vendita endoconcorsuale, a cura del liquidatore, il godimento degli stessi permane in capo al debitore.

Nulla è invece disposto con riferimento agli atti a contenuto patrimoniale ed ai pagamenti eventualmente compiuti dal debitore dopo l'ammissione alla procedura. Anche in tal caso soccorre quello che in precedenza è stato definitivo il diritto oggettivamente concorsuale: il principio di collettivizzazione della tutela del credito impone, invero, di ritenere tali atti relativamente (rispetto, cioè, alla massa dei creditori) inefficaci (arg. ex art. 44 legge fallim.); così come inefficaci debbono ritenersi i pagamenti eventualmente ricevuti dal debitore a procedura aperta e le formalità eseguite dopo l'apertura della procedura per rendere opponibili gli atti ai terzi (arg. ex art. 45 legge fallim.).

324 Sul quale v. infra, §

325 Nella Relazione di accompagnamento all'art. 18 si legge, infatti, che l'intenzione era quella di «evitare l'abusivo accesso alla procedura di liquidazione con conseguente beneficio esdebitatorio».

326 In realtà, sembra che i quattro anni siano visti, al contempo, come la durata minima e quella massima della procedura: solo così, invero, si può giustificare la norma contenuta nell'art. 14-novies, comma 2, in virtù della quale il liquidatore deve cedere i crediti vantati dal debitore, «anche se oggetto di contestazione, dei quali non è probabile l'incasso nei quattro anni successivi al deposito della domanda».

327 Sempre rispetto all'oggetto dello spossessamento, va detto che nel patrimonio liquidabile non rientrano i beni posseduti dal debitore a titolo precario, mentre è dubbio se il liquidatore possa rinunciare ai beni sopravvenuti, o che si trovino già nel patrimonio del debitore al momento dell'apertura della procedura, da considerarsi antieconomici. Sul punto, considerando la funzione ultima da riconoscere alla procedura, sembra corretto ritenere – nonostante l'assenza di una norma analoga a quelle contenute negli artt. 42, comma 3 e 104-ter, comma 7 legge fallim. – che il liquidatore possa legittimamente disinteressarsi di tali beni, rispetto ai quali, quindi, per un verso, il debitore resta titolare dei poteri di amministrazione e disposizione e, per altro verso, i creditori possono esercitare le azioni esecutive individuali.

Tra gli effetti di tipo patrimoniale prodotti dalla procedura nei confronti del debitore può annoverarsi, altresì, quello – indiretto ed eventuale – dell'esdebitazione³²⁸.

b) Lo spossessamento dovrebbe altresì determinare la perdita della legittimazione processuale del debitore nelle controversie – anche in corso – a carattere patrimoniale, relative a beni e rapporti compresi nel patrimonio liquidabile.

Il dato è sufficientemente certo per quel che concerne la legittimazione attiva, attesa l'espressa attribuzione della stessa al liquidatore (ex art. 14-decies); ma lo stesso deve dirsi, pur in assenza di una norma ad hoc, anche rispetto a quella passiva, al debitore subentrando – secondo i principi e le regole che governano le procedure collettive analoghe alla nostra – la procedura e, per essa, il liquidatore³²⁹.

c) Per quel che concerne gli effetti di tipo personale, va detto che la legge non fa discendere dall'apertura della procedura alcuna incapacità in capo al debitore; né sembra possibile applicare a quest'ultimo, in via analogica, le norme che, nel codice civile e nelle leggi speciali, ricollegano alcune incapacità allo status di fallito³³⁰.

d) Per quel che concerne gli aspetti penali, è certo, infine, che al debitore (o agli amministratori dell'ente) ammesso alla procedura di liquidazione non siano applicabili le norme, ex artt. 216 ss. legge fallim., che disciplinano i reati fallimentari.

B. La procedura di liquidazione dei beni è retta non soltanto dal principio di universalità, ma anche da quello della generalità, producendo i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori anteriori al decreto di apertura.

a) Pur se non detto espressamente, l'ammissione alla procedura di liquidazione apre il concorso sostanziale dei creditori sul patrimonio del debitore. Stabilisce, invero, l'art. 14-quinquies, comma 2, lett. b), che il giudice, con il decreto che apre la procedura, «dispone che, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni cautelari o esecutive né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio oggetto di liquidazione da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore».

La norma – a parte l'assurdo riferimento, ripreso dall'art. 10, comma 2, lett. c), a «sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo», provvedimento che nella procedura de qua semplicemente non esiste, l'espressione dovendosi allora interpretare come se dicesse «dal momento dell'apertura della procedura»³³¹ – impedisce ai creditori concorrenti di

328 Su cui v. infra, § 8.

329 Di contrario avviso DONZELLI, Il procedimento di liquidazione del patrimonio, cit., 76, il quale, per un verso, riconosce la legittimazione processuale passiva in capo al debitore e, per altro verso e con specifico riferimento a quella attiva, qualifica quella del liquidatore «legittimazione ad agire straordinaria a carattere surrogatorio».

330 Il debitore, peraltro, è chiamato dalla legge a collaborare con gli organi della procedura al fine del corretto svolgimento della stessa. Così, ai fini dell'ammissione alla procedura, oltre all'obbligo di depositare i documenti contabili, il debitore deve altresì, ex art. 14-ter, comma 3, allegare alla domanda l'inventario di tutti i suoi beni (non soltanto, quindi, di quelli compresi nel patrimonio liquidabile) che servirà da base, evidentemente, per la successiva attività di liquidazione da parte dell'organo tecnico della procedura. Sempre con riferimento all'inventario va altresì sottolineato come, stranamente, la legge ponga in capo al debitore (e non, come invece sembrerebbe più logico, al liquidatore) anche l'obbligo di integrare lo stesso qualora, in corso di procedura, sopravvengano beni inizialmente non presenti nel patrimonio liquidabile (art. 14-undecies). Obbligo, quest'ultimo, rafforzato dalla sanzione penale posta dall'art. 16, comma 1, lett. c) in caso di sua inosservanza, che scatta – sembrerebbe scattare – per il semplice fatto, in sé, dell'omessa indicazione del bene nell'inventario.

331 E non – come ritiene invece DONZELLI, Il procedimento di liquidazione del patrimonio, cit., 73 – «al decreto di apertura della procedura». Ciò poi spiega come mai l'A. ultimo citato consideri la norma, pur con questa nuova

occupare posizioni di vantaggio all'interno della procedura, contribuendo così alla cristallizzazione del patrimonio del debitore ed alla piena attuazione del principio della par condicio creditorum³³².

b) I creditori concorsuali, poi, subiscono anche il concorso formale, potendo partecipare ai riparti all'interno della procedura solo a seguito dell'ammissione allo stato passivo della stessa, secondo il meccanismo delineato dagli artt. 14-septies e 14-octies³³³.

c) Ciò premesso, occorre ora domandarsi se, anche nella procedura di liquidazione del patrimonio del debitore, viga, come nel fallimento, il principio generalissimo in virtù del quale i crediti concorrono per il loro valore alla data di apertura della procedura. Il che poi vale ad interrogarsi sul se, nella procedura de qua, trovino o meno applicazione le regole sulla scadenza anticipata dei crediti (artt. 55, comma 2 e 59 legge fallim.); sulla sospensione degli interessi (art. 55, comma 1 legge fallim.) e sulla trasformazione di tutti i crediti in crediti pecuniari (art. 59 legge fallim.).

Delle regole testé menzionate soltanto quella in ordine alla sospensione degli interessi durante la procedura ha trovato espressa cittadinanza nella L. n. 3/2012 (art. 14-ter, comma 7); sembra peraltro corretto ritenere che anche le altre regole siano applicabili alla nostra procedura. Ciò in quanto, sia la scadenza anticipata sia la trasformazione dei crediti rappresentano altrettante regole funzionali alla più compiuta attuazione del concorso sostanziale tra i creditori, costituendo componenti di quello che si è qui definito "diritto oggettivamente concorsuale": non a caso, infatti, esse sono richiamate, direttamente o indirettamente, in tutte le procedure collettive tradizionali³³⁴.

d) Sembra indubbio, inoltre, che il creditore in bonis possa eccepire al liquidatore la compensazione legale del suo credito con quello vantato, nei suoi confronti, dal debitore ammesso alla procedura di liquidazione. Peraltro, la compensazione potrà avere luogo soltanto se le condizioni poste dall'art. 1243 c.c. (omogeneità, liquidità ed esigibilità di entrambi i crediti) risultino soddisfatte al momento dell'apertura della procedura.

C. Nulla è espressamente previsto con riferimento agli effetti della procedura di liquidazione nei confronti degli atti pregiudizievoli ai creditori. Pochi dubbi sembrerebbero sussistere circa l'inapplicabilità, nella procedura de qua, della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare: l'inesistenza di una norma ad hoc, anche di mero rinvio alle disposizioni sul fallimento, e la mancata dichiarazione dello stato di insolvenza del debitore sottoposto alla procedura depongono, infatti, chiaramente in tal senso.

formulazione letterale, inadeguata «ad escludere l'aggressione esecutiva individuale dei beni del debitore da parte dei creditori per tutta la durata della procedura». Se fosse realmente così è evidente che "salterebbe" la stessa natura concorsuale della procedura de qua.

332 La norma assomiglia da vicino (più che all'art. 51 legge fallim.) all'art. 168 legge fallim., dettato in tema di concordato preventivo, in quanto, per un verso, viene fatto riferimento all'impossibilità, per i creditori, di acquisire diritti di prelazione e, per altro verso, non ammette (sembrerebbe non ammettere) alcuna eccezione. Da un punto di vista formale va peraltro sottolineato come, inopportuno, la norma relativa alla procedura di liquidazione del patrimonio non riconnetta l'automatic stay all'apertura della procedura (come invece accade per le procedure concorsuali tradizionali), bensì al provvedimento del giudice contenuto nel decreto di apertura.

Sul punto va aggiunto che se alla data di apertura della liquidazione sono pendenti procedure esecutive su beni facenti parte del patrimonio liquidabile, il liquidatore può – oltre che chiedere al giudice dell'esecuzione di dichiarare l'improcedibilità dell'azione esecutiva (in applicazione analogica dell'art. 107, comma 5 legge fallim.) – subentrarvi (art. 14-novies, comma 2, ult. inciso).

333 Sul punto v. più ampiamente infra, § 7.

334 E cfr. artt. 169 (per il concordato preventivo) e 201 (per la l.c.a.) legge fallim.; artt. 18 e 36, D. Lgs. n. 270/1999 (per l'amministrazione straordinaria "comune"); art. 8 d.l.n. 347/2003 (per l'amministrazione straordinaria "speciale").

Problema diverso si pone, invece, rispetto all'azione revocatoria ordinaria, ex artt. 2901 ss. c.c. In tal caso, il dubbio non attiene tanto al se sia possibile esercitare l'azione – da ritenere, infatti, sicuramente esperibile –, quanto all'individuazione del soggetto legittimato a promuoverla durante la procedura. Sul punto, attesa l'esistenza del concorso in atto tra i creditori, sembra corretto ritenere che dell'eventuale dichiarazione di inefficacia dell'atto revocato debba poter beneficiare, attraverso la reintegrazione del patrimonio liquidabile, (non già il singolo creditore procedente, bensì) l'intera massa passiva; con la conseguenza di ritenere unico legittimato all'esercizio dell'azione il liquidatore³³⁵. D'altra parte, va ricordato che, pur in mancanza di una disposizione puntuale come quella contenuta nell'art. 66 legge fallim., l'art. 14-decies attribuisce al liquidatore la legittimazione a promuovere ogni azione tendente a conseguire la disponibilità dei beni oggetto di liquidazione o che comunque sia correlata con lo svolgimento dell'attività di amministrazione: formule la cui ampiezza consente di ricomprendervi le azioni volte alla reintegrazione del patrimonio del debitore (incluse, oltre alle revocatorie, anche quelle di simulazione).

D. Del tutto assente è, infine, la regolamentazione degli effetti della procedura nei confronti dei rapporti giuridici preesistenti.

In proposito, il dubbio che si pone è se il liquidatore possa richiedere al giudice, nell'interesse della massa dei creditori, la sospensione o lo scioglimento (c.d. resiliazione) di tali rapporti. La mancanza di una norma ad hoc, come quella contenuta nell'art. 72 legge fallim., che consenta di superare il principio generalissimo *pacta sunt servanda* sembrerebbe deporre in senso negativo. Anche qui, però, il condizionale è d'obbligo. Non può, infatti, essere trascurato il fatto che in tutte le procedure concorsuali tradizionali (compresa, addirittura, quella in cui non opera lo spossessamento) è prevista una regolamentazione specifica per i contratti pendenti, che consente agli organi della procedura (e, nel concordato preventivo, allo stesso debitore) di sciogliersi dal vincolo contrattuale, salvaguardando così il patrimonio responsabile.

Certo, nella procedura de qua, dove il soggetto passivo potrebbe anche non essere un imprenditore, la regolamentazione della sorte dei contratti pendenti sembrerebbe non rivestire quella importanza che invece assume nelle altre procedure concorsuali³³⁶; ed è forse in tale ottica che si giustifica la lacuna della legge sul punto. Resta il fatto, però, che alla stessa possono accedere imprese (agricole), anche grandi, che al momento dell'apertura della procedura potrebbero presentare una gran quantità di contratti in corso di esecuzione; e resta il fatto, altresì, che nulla è stabilito in ordine alla sorte dell'eventuale credito maturato dalla parte in bonis per effetto dell'esecuzione, durante la procedura, della prestazione dedotta in contratto. Ciò che avrebbe reso più che opportuna una regolamentazione specifica sul punto.

7. Le fasi della procedura.

Esaurita la trattazione degli effetti prodotti dalla procedura, si può passare ad analizzare le fasi attraverso cui la stessa si snoda, ossia: apertura, di cui si è già avuto modo di parlare in precedenza³³⁷; accertamento del passivo e liquidazione dell'attivo, alle quali si è accennato

335 Di contrario avviso PANZANI, *La nuova*, cit., 24.

336 Sull'importanza economica che riveste la "porzione" di patrimonio del debitore rappresentata dai contratti in corso di esecuzione al momento dell'apertura della procedura, sia consentito il rinvio a VATTERMOLI, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*. Introduzione, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, 985 ss.

337 Retro, § 4.

trattando, rispettivamente, della sottoposizione dei creditori al concorso formale e dei poteri del liquidatore; ripartizione dell'attivo e chiusura, fasi queste ultime che, come si avrà modo di osservare, risultano sostanzialmente (ed inspiegabilmente) orfane di disciplina.

A. Si può iniziare dall'accertamento del passivo. Si tratta senza dubbio della fase più accuratamente disciplinata nella L. n. 3/2012, alla stessa essendo dedicati ben tre articoli (artt. 14-sexies, 14-septies e 14-octies).

In termini generali, può dirsi che il procedimento che scaturisce da detta disciplina:

- rappresenta un unicum nel panorama delle procedure concorsuali: lo stesso, infatti, per un verso, presenta alcuni punti di contatto con l'omologo procedimento dettato per la l.c.a., la formazione dello stato passivo essendo rimessa direttamente all'organo tecnico della procedura e non all'autorità giudiziaria; ma, per altro verso, si discosta da quello, in quanto per essere ammesso al passivo il creditore deve comunque presentare la domanda di partecipazione, analogamente a quanto accade nel fallimento;

- si applica non soltanto ai creditori concorsuali, ma anche a coloro che vantano diritti reali e personali su beni mobili o immobili facenti parte del patrimonio liquidabile; mentre è dubbio che si applichi ai creditori "prededucibili"³³⁸, non essendo stata replicata la norma ex art. 52 legge fallim.;

- si compone di una fase "necessaria" che, come detto, è gestita dal liquidatore; e di una fase "eventuale", scaturente dalle contestazioni al progetto di stato passivo redatto dal liquidatore, che invece vede l'intervento del giudice.

Sempre su di un piano generale, va infine sottolineato come la volontà di apprestare un procedimento di accertamento agile e semplificato si sia in realtà tradotta, in più di un'occasione, in una disciplina tecnicamente scadente, caratterizzata da un evidente disinteresse nei confronti della tutela processuale delle parti e, dunque, inadeguata ad assicurare la certezza delle situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti nella procedura collettiva³³⁹.

a) La fase di accertamento del passivo prende avvio con la comunicazione, a cura del liquidatore, dell'avviso ai creditori e ai titolari dei diritti reali e personali, mobiliari e immobiliari, su immobili o cose mobili in possesso o nella disponibilità del debitore, ex art. 14-sexies³⁴⁰.

Tale disposizione, che nelle sue linee essenziali ricalca l'art. 92 legge fallim., sorprende in quanto, per un verso, rimette la fissazione del termine per la presentazione della domanda di partecipazione (o di rivendicazione o restituzione) al liquidatore e, per altro verso, non assegna alcun termine a quest'ultimo per la comunicazione dell'avviso. Trattandosi di una procedura concorsuale e di una fase, lato sensu, processuale, sarebbe stato invece opportuno stabilire ex lege i termini per la comunicazione dell'avviso e per l'insinuazione al passivo (come avviene, del resto,

338 Peraltro mai indicati come tali nella legge: sul punto si tornerà infra, in questo stesso §, sub C).

339 Il giudizio, in realtà estensibile all'intera procedura, è condiviso, tra gli altri, da DONZELLI, Il procedimento di liquidazione del patrimonio, cit., 67.

340 L'avviso informa i soggetti di cui al testo del fatto «che possono partecipare alla liquidazione, depositando o trasmettendo, anche a mezzo di posta elettronica certificata e purché vi sia prova della ricezione, la domanda di partecipazione che abbia il contenuto previsto dall'art. 14-septies», nonché della «data entro cui vanno presentate le domande» e di quella «entro cui sarà comunicata al debitore e ai creditori lo stato passivo e ogni altra utile informazione»; l'avviso, inoltre, viene comunicato solo dopo che il liquidatore abbia «verificato l'elenco dei creditori e l'attendibilità della documentazione» depositata dal debitore.

nella fase “amministrativa” dell’accertamento del passivo nella l.c.a., ex art. 207 legge fallim.)³⁴¹.

b) L’art. 14-septies, comma 1, che ricalca pressoché pedissequamente l’art. 93 legge fallim., disciplina il contenuto della domanda di partecipazione alla liquidazione (o di rivendicazione o di restituzione)³⁴².

Nella procedura de qua non viene fatta menzione degli effetti prodotti dalla presentazione della domanda di partecipazione (o di restituzione o di rivendicazione); manca, cioè, una norma analoga a quella di cui all’art. 94 legge fallim. Sembra indubbio, peraltro, che anche tale domanda produca gli effetti propri della domanda giudiziale (così, ad esempio, per quel che concerne l’interruzione della prescrizione del diritto di credito), tale soluzione discendendo dall’automatic stay (e, dunque, dall’imposizione del concorso formale) e dall’espressa equiparazione, operata dall’art. 14-quinquies, comma 3, del decreto di apertura della liquidazione all’atto di pignoramento.

c) Ricevute ed esaminate le domande di partecipazione, il liquidatore procede alla predisposizione di un progetto di stato passivo, comprendente l’elenco dei titolari di diritti reali e personali su beni mobili o immobili facenti parte del patrimonio liquidabile; il progetto e l’elenco vengono quindi comunicati agli interessati, i quali, nel termine di quindici giorni – decorrente, deve ritenersi, dal momento dell’avvenuta ricezione della comunicazione –, possono proporre eventuali osservazioni – ma, in realtà, vere e proprie contestazioni –, da comunicare al liquidatore nelle forme previste per la presentazione della domanda di partecipazione (art. 14-octies, comma 1).

Se non vengono presentate osservazioni, stabilisce l’art. 14-octies, comma 2, «il liquidatore approva lo stato passivo dandone comunicazione alle parti». Com’è evidente, peraltro, nella specie non si è in presenza di una “approvazione”, atteso che il progetto è redatto dallo stesso liquidatore, quanto di una definitiva formazione dello stato passivo. Se, invece, vengono presentate osservazioni ed il liquidatore le ritiene fondate, lo stesso, nel termine di quindici giorni dalla ricezione dell’ultima osservazione, procede alla rettifica del progetto di stato passivo e lo comunica agli interessati, ai sensi del primo comma (art. 14-octies, comma 3). I destinatari della comunicazione avranno poi i consueti quindici giorni per presentare le loro osservazioni sul nuovo progetto di stato passivo.

341 In dottrina (e cfr. DONZELLI, Il procedimento di liquidazione del patrimonio, cit., 76) si è evidenziato, giustamente, che il liquidatore deve concedere un termine ragionevole ai creditori ai fini della presentazione della domanda di partecipazione: non sembra, tuttavia, che tale termine, per essere ragionevole, debba necessariamente essere «non minore dei trenta giorni previsti dall’art. 16, n. 5 l. fall.» (così l’A. ult. cit.). Quest’ultimo termine, invero, rappresenta il lasso di tempo che deve intercorrere tra la presentazione della domanda e l’udienza di verifica del passivo (tempo che, a ben vedere, serve al curatore per predisporre il progetto di stato passivo), ma nulla dice riguardo al tempo che deve intercorrere tra la comunicazione dell’avviso ai creditori da parte del curatore, ex art. 92 legge fallim., e la data fissata per la presentazione tempestiva delle domande di ammissione al passivo.

342 Più in particolare, la norma stabilisce che nella domanda di partecipazione – da proporsi con ricorso, allegando i documenti dimostrativi dei diritti fatti valere (art. 14-septies, comma 2) – debbono figurare: «a) l’indicazione delle generalità del creditore; b) la determinazione della somma che si intende far valere nella liquidazione, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione; c) la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda; d) l’eventuale indicazione di un titolo di prelazione; e) l’indicazione dell’indirizzo di posta elettronica certificata, del numero di telefax o l’elezione di domicilio in un comune del circondario ove ha sede il tribunale competente». In difetto dell’indicazione di cui alla lett. e), le comunicazioni al creditore saranno eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria [art. 14-sexies, lett. a), in fine]. Sul punto è peraltro singolare che nella liquidazione del patrimonio – introdotta, come si è detto, dall’art. 18 d.l. n. 179/2012, rubricato “Giustizia digitale” – i creditori, ai fini della ricezione delle comunicazioni da parte degli organi della procedura, possano (anche) eleggere il domicilio o indicare il numero di telefax, come stabilito nel previgente testo dell’art. 93 legge fallim.; mentre nel fallimento, il nuovo art. 93, comma 3, n. 5), modificato proprio dal d.l. n. 179/2012, imponga agli stessi, quale unico mezzo di ricezione delle comunicazioni relative alla procedura, l’indirizzo di posta elettronica certificata.

d) La c.d. fase eventuale dell'accertamento del passivo, quella cioè che vede l'intervento dell'autorità giudiziaria, si apre nell'ipotesi in cui siano state formulate osservazioni al progetto di stato passivo ed il liquidatore, non ritenendole superabili attraverso la rettifica dello stesso ai sensi dell'art. 14-octies, comma 3, «rimette gli atti al giudice che lo ha nominato, il quale provvede alla definitiva formazione del passivo. Si applica l'art. 10, comma 6» (art. 14-octies, comma 4)³⁴³.

Anche qui si nota il difetto di tecnicismo della legge, testimoniato dall'assenza persino del termine entro il quale il liquidatore dovrebbe "rimettere gli atti" al giudice. Al procedimento che si apre a seguito della "rimessione degli atti" si applicano, nei limiti della compatibilità, gli artt. 737 ss. c.p.c., ed il reclamo contro il provvedimento del giudice si propone al tribunale in composizione collegiale e del collegio non può far parte il giudice che tale provvedimento ha pronunciato.

e) Eventuale è, infine, la parentesi che si apre a seguito della presentazione di domande di partecipazione "tardive", rispetto al termine assegnato dal liquidatore. La legge è, di nuovo, muta al riguardo: non sembra dubbio, peraltro, che tale ultimo termine non possa in nessun caso essere considerato come perentorio (la cui violazione, cioè, determina l'impossibilità per il creditore di partecipare ai riparti)³⁴⁴.

Ciò premesso, resta comunque del tutto oscura la disciplina degli effetti prodotti dalla domanda tardiva: non è chiaro, ad esempio, se e come reagisca su tale disciplina la colpevolezza o meno del ritardo; così come non chiaro è il meccanismo procedurale attraverso il quale debba avvenire l'ammissione tardiva; ecc.

B. Passando alla liquidazione dell'attivo. Si tratta senza dubbio della fase centrale della procedura, e non soltanto perché è dalla stessa che i creditori traggono i mezzi per il soddisfacimento dei loro interessi economici. Sembra, inverò, che l'intera procedura si esaurisca – salvo quanto si è detto con riferimento all'accertamento del passivo – nella liquidazione del patrimonio del debitore. E così, per un verso, la stessa norma di apertura della Sezione II della l. n. 3/2012, espressamente stabilisce che il debitore, in alternativa alla proposta di composizione della crisi, «può chiedere la liquidazione di tutti i suoi beni» (art. 14-ter, comma 1); e, per altro verso, l'art. 14-novies, comma 5 precisa che: «Accertata la completa esecuzione del programma di liquidazione e, comunque, non prima del decorso del termine di quattro anni dal deposito della domanda, il giudice dispone, con decreto, la chiusura della procedura».

Eppure, come si vedrà, alla liquidazione in senso stretto vengono dedicate poche disposizioni. Peraltro, è proprio osservando le norme in tema di liquidazione dell'attivo che si percepisce netta l'impressione che la legge sia costruita avendo in mente, quale referente passivo della procedura, il debitore c.d. civile (consumatore o professionista). Ciò spiega la totale assenza di riferimenti sia ai "complessi produttivi" (azienda e rami d'azienda) da alienare o, eventualmente, da concedere in affitto; sia all'esercizio dell'impresa durante la procedura, quale strumento di gestione dinamica del patrimonio del debitore funzionale alla più efficiente liquidazione della massa attiva.

a) L'inizio della fase di liquidazione del patrimonio può farsi coincidere con la redazione, da parte del liquidatore, dell'inventario, attraverso il quale si delinea l'ammontare e la composizione

343 A differenza di quanto è dato riscontrare nelle altre procedure concorsuali, in questa la fase eventuale dell'accertamento del passivo non scaturisce, dunque, da un'impugnazione in senso proprio, ma da delle semplici osservazioni da parte dei creditori e da una decisione (di non accoglierle) del liquidatore.

344 La soluzione discende dalla semplice constatazione che in tutte le altre procedure concorsuali, dove pure il termine di presentazione della domanda di ammissione tempestiva è fissato dalla legge, il creditore è legittimato a presentare domanda di ammissione tardiva (pur subendo, ovviamente, gli effetti della tardività).

della massa attiva che sarà oggetto, appunto, della successiva attività di liquidazione³⁴⁵.

La legge non fissa il termine entro il quale lo stesso deve essere predisposto, limitandosi a stabilire che «il liquidatore, verificato l'elenco dei creditori e l'attendibilità della documentazione di cui all'articolo 9, commi 2 e 3, forma l'inventario dei beni da liquidare...» (art. 14-sexies).

L'inventario di cui all'art. 14-sexies doppia, in certa misura, quello che deve comunque predisporre ed allegare al ricorso il debitore, ai sensi dell'art. 14-ter, comma 3: la differenza tra i due documenti risiede in ciò, che quello redatto dal liquidatore contiene i soli beni liquidabili all'interno della procedura, mentre quello del debitore anche quelli sottratti allo spossessamento. Per concludere sul punto, sembra corretto ritenere che è dalla redazione dell'inventario che il liquidatore prenda in consegna i beni del debitore e ne assuma, dunque, la custodia (e la relativa responsabilità).

b) «Il liquidatore, entro trenta giorni dalla formazione dell'inventario, elabora un programma di liquidazione, che comunica al debitore ed ai creditori e deposita presso la cancelleria del giudice. Il programma deve assicurare la ragionevole durata della procedura». Anche nella procedura de qua, così come avviene nel fallimento (art. 104-ter legge fallim.), è dunque previsto un atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità ed ai termini della successiva attività di liquidazione, che, almeno in teoria, consente di razionalizzare ed accelerare le operazioni di vendita.

La legge, peraltro, nulla dice in ordine al contenuto del programma: in particolare, ferma restando la necessità che dallo stesso emergano gli elementi (tempi, modalità, condizioni) inerenti alla cessione dei beni e dei diritti del debitore, nulla viene detto in ordine alla necessità che in esso risultino altresì le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito. Considerato che non v'è alcun controllo del contenuto del programma da parte dei creditori e che gli atti di esecuzione del programma non sono soggetti alla preventiva autorizzazione del giudice della procedura; che l'esercizio di tali azioni è comunque collegato, seppure indirettamente, all'attività di liquidazione; che il liquidatore non deve richiedere l'autorizzazione del giudice per stare in giudizio, sembra corretto ritenere che nel programma di liquidazione debbano risultare anche, e proprio, le azioni risarcitorie, recuperatorie ecc., che si intendono promuovere.

Il programma vincola il liquidatore, nel senso che le cessioni dovranno avvenire sulla base di quanto in esso stabilito; come anticipato, però, la legge non prevede un controllo preventivo del giudice in ordine alla conformità dell'atto di liquidazione al contenuto del programma, un controllo del genere avvenendo soltanto ex post, a vendita effettuata³⁴⁶. Non è ben chiaro, peraltro, cosa possa avvenire nell'ipotesi in cui il giudice dovesse accertare la non conformità dell'atto al programma: per come è formulata la norma, si dovrebbe dire che, in tal caso, il giudice non può autorizzare lo svincolo delle somme né ordinare la cancellazione dei vincoli sui beni oggetto di cessione, con la conseguenza di far cadere nel nulla la procedura di vendita (e salva la

345 Un riferimento alla «continuazione dell'attività d'impresa», quale possibile oggetto della proposta, si ha invece nell'ambito della disciplina dell'accordo (art. 8, comma 4): il punto è evidenziato anche da DI MARZIO, Introduzione alle procedure concorsuali, cit., 9.

346 Dispone, infatti, l'art. 14-novies, comma 3 che: «Il giudice, sentito il liquidatore e verificata la conformità degli atti dispositivi al programma di liquidazione, autorizza lo svincolo delle somme, ordina la cancellazione della trascrizione del pignoramento e delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché di ogni altro vincolo, ivi compresa la trascrizione del decreto di cui all'articolo 14-quinquies, comma 1, dichiara la cessazione di ogni altra forma di pubblicità». Il riferimento all'effetto purgativo prodotto della cessione dei beni chiarisce, ove mai ve ne fosse bisogno, la natura coattiva delle vendite eseguite nell'ambito della procedura de qua.

responsabilità del liquidatore nei confronti del terzo aggiudicatario del bene).

Poco comprensibile ed in buona misura “ipocrita” è, poi, il riferimento all’idoneità del programma ad assicurare «la ragionevole durata della procedura»: ed invero, oltre a non essere per nulla chiaro cosa debba intendersi per durata “ragionevole”, non va dimenticato che, per espressa disposizione di legge (cfr. artt. 14-quinquies, comma 4 e 14-novies, comma 5), la procedura non può durare meno di quattro anni.

Sempre con riferimento al programma di liquidazione, deve infine ritenersi che, ogniqualvolta sopravvengano nuovi beni liquidabili, il liquidatore possa (debba) procedere alla modifica dello stesso.

c) Per quel che concerne le modalità delle vendite, l’art. 14-novies, comma 2, terzo periodo, stabilisce che: «Le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal liquidatore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di modesto valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati».

La disposizione è identica a quella contenuta nell’art. 107, comma 1 legge fallim., sostituito il liquidatore al curatore, ed ha il medesimo obiettivo di ottenere il massimo realizzo, e nel più breve tempo possibile, dalle operazioni di vendita, attraverso procedure e meccanismi che consentano la più ampia partecipazione possibile dei potenziali interessati all’acquisto³⁴⁷.

Pur se nella legge non è disposto alcunché, sembra corretto ritenere che il liquidatore possa liberamente scegliere la modalità delle vendite (trattative private, licitazioni, aste) e prevedere, nel programma di liquidazione e in applicazione analogica dell’art. 107, comma 2 legge fallim., che le stesse siano effettuate dal giudice che lo ha nominato secondo le disposizioni del codice di rito, in quanto compatibili.

Ai sensi dell’art. 14-novies, comma 2, quinto periodo, «Prima del completamento delle operazioni di vendita, il liquidatore informa degli esiti delle procedure il debitore, i creditori e il giudice». Rispetto a quelli che possono essere considerati i “correttivi” alle procedure di vendita non convenienti per la massa dei creditori, va sottolineato come nella procedura de qua non sia previsto, in capo al liquidatore, il potere – che l’art. 107, comma 4 legge fallim. riconosce invece al curatore del fallimento – di sospendere la vendita in caso di offerta irrevocabile di acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto; così come non è previsto il potere del giudice di impedire il perfezionamento della vendita – stabilito, nel fallimento, dall’art. 108, comma 1, seconda parte –, qualora il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato. L’unico correttivo contemplato dall’art. 14-novies, comma 2, sesto periodo – che ricalca, grosso modo, quello previsto dall’art. 108, comma 1, primo periodo legge fallim. –, consiste in ciò, che «quando ricorrono gravi e giustificati motivi, il giudice può sospendere con decreto motivato gli atti di esecuzione del programma di liquidazione»; gravi e giustificati motivi che, deve ritenersi, possono attenersi sia alla regolarità della procedura di vendita seguita, sia all’ammontare del prezzo offerto. La legge non condiziona il potere sospensivo del giudice all’istanza di parte (debitore, creditori, altri interessati); è indubbio,

347 Per quel che concerne sia i requisiti di onorabilità e di professionalità dei soggetti che a vario titolo partecipano alle operazioni di vendita (ossia, i soggetti specializzati e gli operatori esperti di cui fa menzione la disposizione testé menzionata), sia i mezzi di pubblicità e trasparenza delle operazioni di vendita, l’art. 14-novies, comma 4 rinvia al regolamento del Ministro della giustizia di cui all’art. 107, comma 7 legge fallim.

tuttavia, che tali soggetti possano dare impulso al provvedimento del giudice.

C. Tale è l'immedesimazione tra la nostra procedura e la fase di liquidazione in senso stretto che la legge ha omesso persino di disciplinare la fase di ripartizione dell'attivo, pur essendo certo (e cfr., ad esempio, l'art. 14-novies, comma 3) che la procedura abbia natura esecutivo-satisfattiva, dovendo i creditori concorrenti essere soddisfatti all'interno della stessa e non, come accade, ad esempio, nell'amministrazione straordinaria con indirizzo di ristrutturazione, all'esterno (e dunque per effetto) della medesima³⁴⁸.

Più in particolare, manca totalmente l'indicazione sia dei criteri da utilizzare per la distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dei beni, sia dei meccanismi da seguire per effettuare concretamente le ripartizioni.

a) Con riferimento ai criteri da impiegare per la distribuzione delle somme, l'assenza di disciplina specifica sul punto può essere facilmente superata considerando la natura concorsuale della liquidazione. Come si è avuto modo di anticipare, infatti, l'apertura del concorso tra i creditori impone, nella procedura de qua, l'applicazione del principio generalissimo della *par condicio creditorum*, che viene qui in rilievo quale meccanismo, appunto, di distribuzione di un patrimonio incapiente (o, se si vuole, come meccanismo di ripartizione di perdite) tra più aventi diritto sul patrimonio medesimo. Si applicherà, dunque, il sistema di graduazione dei crediti di diritto comune (ex art. 2471 c.c.): ogni credito, cioè, verrà soddisfatto seguendo l'ordine dei privilegi stabilito dalla legge e quelli di uguale rango verranno soddisfatti sulla base della regola di proporzionalità.

Al sistema così delineato sfuggono, tuttavia, i crediti prededucibili, ossia quei crediti, qualificati tali dalla legge, che sono sottratti al concorso sostanziale in quanto debiti della massa.

In verità, nella L. n. 3/2012 non viene fatta mai menzione dei crediti (o dei creditori) prededucibili, ma solo dei crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione o di uno dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento³⁴⁹, i quali, secondo quanto stabilito dall'art. 14-duodecies, comma 2, «sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti». La disposizione ricorda da vicino la disciplina, appunto, dei crediti prededucibili nel fallimento, di cui all'art. 111-bis, comma 2 legge fallim., ma rispetto a quella è tecnicamente meno precisa³⁵⁰.

Nel concetto di "crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione" debbono senz'altro annoverarsi le spese di procedura, tra cui il compenso del liquidatore e dei soggetti che a vario titolo partecipano alle operazioni di vendita; nonché i crediti derivanti dagli atti legittimamente compiuti dal liquidatore nell'espletamento del suo incarico. Gli altri creditori, diversi da quelli che vantano crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione, posteriori³⁵¹, non solo – e non tanto – «non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto di liquidazione», come stabilisce

348 Nello stesso senso DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali*, cit., 14: «Singolarmente manca una regolamentazione del riparto, che evidentemente costituisce comunque atto necessario e (quando redatto nella forma del riparto finale) anche sostanzialmente conclusivo della procedura».

349 V. anche art. 13, comma 4-bis.

350 Regola ed eccezione non sono, infatti, omogenee, essendo rappresentate: la prima, dalla "preferenza" dei "prededucibili" rispetto agli altri creditori; la seconda, da "quanto ricavato dalla liquidazione dei beni" sui quali insiste la causa di prelazione, che è destinato a soddisfare, in prima battuta, i creditori garantiti.

351 Rispetto, deve ritenersi, al momento dell'esecuzione della pubblicità del decreto di apertura, di cui all'art. 14-quinquies, comma 2, lett. c) e d).

l'art. 14-duodecies, comma 1, ma non possono neanche presentare domanda di partecipazione alla procedura, ex art. 14-septies, per essere soddisfatti all'interno della stessa: detto in altri termini, non essendo creditori concorsuali, non possono, a fortiori, divenire creditori concorrenti.

b) Ben più grave, invece, è la lacuna normativa relativa ai meccanismi che debbono essere utilizzati ai fini delle ripartizioni dell'attivo.

L'unico dato (relativamente) certo, pur in difetto di una disposizione espressa sul punto, è che la ripartizione dell'attivo deve avvenire ad opera del liquidatore, sulla scorta delle indicazioni contenute nello stato passivo.

Per il resto, come si è anticipato, l'intera fase di ripartizione resta avvolta nella nebbia più fitta. Non è chiaro, ad esempio, se il liquidatore possa eseguire dei riparti parziali – e se sì, con quale cadenza temporale –, oppure se debba necessariamente attendere la liquidazione di tutto il patrimonio e procedere, così, ad un unico riparto (finale); non è chiaro, poi, se per la distribuzione delle somme sia sufficiente un mero atto di assegnazione del liquidatore oppure, come sembra preferibile, sia necessaria la predisposizione di un vero e proprio piano di riparto, da comunicare ai creditori (che dovrebbero poter presentare osservazioni in merito), che il giudice deve rendere esecutivo; non è chiaro, infine, quale sia il criterio che deve seguire il liquidatore per procedere agli accantonamenti, sia per la copertura delle spese di procedura, sia per preservare la posizione dei titolari di crediti contestati o sottoposti a condizione. Per quanto affermato in precedenza, poi, sembra corretto ritenere che, prima dell'ultimo riparto ai creditori, il liquidatore debba presentare il rendiconto della gestione.

D. A dir poco scarna è, infine, la disciplina relativa alla chiusura della procedura.

Ai sensi dell'art. 14-novies, comma 5: «Accertata la completa esecuzione del programma di liquidazione e, comunque, non prima del decorso del termine di quattro anni dal deposito della domanda, il giudice dispone, con decreto, la chiusura della procedura»; la norma è doppiata dall'art. 14-quinquies, comma 4, in virtù del quale: «La procedura rimane aperta sino alla completa esecuzione del programma di liquidazione e, in ogni caso, ai fini di cui all'art. 14-undecies, per i quattro anni successivi al deposito della domanda».

Nessun'altra disposizione è dedicata alla chiusura della procedura; tale lacuna mette in luce, ancora una volta, l'insipienza del legislatore e l'assurdità delle scelte (non è ben chiaro, peraltro, quanto consapevoli) dallo stesso compiute.

Per convincersi di ciò è sufficiente porre (porsi) i seguenti interrogativi. Perché mai la procedura, in difetto di domande di ammissione al passivo o in caso di completo soddisfacimento dei creditori ammessi, dovrebbe andare avanti sino alla completa esecuzione del programma? Perché mai, poi, nelle ipotesi appena segnalate, per ottenere il provvedimento di chiusura è necessario attendere che trascorran addirittura quattro anni dal momento dell'apertura, nonostante la completa esecuzione del programma? Che senso ha subordinare la chiusura della procedura al trascorrere dei fatidici quattro anni rispetto, ad esempio, a debitori non persone fisiche che, comunque, non possono beneficiare dell'esdebitazione? Perché mai lo "spauracchio" dell'esdebitazione dovrebbe condurre a soluzioni così bizzarre, quando nel fallimento, ad esempio, ciò non si verifica?

Gli inconvenienti appena segnalati possono in parte essere superati operando un'interpretazione sistematica del dato normativo, adeguandolo ai principi propri di ogni procedura concorsuale e, soprattutto, considerando la funzione giuridicamente rilevante da

riconoscere alla liquidazione del patrimonio³⁵². Più in particolare, a chi scrive sembra corretto ritenere che la procedura di liquidazione possa altresì chiudersi: a) per la mancata presentazione, nei termini segnati dal liquidatore, delle domande di ammissione al passivo; e b) per l'estinzione in qualunque modo – anche, dunque, in virtù di un intervento finanziario di un terzo – ed in qualunque momento durante lo svolgimento della procedura – anche prima, quindi, della completa esecuzione del programma di liquidazione –, dei creditori ammessi.

Sembra invece da escludere l'applicazione in via analogica della norma di cui all'art. 118, comma 1, n. 4 legge fallim., che disciplina la chiusura del fallimento per insufficienza di attivo. La durata necessariamente quadriennale della procedura, la possibilità di avocare alla massa, in tale periodo, ogni bene che dovesse entrare nel patrimonio del debitore e, infine, la mancata previsione di meccanismi procedurali alternativi alla completa liquidazione e successiva ripartizione dell'attivo, sembrano, invero, deporre inequivocabilmente in tal senso.

8. L'esdebitazione.

Alle fasi analizzate nel paragrafo precedente se ne può aggiungere un'altra, seppure eventuale ed "esterna" alla procedura, data dall'esdebitazione, disciplinata dall'art. 14-terdecies. Una fase, come si diceva meramente eventuale, ma che, ciò nonostante, sembrerebbe aver rivestito un ruolo determinante nell'architettura della procedura liquidatoria³⁵³. E' alla luce del c.d. fresh start, invero, che nella Relazione di accompagnamento all'art. 18 d.l. n. 179/2012 viene giustificata l'introduzione stessa della nuova procedura nell'ordinamento; ed è avendo in mente l'esdebitazione che si spiegano molte delle norme sin qui analizzate.

Attraverso l'esdebitazione, com'è noto, il debitore-persona fisica ottiene la liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori non integralmente soddisfatti dai riparti endoconcorsuali. L'effetto prodotto dal provvedimento di esdebitazione nei confronti del credito ancora vantato dai creditori concorsuali è la mera inesigibilità: ciò significa, per un verso, che non si ha alcuna estinzione né novazione dell'obbligazione originaria; e, per altro verso e conseguentemente, che – nonostante la mancanza di una norma analoga all'art. 142, ult. comma, legge fallim. – restano comunque salvi i diritti dei creditori concorsuali nei confronti dei soggetti (coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso) legati al debitore "esdebitato" dal vincolo della solidarietà passiva.

La fase è modellata sulla falsariga di quella regolata dagli artt. 142 ss. legge fallim., pur con delle peculiarità non del tutto marginali.

a) Con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione, si è più volte detto che soltanto il debitore-persona fisica può beneficiare dell'istituto (art. 14-terdecies, comma 1, primo inciso).

Come per il fallimento, anche qui si ripropone il dubbio rispetto alla posizione dei soci (persone fisiche) illimitatamente responsabili; peraltro, se si ritiene – come chi scrive ritiene – che essi possano accedere alle procedure di cui alla L. n. 3/2012, non v'è alcuna ragione per negare loro la possibilità, ricorrendone le condizioni, di godere dell'esdebitazione.

b) Passando all'ambito oggettivo di applicazione.

Va in primo luogo detto che l'esdebitazione può essere concessa soltanto qualora la procedura si sia chiusa a seguito della completa esecuzione del programma di liquidazione, con ripartizione

352 V. retro, § 2.

353 Spunti in tal senso anche in TERRANOVA, *Insolvenza, Stato di crisi, Sovraindebitamento*, cit., 105.

finale dell'attivo e soddisfacimento parziale dei creditori concorrenti. A tale risultato si giunge considerando, per un verso, che la chiusura per estinzione, in qualsiasi modo, dei crediti ammessi rende l'istituto del tutto superfluo; e, per altro verso, che la mancanza di domande di ammissione al passivo non consente di rispettare la condizione (sulla quale si tornerà a breve) posta, per il riconoscimento del beneficio, dall'art. 14-terdecies, comma 1, lett. f), che richiede il soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali.

In secondo luogo, l'esdebitazione non opera per tutti i debiti, la liberazione non riguardando quelli contemplati dall'art. 14-terdecies, comma 3³⁵⁴.

La legge non si occupa dei creditori concorsuali non concorrenti, di coloro, cioè, che pur avendone il diritto, non abbiano presentato domanda di ammissione allo stato passivo della procedura (manca, in altri termini, una norma analoga a quella di cui all'art. 144 legge fallim.). Anche in tal caso, però, la soluzione più coerente con i principi concorsuali dovrebbe essere nel senso, appunto, di non consentire a tali creditori di ottenere (o, anche, semplicemente, sperare di ottenere) vantaggi dalla sottrazione volontaria al concorso sostanziale: per essi, quindi, l'esdebitazione opererà, sulla base della fictio della loro ammissione, per la parte di credito eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado.

Discorso diverso, ma in qualche misura collegato al precedente, è quello che concerne i creditori per titolo o causa posteriore all'ammissione del debitore alla procedura concorsuale (ossia, i creditori non concorsuali). Questi, come si ricorderà, ai sensi dell'art. 14-duodecies, comma 1, «non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto di liquidazione»: espressione infelice impiegata dal legislatore per indicare i soggetti titolari di pretese nei confronti del debitore comune non opponibili alla massa dei creditori concorrenti e che, dunque, non possono essere fatte valere all'interno della procedura collettiva. Fuori dall'ipotesi dell'esdebitazione, è indubbio che tali soggetti, chiusa la procedura di liquidazione, abbiano il diritto – sempre che il rapporto obbligatorio da cui scaturisce la pretesa sia valido ed efficace tra le parti – di richiedere l'adempimento della prestazione al loro debitore, anche (se del caso) coattivamente, aggredendo singolarmente i beni che nel frattempo fossero entrati nel patrimonio di quest'ultimo. Ciò posto, che influenza può avere su tale diritto l'intervenuta esdebitazione del debitore? Possono essi essere trattati come i creditori concorsuali non concorrenti?

La questione, per vero non affrontata neanche nella legge fallimentare, deve essere risolta considerando che l'esdebitazione è istituto che coinvolge necessariamente, ed esclusivamente, i creditori che hanno partecipato alla procedura – con l'eccezione, di cui si è dato conto, dei creditori che avrebbero potuto partecipare e non lo hanno fatto volontariamente –, mentre nessun riflesso può avere su quelli estranei. Sono solo i creditori anteriori non integralmente soddisfatti, infatti, che debbono essere ascoltati dal giudice ai fini del riconoscimento del beneficio al debitore e che possono proporre reclamo contro il provvedimento di esdebitazione (su questi punti si tornerà subito appresso).

c) Anche l'esdebitazione ex art. 14-terdecies viene dalla legge subordinata all'accertamento della meritevolezza del debitore. Affinché il debitore sia considerato meritevole, è necessario che

354 Ossia: «i debiti derivanti da obblighi di mantenimento e alimentari» [lett. a)]; «i debiti da risarcimento dei danni da illecito extracontrattuale, nonché (le) sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti» [lett. b)]; «i debiti fiscali che, pur avendo causa anteriore al decreto di apertura delle procedure di cui alle sezioni prima e seconda del presente capo, sono stati successivamente accertati in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi» [lett. c)].

siano rispettate certe condizioni, alcune delle quali poste dalla legge in positivo, altre in negativo³⁵⁵.

Per la verifica della sussistenza di tali condizioni il giudice potrà contare (anche) sulla relazione “particolareggiata” che, ai sensi dell’art. 14-ter, comma 3³⁵⁶, l’organismo di composizione della crisi deve rilasciare al debitore ai fini dell’accesso alla procedura.

d) Il procedimento per giungere all’esdebitazione è disciplinato dall’art. 14-terdecies, comma 4³⁵⁷. Anche in tal caso, la volontà di semplificazione procedurale si è tradotta in una disciplina a dir poco lacunosa. In particolare, non viene specificato chi (liquidatore o, come sembra preferibile, lo stesso debitore) e attraverso quali mezzi (notifica attraverso l’ufficiale giudiziario; raccomandata; posta elettronica certificata; ecc.) dovrebbe portare a conoscenza dei creditori concorsuali non integralmente soddisfatti il ricorso presentato dal debitore. Inoltre, il giudice come può (deve) “sentire” tali creditori?

Si tratta di “vuoti normativi” a dir poco sorprendenti, considerando l’esistenza del modello, al quale il legislatore si sarebbe potuto tranquillamente ispirare, rappresentato dall’art. 143, comma 1 legge fallim., modificato – a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 181/2008, intervenuta, peraltro, proprio per assicurare il coinvolgimento dei creditori nel procedimento di esdebitazione –, neanche a dirlo, con lo stesso d.l. n. 179/2012 (art. 17).

e) La novità di maggiore portata, rispetto alla disciplina ex artt. 142 ss. legge fallim., recata dalla L. n. 3/2012 concerne, senza dubbio, la revocabilità del provvedimento di esdebitazione. Stabilisce, infatti, l’art. 14-terdecies, comma 5, che «Il provvedimento è revocabile in ogni momento, su istanza dei creditori, se risulta: a) che è stato concesso ricorrendo l’ipotesi del comma 2, lettera b); b) che è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell’attivo ovvero simulate attività inesistenti». Unici legittimati a richiedere la revoca sono, dunque, i creditori (che subiscono l’esdebitazione, è da aggiungere), che possono presentare la relativa istanza, parrebbe, senza alcun limite di tempo.

Le condizioni al verificarsi delle quali si può procedere con la revoca attengono, entrambe, a

355 In positivo, è richiesto che il debitore «abbia cooperato al regolare ed efficace svolgimento della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utili, nonché adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni» [art. 14-terdecies, comma 1, lett. a)] e che «abbia svolto, nei quattro anni di cui all’art. 14-undecies, un’attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle competenze e alla situazione di mercato o, in ogni caso, abbia cercato un’occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego» [art. 14-terdecies, comma 1, lett. e)]; e, come si è avuto modo di anticipare, è richiesto, altresì, che «siano stati soddisfatti, almeno in parte, i creditori per titolo e causa anteriore al decreto di apertura della liquidazione» [art. 14-terdecies, comma 1, lett. f)].

In negativo, è richiesto che il debitore «non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura» [art. 14-terdecies, comma 1, lett. b)], «non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli otto anni precedenti la domanda» [art. 14-terdecies, comma 1, lett. c)] e «non sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per uno dei reati previsti dall’art. 16» [art. 14-terdecies, comma 1, lett. d)]; inoltre, l’esdebitazione non opera «quando il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali» [art. 14-terdecies, comma 2, lett. a)] e «quando il debitore, nei cinque anni precedenti l’apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, ovvero simulazioni di titoli di prelazione, allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri» [art. 14-terdecies, comma 2, lett. b)].

356 Su cui v. retro, § 4.

357 Ai sensi di tale disposizione: «Il giudice, con decreto adottato su ricorso del debitore interessato, presentato entro l’anno successivo alla chiusura della liquidazione, sentiti i creditori non integralmente soddisfatti e verificate le condizioni di cui ai commi 1 e 2, dichiara inesigibili nei suoi confronti i crediti non soddisfatti integralmente. I creditori non integralmente soddisfatti possono proporre reclamo ai sensi dell’articolo 739 del codice di procedura civile di fronte al tribunale e del collegio non fa parte il giudice che ha emesso il provvedimento».

comportamenti fraudolenti (o gravemente colposi) tenuti dal debitore prima dell'emanazione del provvedimento di esdebitazione, sfuggiti sia al giudice, sia all'organismo di composizione della crisi e sia, inizialmente, agli stessi creditori concorsuali.

Il successivo comma individua nel consueto rito camerale il procedimento da seguire per ottenere la revoca, richiamando in blocco, seppure nei limiti della compatibilità, gli artt. 737 ss. c.p.c. e stabilendo che il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può fare parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

SÍNTESIS conclusiva del Proyecto de INVESTIGACIÓN

EL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO

EQUIPO:

Esteban Carbonell O'Brian - Perú

Elianne Estecche De Fernandez - Venezuela

Francisco Junyent Bas - Argentina

Luis Manuel Méjan - México

Stefania Pacchi - Italia

Juan Carlos Rodríguez Maseda - España

Sergio Ruiz - Argentina

Daniele Vattermoli – Italia

Objeto de la investigación:

Examinar y comparar los instrumentos que nuestros respectivos Ordenamientos utilizan para solucionar el sobreendeudamiento del consumidor.

Organización del trabajo:

En este report hemos trazado un enfoque del problema intentando individuar los tópicos de la discusión. A éste sigue una sintética traza de lo que sucede en los Ordenamientos de América y de

Europa. Al final, se da respuesta a las preguntas que hemos identificado al inicio de la investigación.

Cada miembro del equipo de investigación ha realizado un estudio sobre el sistema para solucionar el sobreendeudamiento del consumidor de su País o sobre específicos aspectos.

Todos los trabajos con las conclusiones de esta investigación serán publicados en un volumen de una columna del Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Siena.

Sumario: **1.** El problema. - **2.** Historia del problema. - **3.** Algunas sintéticas informaciones sobre los distintos Ordenamientos. - **3.1.** Ordenamientos que no tienen hasta hoy una disciplina específica para la insolvencia del consumidor: Brasil, México, Venezuela. - **3.2.** Regímenes que utilizan para las personas naturales la legislación de insolvencia prevista para los empresarios (con o sin procedimientos simplificados o específicos): Alemania, Argentina, España, Estados Unidos de América, Perú. - **3.3.** Regímenes que utilizan legislaciones diversas para la insolvencia de las empresas y para la insolvencia de las personas naturales. Dentro de esta categoría hay disciplinas (especiales) contenidas en la misma ley concursal *general*, disciplinas contenida en una ley especial para el sobreendeudamiento, disciplinas contenida en la ley de consumo o en la ley procesal: Chile, Colombia, Francia, Italia, Reino Unido. - **4.** Las preguntas y nuestras respuestas.

El problema.

Nuestro proyecto de investigación³⁵⁸ trata de un particular sujeto al cual, sólo en los últimos años, los Legisladores de muchos Países, de Europa y de Latinoamérica, han dirigido su atención.

Este sujeto es el consumidor que en una primera aproximación podemos identificar en la persona natural no empresario.

Estudiamos este sujeto bajo el perfil de su responsabilidad patrimonial con respecto a las obligaciones no cumplidas y que no lo serán por una incapacidad actual y futura de su patrimonio. Se trata de una situación caracterizada por una desproporción duradera entre la consistencia patrimonial y el monto de las obligaciones asumidas, acompañada por la falta de perspectivas de flujos.

Como en todas las situaciones de incumplimiento actual y/o en prospectiva de obligaciones, hay que evaluar dos posiciones antitéticas: la de los acreedores y la del deudor. Pero “en la relación jurídica del Derecho del Consumidor siempre se parte de una situación de desigualdad entre las partes: el comerciante proveedor de bienes y servicios fuerte, estructurado, conocedor y experto en su materia y el adquirente que carece de esos medios para enfrentarse en una situación económica, técnica, cultural y social diferente” (MÉJAN, Un régimen de insolvencia de los consumidores en México, p. 18).

Por consecuencia estamos delante – como JUNYENT afirma (p.4) – a un problema preocupante “porque el deudor no encuentra una solución a su sobreendeudamiento y tampoco el acreedor tiene un sistema que permita el recupero de su crédito en forma clara”. Lejos de ser un problema de orden privado, afecta de manera directa el orden público económico al generar un impacto negativo considerable a nivel macroeconómico.

358 Esta presentación constituye una síntesis de los trabajos desarrollados por cada uno de los investigadores y, en algún caso, se refiere literalmente el artículo o ensayo enviado.

Esto es lo que ha pasado y que continúa pasando en algunos Ordenamientos que o no tienen herramientas específicas o si los tienen, son ineficaces.

La situación es macroscópicamente diversa con respecto a la crisis empresarial y a la historia de su disciplina. Han sido la conformación y la relevancia externa de la crisis del empresario que han empujado, desde la Edad Media, hacia una reglamentación.

Sobre el punto MÉJAN (p. 1) subraya que “Ha sido común que el tema de la insolvencia se trate refiriéndose a las empresas y, en general a los comerciantes, es ahí donde las jurisdicciones del mundo, México no es una excepción, han puesto el énfasis. Sin embargo, hay que admitir que la división de tratamiento legal de la insolvencia de las personas naturales y de las personas comerciantes, físicas o morales, es una evolución que el fenómeno ha tenido en la historia”. Y que hoy por hoy no puede ser ignorada.

Sin embargo los Legisladores se han movido con extrema lentitud y pasos inciertos: JUNYENT (p. 4) habla de una “notable desatención del problema que agobia a millones de familias en todo el mundo, tanto Estados Unidos como Europa”. MÉJAN en su estudio reporta algunos datos que destacan la importancia del fenómeno también en Australia, Canadá, Reino Unido, Escocia.

En definitiva esta investigación se ocupa de las familias, compuesta por consumidores, cuya actividad constituye una de las principales aportaciones al circuito económico.

Es verdad lo que afirma con mucha claridad JUNYENT (p. 13): “el sobreendeudamiento del consumidor constituye un fenómeno totalmente distinto al de la crisis de la empresa (...). Por una parte, la crisis del productor, empresario, es connatural al mundo de los negocios en el que el riesgo explica el incumplimiento como una mera consecuencia evolutiva del mundo negocial, cuyo remedio se encuentra en la vía concursal. Por el contrario, el sobreendeudamiento del consumidor, designa un estado de “exceso de deudas” que no implica necesariamente el incumplimiento de sus obligaciones pero, que le llevan a la “acuciante situación” de “ingresos insuficientes” para cubrir necesidades básicas. (...) el productor tiene un patrimonio especial que le permite la comercialización de bienes y servicios, de modo tal que goza de un flujo de fondos para enfrentar los costos de la empresa y abonar sus deudas. Por el contrario el consumidor, en la mayoría de los casos, tiene ingresos fijos, verbigracia salarios, jubilaciones, etc. y por ello, superado un nivel de endeudamiento, carece de capacidad de repago”. En la misma línea también CARBONELL (El consumidor sobreendeudado: Hacia una respuesta eficiente desde el derecho de la insolvencia).

Por eso deviene sumamente importante - como el CESE ya en el 2007³⁵⁹ - una definición del concepto y de los parámetros cualitativos y cuantitativos del sobreendeudamiento “para permitir una adecuada información y observación de las realidades sociales subyacentes, de manera comparable en toda Europa (y sería deseable que en todo el mundo), basándose en la recogida y el tratamiento de datos estadísticos comparables”.

La crisis de la empresa y aquella del consumidor, - aunque diferentes entre sí - de hecho, están estrechamente conectadas, una reflejándose en la otra, incluso en sus peculiares diferencias con respecto sea al perfil dimensional (entidad del patrimonio y números de los acreedores), sea al perfil social. Como CARBONELL subraya “Consumo y producción son dos polos de tensión, armonía (...)”. La crisis del empresario se refleja sobre la colectividad y presenta un número normalmente alto de acreedores (proveedores, bancos, trabajadores), mientras que aquella del

359 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia” aprobado en sesión del 25 de octubre de 2007, puntos 6.31, 6.3.1.1 y 6.3.1.2.

consumidor interesa un número pequeño de acreedores pero más que todo golpea el mismo deudor.

De consecuencia, como afirma MÉJAN (p. 3): “Un régimen de insolvencia para personas naturales debe tomar en cuenta, no solamente los intereses de los acreedores (fundamentales en el ciclo económico de un país), sino también algunos otros conceptos relacionados con derechos humanos”. Muchas veces hay causas no absolutamente coligadas a la voluntad del deudor. Las causas principales del sobreendeudamiento de los consumidores, que la literatura ya había reconocido, se han confirmado como acontecimientos de por vida como la enfermedad o el divorcio, o factores macroeconómicos como el desempleo, la disminución de los salarios o, en general, bajos ingresos. Está claro que otra y diversa es la situación del deudor que ha contraído obligaciones para comprar (vivienda, segunda casa, objeto de consumo, de lujo v.g.) tomando crédito. En este caso “La discusión se plantea al querer establecer cuándo la toma de crédito y el consiguiente endeudamiento dejan de ser prácticas razonables, proporcionadas, prudentes y cruzan el umbral del sobreendeudamiento, como actos perniciosos, excesivos, inconvenientes y no deseados”³⁶⁰. Pero delante a este tipo de sobreendeudamiento no hay que pensar siempre que se trate de fraude del deudor. Algunas veces estamos en presencia de víctimas de la industria del crédito. “Se habla de créditos abusivos o de exceso de crédito. Y no se trata de postulados trasnochados.”³⁶¹ De tal manera hay que establecer “cuándo la toma de crédito y el consiguiente endeudamiento dejan de ser prácticas razonables, proporcionadas, prudentes y cruzan el umbral del sobreendeudamiento, como actos perniciosos, excesivos, inconvenientes y no deseados”.³⁶²

El tema – profundizado en los trabajos individuales de los participantes a la investigación – no está sin embargo disgregado del consumo consciente, en cuanto que acercamiento prudente al crédito, y del préstamo responsable³⁶³. El primero –la aproximación responsable al consumo y, por ende, al crédito– debe basarse en criterios de propiedad y claridad, promoviendo una verdadera y propia cultura financiera que lleve a una a una mayor sensibilidad y consciencia respecto a los productos del crédito y, en consecuencia, a la adopción de actitudes prudentes en la asunción de obligaciones, como ya advirtió el considerando 26 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito para el consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo³⁶⁴.

El segundo –el préstamo responsable– quiere, por el contrario, reclamar a la Banca y a las entidades financieras la concesión de crédito responsable a través de un análisis cuidadoso de las condiciones económicas del cliente/consumidor, si bien tal actividad de control puede comportar el riesgo de un intervencionismo y de un control por parte de las entidades financieras sobre las

360 M.B.JAPAZE, Sobreendeudamiento del consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento. Ámbitos y procedimientos de actuación, p. 16, in https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/128453/1/DDP_JapazeMB_Sobreendeudamientoconsumidor.pdf

361 M.B.JAPAZE, cit. , p. 20.

362 M.B.JAPAZE, cit. , p. 15; P. GUTIERREZ DE CABIEDES, El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución: crisis económica, crédito, familias y concurso, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2009, p.19

363 Considerando que en el sobreendeudamiento no debe ser minusvalorada la posición de los acreedores en el momento de la concesión del crédito, cfr. G. FALCONE, Credito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore, en DF, I, 2010, 642-667; A. GUIOTTO, La nuova procedura per l’insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere, en Fallimento, 2012, 21. De esta manera en Francia la Comisión para el sobreendeudamiento no está obligada a ofrecer el mismo tratamiento a todos los acreedores, pudiéndose considerar el grado de imprudencia o de negligencia del mismo en la concesión del crédito, cuando estuviese en disposición de conocer la situación de endeudamiento en ese momento del deudor.

364 DOUE L-133, 22 de abril de 2008.

personas³⁶⁵. El tema - como ya dicho -ha sido objeto de atención por parte de la Directiva Comunitaria 2008/48/CE³⁶⁶ que, preocupándose también de un instrumento de prevención, del mismo modo tenía en cuenta, más allá de la información precontractual, el reconocimiento de un derecho de renuncia del consumidor en diversos ámbitos relacionados con el endeudamiento y con seguros; así como también contemplaba los controvertidos Registros de la insolvencia, que contenían una sección dedicada a los préstamos existentes y otra a los incumplidos.

El empresario puede llegar a la exclusión del mercado mientras que el consumidor puede terminar con la exclusión social si no paga todos los acreedores o no puede disfrutar de la liberación de las deudas pero no puede ser dejado sin medios para vivir.

Ahora se trata de decidir si la solución de perseguir los intereses de los acreedores tenga que ser absoluta en ambas crisis o si, al revés, la situación de debilidad del consumidor tenga que conducir a una solución pro deudor, menos respetuosa del principio de la responsabilidad patrimonial pero más cercana a los principios esculpidos en nuestras Constituciones para asegurar una existencia digna y a la valorización del principio recientemente introducido en nuestras leyes concursales para asegurar el fresh start al empresario. Pero, perdonar al deudor implica que los acreedores tengan que dar un paso atrás.

Sabemos bien que tradicionalmente la tutela de los acreedores ha ocupado una posición de absoluta centralidad en el ámbito sea civilista, sea concursalista. Nuestras reformas concursales no han disminuido la estrella polar de estos intereses incluso cuando han introducido el poder de dividirlos en clases o de no pagar íntegramente, bajo ciertas condiciones, los privilegiados.

Pero se trata de una tutela que hasta los últimos años, en muchos Países, ha sido concretizada (con raras excepciones) diversamente para los acreedores del empresario respecto a los acreedores del consumidor.

Sólo los primeros podían utilizar sea la ejecución singular sea los procedimientos concursales mientras que para los segundos el sendero de la ejecución individual constituía la única forma de tutela. La diferencia entre las dos formas de tutela del crédito siempre ha sido fuerte pero después de las reformas concursales lo es más.

La introducción por un lado de instrumentos negociales, flexibles, preventivos, disponibles por las partes y por el otro de la liberación de las deudas residuales (fresh start) ha ampliado el surco entre los dos sistemas. En el sistema concursal el sujeto puede terminar de ser deudor sea con los concordatos sea con el fallimento (quiebra). Para los sujetos excluidos de la ley concursal este final no está previsto.

La consideración del interés del deudor-empresario a no usar este “vestido” a tiempo indeterminado, ha sido una reciente adquisición del pensamiento jurídico concursalista. Se ha tratado de una reflexión orientada más por el interés del mercado – el empresario liberado de las deudas residuales regresa a desarrollar una actividad económica - que por el reconocimiento del derecho a una existencia digna. El fresh start del empresario (normalmente sociedad) tiene relevancia sobre todo para el mercado.

En el caso del consumidor puede al revés considerarse principalmente el interés del sujeto a

365 El peligro es señalado por M.J. MORILLAS, Sobreendeudamiento y (des) protección de los consumidores, cit., 7.

366 El legislador italiano ha recibido (a través del Decreto legislativo 141/2010) en el artículo 124-bis ese impulso proveniente de la Directiva comunitaria sobre el crédito para el consumo, encaminado a la verificación del mérito crediticio.

terminar con las persecuciones por parte de los acreedores aunque, pudiendo regresar al consumo, se pueda vislumbrar un interés de las empresas y del mercado. Tiene que ser claro que en todo caso la liberación de las deudas presenta un coste (directo e indirecto) sostenido por la colectividad.

La solución para el sobreendeudamiento, que representa un costo para la colectividad, tiene que ser evaluada también bajo el aspecto de su posible prevención y no sólo del instrumento reparatorio-satisfactorio. CARBONELL – puesto que “la finalidad principal en la norma consiste en garantizar una contratación responsable de los créditos” - hace encapí sobre tres pilares de prevención-protección del consumidor:

- La obligación de proporcionar información precontractual del particular con énfasis en la parte normativa comunitaria.
- La exigencia del establecimiento de medidas y reglas que garanticen prácticas responsables, una vez evaluada la solvencia del deudor en el momento de mayor nitidez.
- El reconocimiento del derecho del desistimiento del contrato de crédito sin penalización.

Historia del problema.

En el transcurso de los años, muchos de nuestros legisladores, convencidos que el aparato jurídico de la crisis debiera concernir exclusivamente al comerciante porque sólo su crisis levanta alarmas y tiene capacidad expansiva, instauraban nuevos y afinaban viejos instrumentos para la conservación de valores.

De hecho, en la última década, la normativa de la crisis del empresario ha sido radicalmente renovada, tanto en los instrumentos como en sus planteamientos.

Los Ordenamientos finalmente han adherido a una visión en la que, poniendo el mercado en primer plano, se considera la crisis como un suceso cíclico, formando parte no sólo del riesgo de la empresa sino también de las negociaciones. Sobre esta base nace y se afirma el reconocimiento, por un lado, de la supremacía de la negociación privada y, por el otro, del fresh start como señal de perdón por el incumplimiento y garantía del mercado.

Está claro que los legisladores respondían a necesidades de modernización para enfrentarse no sólo a las emergencias económicas del momento, sino también a la competencia entre ordenamientos³⁶⁷.

A veces extendían distraídamente la mirada sobre temáticas contiguas que, sin embargo, son socialmente delicadas, tal y como puede ser la crisis del deudor civil, del empresario agrícola y del así llamado pequeño empresario, aunque sin empeñarse a fondo en la búsqueda de una solución. “Quizá – observa MÉJAN - la trascendencia económica que produce un efecto multiplicador en el caso de la insolvencia de las empresas ha sido la causa de este énfasis en éstas, dejando de lado el problema de las personas naturales” (p. 1).

367 Sobre este punto, G.B. PORTALE, Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali, en *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Di Marzio - Macario (a cargo de), Milano, 2010, 15; G.B. PORTALE, La legge fallimentare rinnovata: note introduttive, en *BBTC*, I, 2007, 368 y ss.; Zoppini (a cargo de), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, 2004.

En definitiva, no se trataba de derribar el muro, existente desde hace siglos, que diferenciaba la normativa del insolvente comercial de la del insolvente civil, como, de hecho, de saltar el foso para pasar de un sistema anclado exclusivamente en los procedimientos ejecutivos individuales –un especialista argentino comenta que «Para el productor, industrial o comerciante rige la par condicio, para el consumidor el prior in tempore»³⁶⁸– a uno que permitiese una negociación de la crisis³⁶⁹ y un mecanismo de liberación de deudas también para los sujetos débiles³⁷⁰ como el consumidor (sea profesional o trabajador por cuenta ajena), el empresario de pequeñas dimensiones y el empresario agrícola, actualmente eliminado, aunque con planteamientos ya criticables, de los procedimientos concursales.

Estaba en juego, de nuevo, la barrera de la responsabilidad ilimitada, que aun hoy resulta para muchos insuperable para el supuesto del deudor civil (para el cual la liberación podría empujar a un consumo irresponsable³⁷¹), pero, desde hace tiempo, ya no para el empresario comercial³⁷².

Sin embargo, para muchos otros, la posibilidad de que todos los deudores puedan acogerse al instituto de la liberación de deudas parece una solución interesante, tanto desde un punto de vista social y humano como desde una perspectiva económica, permitiendo al sujeto que se beneficia recuperarse para reanudar su actividad laboral y llevar una vida digna. Aunque no sólo eso.

No puede, en efecto, descuidarse –tal y como cierta doctrina española ha demostrado³⁷³– el impacto que la previsión de la liberación de deudas despliega tanto sobre el deudor, animándole a recurrir a tiempo a un procedimiento de ordenación de sus propias deudas y a colaborar honesta y constantemente para la mejor ejecución posible del acuerdo, como (por anticipado) sobre el acreedor, convenciéndole a realizar los comportamientos acordados en la concesión del crédito y en la negociación. La perspicacia puede conducir –es cierto–a restricciones en el crédito para el consumo, del mismo modo que la ausencia de un instrumento para la liberación de deudas favorece una atrevida concesión del mismo y, en consecuencia, deriva en un consumo que puede

368 A.A. DASSO, La exaltación del consumo y el derecho del consumidor al procedimiento concursal, ponencia tenida en Roma durante la convención La composizione delle crisi da sovraindebitamento, los días 7al 8 de junio de 2012.

369 Ciertamente –como observa G. TERRANOVA, La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d’insieme, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Di Marzio - Macario - Terranova (a cargo de), Il Civilista, 8, 2012– el impulso que tienen los acreedores del empresario concursal a negociar hoy la crisis utilizando las protecciones previstas por los instrumentos a los que se refieren los arts. 67.3.e; 160 y 182-bis no se puede encontrar entre el acreedor y el deudor civil: «no están presentes los valores organizativos de salvaguarda y, por lo tanto, no hay dudas a la hora de interponer las acciones ejecutivas. Los acuerdos individuales con el deudor son posibles porque la revocatoria ordinaria no impide los pagos de deudas vencidas y exigibles (y ni siquiera las garantías concedidas para el mismo fin); no corriéndose riesgos de naturaleza penal».

370 A. AGNESE, Osservazioni storiche e comparatistiche sul concetto di sovraindebitamento del consumatore: lex mercatoria e privilegium mercaturae nel secondo millennio (disponible en: <<http://www.diritto.it/docs/33024>>), propone una lectura de la normativa del sobreendeudamiento en bajo el encuadre de una tutela de los sujetos contractualmente débiles.

371 Para evitar un abuso por parte del deudor, siempre más inclinado a sobreendeudarse si dispone de una discharge sucesiva (chapter VII del Bankruptcy Code), el ordenamiento estadounidense ha dado, según cierta doctrina, «una vuelta de tuerca injustificada» (E. WARREN - A. WARREN, *The Two-Income Trap: Why Middle- Class Mothers and Fathers Are Going Broke*, 6 y ss.), en la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act del 2005, insertando una serie de requisitos. Sobre este punto nos remitimos a J. PULGAR EZQUERRA, *Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar*, cit., 16/35.

372 En un sentido crítico, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, Bessone (director), vol. XXV, Turín, 2012, 37.

373 J. PULGAR EZQUERRA, *Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar*, cit.

llegar a ser desenfrenado y caer en un consecuente sobreendeudamiento³⁷⁴.

Es esta última una necesidad aconsejada por la Asamblea General de la ONU que ya del 9 de abril de 1985 dictó la resolución tendiente a que los países miembros dicten normativas que protejan a los consumidores. A su vez, en 1992, el Tratado de Constitución de la Unión Europea de Maastricht presentó en su articulado una sección dedicada a la “protección de los consumidores”.

Siguió la Guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas³⁷⁵ sobre la regulación de la insolvencia de 25 de junio de 2004 que, aunque se refiriese a los deudores que desarrollan actividad económica, no dejaba de señalar al deudor civil –siempre desde la óptica del reconocimiento al fresh start– como destinatario de las normativas adoptadas por diversos países en lo relativo a exonerar del pago de sus deudas anteriores en la apertura de un procedimiento para la resolución de la crisis.

La razón que está detrás del reconocimiento de la posibilidad, concedida al empresario persona física susceptible de procedimientos concursales, de liberarse de las deudas residuales es la de retomar una actividad económica (no siendo relevante que se trate de una actividad preexistente al concurso y que haya resurgido de sus cenizas o, en cambio, que sea nueva), lo cual es considerado conveniente tanto para el sujeto restablecido in bonis, que podrá volver a hacer empresa, como para el mercado, que se podrá aprovechar del intercambio empresarial.

Por el contrario, en el caso del deudor civil a diferencia de los supuestos en que nos encontramos con un empresario comercial no susceptible de quiebra o con un empresario agrícola– para muchos resulta difícil reconocer la exigencia de un instrumento de liberación de deudas. Entienden que, al faltar el componente empresarial, esto únicamente constituiría una liberación de las obligaciones a las cuales, precisamente en virtud del principio civilista de la responsabilidad ilimitada, el sujeto es tenido sine die para cumplir; además de que, por otra parte, su utilidad sólo es indirecta para el desarrollo de las empresas³⁷⁶.

Probablemente –como un estudioso español ha precisado (Beltran)– la institución del instrumento para ordenar el sobreendeudamiento se diferencia substancialmente del concurso en cuanto que el primero no tiene –a diferencia del segundo– como finalidad, la satisfacción de los acreedores, sino únicamente la adopción de medidas que permitan al deudor salir de la situación de endeudamiento.

“Así pues, el resultado del procedimiento de sobreendeudamiento puede no consistir ni en un Convenio ni en la liquidación del patrimonio del deudor, sino que pueden imponerse soluciones a los acreedores incluso contra la voluntad de éstos. Por lo tanto, la finalidad de la institución es permitir al particular sobreendeudado que ha actuado y actúa de buena fe, salir de la situación en

374 J. PULGAR EZQUERRA, Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar, cit. 19/35.

375 CNUDMI, Guía legislativa sobre el Régimen de la insolvencia, Nueva York, 2006, 24.

376 M. FABIANI, La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011), (disponible en: <www.ilcaso.it>). Como ha sido observado (B. PEÑAS MOYANO - D. PORRINI, Il sovraindebitamento delle famiglie: il rimedio del fallimento del debitore e l’esperienza spagnola, cit., 21), «El fresh start se fundamenta en la concesión de una especie de responsabilidad limitada a las personas físicas». El motivo contrario a la concesión es que, mientras que para la empresa empleo de las sumas recibidas están vinculadas a su actividad y la tipología de sucesos que inducen a la insolvencia son limitados, para la persona física el empleo del dinero es más libre y los sucesos que le inducen a su insolvencia pueden ser muchísimos, algunos desde fuera de la esfera de control del acreedor o algunos dirigidos desde fuera de la esfera de control del mismo deudor (como el comienzo de una enfermedad).

que se encuentra³⁷⁷.

Algunas sintéticas informaciones sobre los distintos Ordenamientos.

En efecto, hasta los últimos años, en los demás Ordenamientos, faltaba una regulación de carácter concursal especial que atendiese la situación de crisis financiera o económica del consumidor. La mayor parte solucionaba el problema a través del procedimiento ejecutivo previsto en el código procesal, mientras que solo los Ordenamientos que prevén los procedimientos concursales como regla para todos los deudores, habían sometido el consumidor al mismo procedimiento concursal previsto para el empresario.

Esta solución ha revelado muchos inconvenientes. Se trata de medidas desproporcionadas y ineficientes. CARBONELL indica en particular dos puntos:

- En primer término, se apunta tanto en la complejidad de los elevados costes económicos y temporales del concurso, en proporción de sus posibilidades.
- En segundo término, la inadecuación de algunos efectos de la declaración del concurso del consumidor e ineficiente de la pública declaración de concurso en general.

Aparece así como deseable un procedimiento concursal autónomo. Todos los investigadores coinciden sobre esta solución.

Lenta ha sido la toma de conciencia de la necesidad de una regulación (específica) de la crisis del deudor-consumidor a pesar de que a nivel comunitario, ya desde 1992, una resolución del Consejo con fecha 13 de julio (seguida por el dictamen del CESE, de 27 de mayo de 1999, que encomendaba a la sección de Mercado Único, Producción y Consumo el deber de preparar un informe a propósito del sobreendeudamiento y de proceder mientras tanto a la redacción de un Libro Verde que conteniase una definición del fenómeno que pudiera constituir la plataforma sobre la cual los legisladores nacionales pudieran fundar su normativa al respecto) recomendándose un examen de la cuestión del sobreendeudamiento.

Delante a esta lentitud de los Legisladores podríamos simplemente pensar que la frenética búsqueda de siempre más sofisticados instrumentos para la crisis de las empresas había relegado a un segundo plano el problema del sobreendeudamiento del consumidor.

De verdad estaba en juego, de nuevo, la barrera de la responsabilidad ilimitada, que resultaba insuperable para el caso del deudor civil (para el cual la liberación podría empujar a un consumo irresponsable³⁷⁸), aunque desde hace tiempo, ya no lo era para el empresario comercial³⁷⁹.

377 A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, El presupuesto subjetivo de la declaración de concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, en *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale e spagnolo a confronto*, Sarcina - García Cruces (a cargo de), Bari, 2008, 85 y ss.

378 Para evitar un abuso por parte del deudor, siempre más inclinado a sobreendeudarse si dispone de una discharge sucesiva (chapter VII del Bankruptcy Code), el ordenamiento estadounidense ha dado, según cierta doctrina, «una vuelta de tuerca injustificada» (E. WARREN - A. WARREN, *The Two-Income Trap: Why Middle- Class Mothers and Fathers Are Going Broke*, 6 y ss.), en la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act del 2005, insertando una serie de requisitos. Sobre este punto nos remitimos a J. PULGAR EZQUERRA, *Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar*, cit., 16/35.

379 En un sentido crítico, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, Bessone (director), vol. XXV, Turín, 2012, 37.

Sin embargo la posibilidad de que todos los deudores puedan acogerse al instituto de la liberación de deudas parece una solución interesante, tanto desde un punto de vista social y humano como desde una perspectiva económica, permitiendo al sujeto que se beneficia recuperarse para reanudar su actividad laboral y llevar una vida digna. Aunque no sólo eso.

No puede, en efecto, descuidarse –tal y como cierta doctrina española ha demostrado³⁸⁰– el impacto que la previsión de la liberación de deudas despliega tanto sobre el deudor, animándole a recurrir a tiempo a un procedimiento de ordenación de sus propias deudas y a colaborar honestamente y constantemente para la mejor ejecución posible del acuerdo, como sobre el acreedor, convenciéndole a realizar los comportamientos acordados en la concesión del crédito y en la contratación.

Variedad de Países significa variedad de Ordenamientos que con respecto a la materia investigada resulta especialmente evidente. De verdad, y como premisa al nuestro tema, hay que señalar, en primer lugar, que los Ordenamientos concursales, antes que nada, se diversifican por el amplitud del presupuesto subjetivo, ahora comprendiente todos los deudores, independientemente del desarrollo de una actividad económica, ahora reduciendo el área sólo a los empresarios.

En segundo lugar, comenta ESTECHE que “en los diferentes ordenamientos jurídicos la situación es diferente disponiendo de soluciones judiciales y extrajudiciales, percibiendo dos grandes tendencias: la primera, que regula el sobreendeudamiento del consumidor desde el ámbito del Derecho del consumidor; y la segunda que regula la situación desde el ámbito del Derecho de la insolvencia, en cuanto pareciera que el sobreendeudamiento se encuentra en una zona fronteriza entre el Derecho concursal y el Derecho del consumidor”³⁸¹.

Aparte de esta fundamental distinción, hay que indicar que en todo caso las soluciones ofrecidas por los diversos Ordenamientos nunca han sido lineales por la dificultad o de utilizar herramientas diseñadas para el sujeto económico, o de buscar instrumentos ágiles, pero respetuosos de los derechos en juego (de los acreedores y del deudor) o de seguir utilizando el procedimiento ejecutivo que, de frente a un patrimonio insuficiente, poco y mal protege los derechos de los acreedores.

Las diferencias entre los Ordenamientos dependen (MÉJAN, p. 3) de las circunstancias sociales, económicas y jurídicas que les son peculiares. Estas últimas se reflejan en el tipo de solución ofrecida al tema del sobreendeudamiento del consumidor.

Tenemos que recordar que la situación de América es variada.

Por un lado hay los EEUU donde una reglamentación se remonta en el tiempo, por el otro hay Latinoamérica donde hasta el 2011, a nivel de Organismos Superiores, no se abordaba el tema de una protección integral del consumidor.

“No lo hizo – comenta ESTECHE - la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano durante la quinta sesión Ordinaria realizada en Panamá en 2006, en la cual presentó un proyecto de Ley Marco de Defensa del Usuario y Consumidor. Y en el ámbito del Mercosur, nada se establece en la normativa comunitaria acerca del sobreendeudamiento.

No obstante, se cuenta con una Ley Modelo de Insolvencia Familiar para América Latina y el

380 J. PULGAR EZQUERRA, Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar, cit.

381 E. ESTECHE, El sobreendeudamiento del consumidor un desafío del nuevo milenio, p. 4.

Caribe del 2011, elaborada por Consumers International, la cual en su artículo 1º establece un procedimiento administrativo y judicial que permite a las personas usuarias de productos y servicios financieros que se encuentren en situación de insolvencia celebrar un acuerdo de pago con sus acreedores y cumplir así con sus obligaciones pecuniarias pendientes de naturaleza no comercial”³⁸².

Observa ESTECHE (p. 7) que “En el Derecho latinoamericano, (...) la mayoría de los países fueron sancionando normas reguladoras de las relaciones de consumo a partir de legislaciones especiales, sin embargo, el sobreendeudamiento no ha sido tutelado, ni desde el ámbito del Derecho del consumidor, ni desde el ámbito del Derecho concursal, en tanto este se aplica a toda clase de deudor en cesación de pagos, en la mayoría de las legislaciones. Sin embargo, la doctrina se ha encargado de presentar proyectos sobre la insolvencia o quiebra personal o familiar, incluyendo sistemas de descarga de la deuda para el consumidor que ha llegado a una situación de cesación de pagos”.

En igual medida si miramos a Europa – y en particular a Alemania, España, Francia, Italia – encontramos una situación análoga por la presencia de respuestas tempestivas en el abordaje del tema y otros llegaron o no han llegado todavía a una reglamentación específica.

Los participantes a esta investigación han logrado hacer un cuadro del estado del arte sobre este problema en algunos Países de America y de Europa.

Ordenamientos que no tienen hasta hoy una disciplina para la crisis del consumidor ni concursal prevista para el empresario ni siquiera específica: Brasil, México, Venezuela.

Brasil - En el ordenamiento brasileño, todo orientado hacia la empresa, no existe una ley especial que regule la insolvencia del consumidor. La ley brasileña 11.101/2005 pone a disposición del empresario privado y de la empresa-persona jurídica dos instrumentos preventivos (la Recuperación Judicial, análoga al anterior acuerdo, y la Recuperación Extrajudicial) y uno liquidativo (el concurso con instrumentos alternativos a favor de la continuación de la actividad. La ley prevé un convenio preventivo simplificado para la micro empresa y la empresa de dimensiones medias (su regulación específica está articulada en la ley 9.841/1999 y sus modificaciones), permitiendo que el deudor pague a sus acreedores indicados hasta los 36 meses, con la corrección monetaria que sea oportuna. Ningún remedio de tipo concursal está previsto para el consumidor.

México - La Ley de Concursos Mercantiles 2.5.2000 establece su presupuesto objetivo en la empresa en el art. 1, donde aparece fijado el objetivo de la ley: «conservar las empresas y evitar el incumplimiento generalizado que ponga en riesgo su viabilidad». Como consecuencia se puede tratar de personas físicas o morales que presenten el carácter de comerciante, según lo dispuesto en el Código de Comercio, e incluye el patrimonio del fideicomiso, la sociedad controladora o controlada y la empresa con participación estatal constituida como sociedad mercantil. Están, sin embargo, excluidas del concurso los pequeños comerciantes cuyo pasivo exigible vencido no exceda de un determinado importe, salvo que se sometan al ordenamiento concursal de forma voluntaria. En lo relativo al presupuesto subjetivo de comerciante están excluidos, por razón de la calidad, los deudores no comerciales: los consumidores³⁸³.

382 E. ESTECHE, El sobreendeudamiento del consumidor un desafío del nuevo milenio, p. 4.

383 Sobre este punto cfr. L.M.C. MEJAN, Instituciones esenciales del derecho de la insolvencia, Ciudad de México, 2012, 85: «Países como México, dejan la insolvencia personal como parte de su régimen de Derecho civil y regulan la

Con respecto a la crisis del consumidor se aplican las reglas dispuestas en Los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles. MÉJAN observa que: “Los Códigos Civiles y los de Procedimientos Civiles de cada entidad atienden el tema, pero es fuerza reconocer que su uso es esporádico y está lejos de ser un régimen adecuado para atender la problemática.”

Venezuela. El ordenamiento venezolano consta de la ley de quiebras contenida en el Código de Comercio de 1955, que se aplica a las empresas individuales y societarias. En la crisis del deudor civil, a pesar de la presencia del instituto de la cesión de bienes y del concurso de los acreedores, regulados en el código civil y en el código de procedimiento civil, se aplican las acciones ejecutivas individuales reguladas en el código de procedimiento civil³⁸⁴. En este Ordenamiento hay una regulación proteccionista del consumidor que, pero, no trata de su sobreendeudamiento. ESTECHE explica que: “En el sistema legislativo venezolano no existe una normativa que regule el escenario del sobreendeudamiento del consumidor o la insolvencia personal o familiar. Para los deudores civiles que se encuentren en la imposibilidad de pagar sus deudas, se consagra el procedimiento de Cesión de bienes, previsto en el Código civil, que consiste en el abandono que un deudor hace de todos los bienes en favor de su acreedor o acreedores”. Como propuesta ESTECHE – retomando una notación de JUNYENT³⁸⁵ – escribe: “la tutela hacia el consumidor viene impuesta por mandato constitucional, hecho que no puede ser negado ni discutido, pero obliga a una relectura normativa para buscar la eficiencia social del sistema de protección de los consumidores, y mucho más en el caso venezolano en el cual el Estado es definido como un Estado social de derecho y justicia”. (...) Así “se comienza a reclamar la necesidad de un procedimiento especial para las personas físicas que obtienen sus ingresos del trabajo personal (en relación de dependencia o no) y con escaso o nulo activo, por resultar evidente que los procedimientos concursales, no dan respuesta satisfactoria a todos los intereses involucrados en el concurso personal o familiar de los consumidores. (...) la legislación especializada la normativa podría ser incluida como un capítulo dentro del contenido normativo propio para la protección del consumidor, incorporando la regulación del sobreendeudamiento fundamentalmente bajo un procedimiento conciliatorio inicial, previendo un mecanismo tan valioso como el discharge (descarga o liberación), a fin de que continúe cumpliendo su función particular en el libre juego de la oferta y la demanda, como protagonista que es del mercado, incluso ha llegado a afirmarse que al desaparecer los consumidores del mercado, este tiende a paralizarse.”

insolvencia de empresas (personas físicas o morales) mediante una legislación mercantil ad hoc incorporando los casos de herencias, socios ilimitadamente responsables, fideicomisos, empresas de participación estatal, pequeños comerciantes y sucursales de empresas extranjeras».

384 Cfr. A. BAUMEISTER TOLEDO, Conferencia tenida en el Seminario Latinoamericano y del Caribe sobre Insolvencia, México, octubre de 2000 (he podido leerla por concesión del autor): «Nuestro sistema jurídico todavía contempla una rígida separación de las normativas aplicables a los comerciantes y al resto de los ciudadanos, lo que explica existan ordenamientos diferentes en casos de concursos según se trate de que los deudores afectados sean o no comerciantes, más ambos, persiguen como fin común, procurar una liquidación justa y equitativa del patrimonio entre los acreedores. En todo caso, la moratoria judicial (Atraso) y la Quiebra, siempre han sido reservados para solventar la situación de crisis de los comerciantes. Para los no comerciantes se conservan aún instituciones procesales de vieja data, materialmente olvidadas y en absoluto desuso, reguladas en el Código Civil (Arts. 1934 y ss.) y en el Código Procesal (789 ss.), como lo son la Cesión de Bienes y el Concurso de Acreedores». Sobre el derecho concursal venezolano nos remitimos a M.A. PISANI RICCI, La quiebra. Derecho venezolano, Caracas, Editorial Universidad Central de Venezuela, 1990.

385 F. JUNYENT BAS, El sobreendeudamiento del consumidor y las vías de saneamiento. En: XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina. Comisión 3: Concursos. Tratamiento del pequeño concurso y si diferencia con el concurso del consumidor. Rosario, 28 y 29 de Junio 2012. Disponible en: <http://foroconcursal.org/docs/14964241.pdf> . “El proceso concursal, ni en su faz preventiva ni mucho menos en la liquidativa, aparece como un vehículo idóneo para que el consumidor intente renegociar con sus acreedores, pues resulta patente que con el sueldo no puede enfrentar la totalidad del pasivo.”

Entre los otros Ordenamientos esta es la clasificación a la cual hemos llegado (MÉJAN, p. 3 ss.):

Regímenes que utilizan para las personas naturales la legislación de insolvencia prevista para los empresarios (con o sin procedimientos simplificados o específicos): Alemania, Argentina, España, Estados Unidos de América, Perú.

Alemania - La Insolvenzordnung de 1994 (en vigencia el 1 de enero de 1999) prevé mecanismos de tutela del consumidor sobreendeudado y la liberación de deudas para los civiles insolventes (también consumidores). Para el Ordenamiento Alemán consumidor es aquella persona física que no desarrolla ni ha desarrollado ninguna actividad económica (un empleado, un funcionario, un jubilado, una ama de casa, etc.).

Tres son los procedimientos previstos en la ley concursal de Alemania. Por un lado, un trámite aplicable a las personas jurídicas; otro, al que pueden acogerse todas las personas físicas tras liquidar su patrimonio; y un tercero, denominado Restschuldefreiung, específico para los consumidores, que pueden acceder a la exoneración del pasivo pendiente dentro del procedimiento concursal. El deudor debe acompañar a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, una certificación expedida por persona u oficina habilitada en la que conste que en un plazo de hasta 6 meses anteriores a la solicitud de apertura del concurso, procuró arribar, sin éxito, a un acuerdo extrajudicial con los acreedores. En esa oportunidad deberá expresar las razones que impidieron esa solución o concordato.

La liberación del pasivo pendiente puede alcanzarse como consecuencia de la aprobación de un plan de insolvencia, cuya regulación presenta matices según el tipo de deudor.

Para la empresa el saneamiento se presenta como una alternativa a la liquidación. Requisitos para llegar al saneamiento es que la conservación de la empresa corresponda al interés de los acreedores y su continuidad sea viable. Si el plan de pagos con liberación de pasivo pendiente propuesto es votado favorablemente por los acreedores se admite la liberación de las deudas. Es la única vía por la que las personas jurídicas en crisis puedan liberarse de las deudas residuas.

Para las personas físicas, por el contrario, hay un procedimiento de condonación de deudas general (Allgemeines Insolvenzverfahren) y un procedimiento simplificado para los consumidores (Verbraucherinsolvenzverfahren,) cuya estructura presenta sustanciales diferencias con el primero. La obtención definitiva del beneficio está condicionada a la superación del referido período de buena conducta. Es, precisamente, la previsión de ese período de buena conducta y la imposición de las obligaciones al deudor durante el mismo, una de las notas distintivas del modelo de exoneración diseñado por el Derecho alemán.

Presentada la solicitud de apertura del concurso por parte del deudor, juntamente con la petición de liberación de deudas, se abre la fase de tramitación de convenio con los acreedores, bajo la supervisión del juez interviniente. A partir de ese momento, el juez articulará ciertos instrumentos orientados a procurar que los acreedores acepten el plan propuesto por el deudor. En el caso de aceptación, el plan tiene la eficacia de una transacción judicial y la resolución que lo homologa constituye título de ejecución forzosa, habilitándose la clausura del procedimiento. Por el contrario, si los acreedores rechazaran la propuesta de pagos del deudor, se abrirá el procedimiento de insolvencia simplificado. Iniciado el procedimiento propiamente de insolvencia (arts. 311-314 InsO), se impone la designación de un fiduciario (Treuhänder), que administrará los bienes del deudor, informará sobre su situación económica, sobre las causas de la insolvencia y

sobre la concurrencia de los requisitos para la obtención de la liberación de deudas, debiendo asimismo reconocer los créditos que le sean comunicados.

ARGENTINA - Ley 24.522/1995 reformada con las leyes 25.589/2002; 26.086/2006 y 26.684/2011, dedica la normativa “de Concursos y Quiebras” a todas las personas de existencia visible o ideales de naturaleza privada, incluyendo a aquellas en las cuales el Estado, la Provincia y los Entes Locales participen en cualquier medida, y también los patrimonios separados y los deudores domiciliados en el extranjero con respecto a bienes existentes en el país (art. 1).

Bajo este punto de vista el consumidor parece estar comprendido entre la persona de existencia visible y, consiguientemente, el procedimiento previsto en la ley de Concursos y Quiebras está disponible para el consumidor. Sin embargo la ley está estructurada sobre el comerciante, por lo que la regulación resulta insuficiente para comprender las características particulares de la actividad negocial del consumidor.

Como sucede en todos los ordenamientos en los que no existe un tratamiento específico para el sobreendeudamiento, la Ley de Concursos y Quiebras n. 24.522 incluye un breve capítulo destinado a los así denominados pequeños concursos, cuya regulación se basa en un criterio meramente dimensional, apareciendo comprendido como presupuesto subjetivo el consumidor, a causa de las reducidas características del sobreendeudamiento.

Son comprendidos los deudores con un pasivo inferior a los 10.000 pesos, con no más de veinte acreedores relacionados y no menos de veinte empleados. La única diferencia respecto al procedimiento de los comerciantes son las siguientes: no se requiere una verificación del contador público sobre el estado del patrimonio y la certificación de las deudas, no hay un comité de acreedores y no se aplica el sistema conocido como *crawm down* o sustitución del empresario establecida en el artículo 48 (arts. 288 y 299).

Todo ello significa que en Argentina hasta hoy la insolvencia del consumidor tiene un tratamiento idéntico a aquel previsto para la pequeña y mediana empresa, de manera que el criterio de admisibilidad no pone obstáculos ni cuantitativos ni cualitativos para su acogida. Se han tenido diferentes proyectos ante las Cámaras.

En 2002 fue presentado un proyecto de “Ley para pequeños deudores” y en 2011 del nuevo “Régimen de Sobreendeudamiento para pequeños deudores”, que establecía un procedimiento extrajudicial, conciliatorio y un procedimiento de restablecimiento personal, presumiendo la buena fe del deudor, aplicable a toda persona física. Con respecto a la posibilidad de exoneración de deuda, en el caso que no alcanzase a cubrir la totalidad de los créditos una vez descontados los gastos del procedimiento, el saldo se habría dividido entre los acreedores, considerándose extinguidas las obligaciones salvo las deudas originadas por créditos alimentarios, reparaciones pecuniarias y multas fijadas judicialmente.

En el 2015 Argentina presentaba un proyecto de procedimiento especial para el deudor sobreendeudado. Por lo que tiene que ver el presupuesto objetivo el Proyecto habla de la situación de sobreendeudamiento del consumidor, que “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” (Junyent). Siguiendo la legislación del derecho comparado pueden acceder al procedimiento especial “las personas humanas que:

1. no realicen una actividad económica organizada ni resulten titulares de una

- empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios;
2. realicen una actividad como empleados públicos o privados en relación de dependencia;
 3. ejerzan una profesión liberal no organizada bajo la forma de empresa;
 4. realicen una actividad autónoma e independiente no organizada bajo la forma de empresa

La circunstancia de que dichas personas humanas se encuentren inscriptas como empleadores y tengan personal en relación de dependencia en número no mayor a tres (3) trabajadores, no obstará a su inclusión dentro del régimen regulado por el presente capítulo.”

El procedimiento podrá ser solicitado exclusivamente por el deudor, o por apoderado con facultad especial, mientras no haya sido declarado en quiebra. El procedimiento tiene como “figura central” al juez y al conciliador, pues la ley busca que el deudor logre un acuerdo con los acreedores, de allí que se faculte al primero a tomar todas las medidas necesarias a esos fines.

Los efectos de la apertura son fundamentalmente la suspensión de todas las acciones dirigidas en contra del pequeño deudor y especialmente, las ejecuciones de créditos con garantías reales para habilitar la posibilidad de un acuerdo. La apertura del procedimiento no afecta la legitimación del deudor, el que conserva sus facultades para desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia.

El esquema legal establece que la etapa conciliatoria concluye cuando se obtuviere la conformidad de acreedores que representen la mayoría absoluta del capital verificado y declarado admisible.

La finalización de la etapa conciliatoria concluye con la firma del instrumento del convenio, el que puede tener diversas categorías, a los fines de dotar de máxima flexibilidad las alternativas concordatarias, todo lo cual debe ser informado al tribunal, en el plazo de 48 hs. de concluir el plazo de 90 días, dando cuenta de las mayorías obtenidas, y del convenio que se haya conformado entre el deudor y los acreedores.

En caso contrario, el conciliador deberá formalizar su propio plan de saneamiento el que quedará a estudio del tribunal a los fines de la etapa homologatoria.

Como una forma de evitar el abuso de este tipo de procesos, se establece que no puede presentarse una nueva petición hasta después de un año de cumplimiento del acuerdo o plan de reorganización dispuesta por el tribunal.

La especial situación de la persona humana insolvente y con una situación irreversible, desde el punto de vista conciliatorio, concluye sin quiebra, pero mediante la liquidación de los bienes que existen.

El proceso liquidatorio implica el desapoderamiento del deudor pero con notas especiales. Así, cabe reiterar que el desapoderamiento no implica la inhabilitación del deudor que mantiene las facultades de desarrollar tareas en relación de dependencia y profesionales y por ende, los bienes desapoderados son aquellos existentes al momento que se dispone la liquidación.

De tal modo, el deudor por ser una persona humana no pierde en ningún momento la capacidad de adquirir nuevos bienes, lo que implica la existencia de una “nueva masa” que no puede ser agredida por los acreedores anteriores, salvo como se señalará oportunamente los

gastos de justicia del presente proceso, las obligaciones alimentarias del deudor, y los que constituyan créditos originados en daños a la persona humana.

El Proyecto ha tenido en claro, luego del estudio de campo realizado en distintos tribunales del país, que la mayoría de éstos procedimientos concluyen por “falta de activo” y, de allí, que la persona humana, cuyo trato digno en el ordenamiento jurídico resulta una directiva central, merece lo que en el derecho comparado se llama “fresh start” .

Para ello, se establece “la descarga” de todo el pasivo que ocasionó la situación de sobreendeudamiento o cesación de pagos, disponiéndose la extinción de los créditos por título o causa anterior a la liquidación.

En este punto, cabe aclarar que se exceptúa de la extinción de las deudas alimentarias que tenga el deudor a título personal y aquellas provenientes de daños a las personas.

Por último, también resultan exigibles los gastos de justicia de éste presente proceso de conformidad al artículo 318.

El anteproyecto descarta la adscripción a los modelos puramente administrativos considerando más apropiado mantener la judicialidad pero, con importantes concesiones a los aspectos privatistas particularmente focalizados en el protagonismo asignado al conciliador al que queda referido el auspicio y la negociación del acuerdo, incluyendo el control de la formación del estado pasivo de las formas del acuerdo y, en su caso de la formulación del plan propuesta de repago.

El rol judicial se mantiene siempre concretado no sólo en el control de legalidad sino también en el de mérito y oportunidad pues, sigue siendo potestad judicial exclusiva la resolución de verificación, y la homologación del acuerdo.

De todas formas, el norte del procedimiento está en el saneamiento de la economía familiar y de allí la relevancia que tiene la nueva visión normativa que deben asumir tanto el juez como el conciliador, como facilitadores y promotores del acuerdo, dotándose al órgano jurisdiccional de la facultad de imponer este último más los acreedores cuando se entiende que es una solución equitativa que respeta el principio del esfuerzo compartido.

“Por ello, del sistema la solución del estado de crisis – como JUNYENT observa - y la consecuente reincorporación del deudor al mercado de consumo por vía de la descarga de su pasivo de las obligaciones el procedimiento culminará a falta de acuerdo con la imposición judicial de un plan de repago, o aún de remisión del pasivo, obviando la clásica condición del acuerdo mayoritario”.

Otro aspecto importante en el problema de la insolvencia del consumidor es el de la información que debe focalizarse no sólo en los medios e instrumentos de promoción o propaganda del producto o servicio, sino también en la formación del sujeto consumidor- usuario, aspecto que está ligado al hecho objetivo de las características del producto y a su garantía. Todo ello debe ligarse también a la educación respecto a no abusar del recurso al crédito, que constituye un elemento que facilita el acto de consumir.

España: “En el Ordenamiento Jurídico español, que responde a un principio de unidad subjetiva en materia de insolvencia, no se distingue, en cuanto al régimen de aplicación, entre personas físicas y jurídicas. Las especialidades vienen determinadas por las cuantías o por la intervención de determinados acreedores, como las entidades financieras (...)” (RODRÍGUEZ MASEDA, p. 3).

La normativa española de los procedimientos concursales se caracteriza por ser unitaria: la

unitariedad deriva tanto de la codificación en un único texto de toda la normativa relativa a la insolvencia como de la uniformación de los requisitos sustanciales y procesales relativos al procedimiento concursal.

En efecto, desde un punto de vista sustancial, la nueva ley se caracteriza por: unidad de normativa, o lo que es lo mismo, que las nuevas disposiciones se aplican tanto a las sociedades y a las personas jurídicas como a las personas físicas, prescindiendo de su cualidad de empresarios; unidad de presupuesto objetivo, lo cual se deriva de que la ley, en vez de referirse a diferentes perfiles procesales, prevé un procedimiento único denominado concurso que, sustituyendo la suspensión de pagos y la quiebra, se concreta en un procedimiento encaminado a la liberación de deudas del sujeto deudor.

En lo que concierne a los efectos frente al deudor a nivel personal, la ley ha atenuado en gran medida los efectos represivos previstos en el régimen previamente vigente, sancionando con la inhabilitación sólo al deudor que en el concurso ha sido calificado como culpable. Desde un punto de vista patrimonial, la ley establece que, con carácter general, el deudor civil conserva el poder de administrar los propios bienes y, en el caso en el que éstos desarrollen una actividad profesional, la declaración de concurso no interrumpe la actividad que continúa también durante el proceso. Sin embargo, la ley distingue entre deudor culpable e inocente, estableciendo que únicamente en el caso de concurso voluntario no se producen los efectos de la desposesión (y, por lo tanto, la posibilidad del deudor de disponer de sus bienes también durante el procedimiento). Por el contrario, si el concurso ha sido solicitado por los acreedores, la administración de los bienes del deudor es encargada al administrador concursal.

No obstante ello, afirmada la unidad del procedimiento, de una lectura detallada de la Ley Concursal emerge como esta ley en verdad se ocupa casi exclusivamente de las crisis económicas de los deudores con forma jurídica de sociedad comercial y, en cambio, omite al deudor civil y también al deudor pequeño empresario.

La Ley Concursal, en sus artículos 190 y 191, ha regulado un procedimiento abreviado y esta normativa sucinta podría ser adaptada a las situaciones de insolvencia de las familias, pero en la práctica esto no ha sido así porque dicho procedimiento abreviado sigue siendo complejo en sus reglas y económicamente costoso para las familias. El procedimiento previsto en los artículos 190 y 191 ha resultado, por tanto, adaptado para pequeños empresarios, pero siempre con una cierta dimensión económica³⁸⁶.

En el 2015 se han venido introduciendo disposiciones específicas para la insolvencia de personas naturales³⁸⁷ y, en particular, “en su última versión derivada de la redacción otorgada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, el artículo 178 bis de la Ley Concursal incorpora la vigente regulación de la “discharge” española, criticada por la mejor doctrina. La actual redacción procura superar alguna de las justificadas críticas recaídas sobre la versión anterior. Se establece que el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, solicitándolo de forma expresa ante el Juez que regula el concurso. Únicamente se admitirá la solicitud de

386 Para una crítica sobre esta formulación cfr. B. PEÑAS MOYANO, Concurso de consumidores, en La Ley, 2008, 281 (disponible en: www.laleydigital.es); cfr. M. ZABALETA DÍAZ, La condonación de las deudas pendientes en el derecho concursal alemán, en (Aa.Vv.) Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. 1, Madrid-Barcelona, 2005; P. GUTIERREZ DE CABIEDES, El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución, Pamplona, 2009; J. PULGAR EZQUERRA, Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar, cit, 2/35.

387 Ley 25/2015 de 28 de julio con su fe de erratas de 11 de diciembre, ambos de 2015.

exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe²⁷, estableciendo los requisitos necesarios para alcanzar tal condición: (i) que el concurso no haya sido declarado culpable; (ii) que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso; (iii) que, reuniendo los requisitos establecidos en la Ley, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. El fresh start, encuentra una limitación cuantitativa, al exigir que el deudor que pretende gozar de este beneficio haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. Es decir, para obtener este beneficio, el deudor tendrá que ir pagando los créditos que se devenguen una vez declarado el concurso y que tengan la calificación de créditos contra la masa, incluso los propios de su endeudamiento; y los correspondientes a la actuación profesional: abogados, procuradores y administración concursal. Adicionalmente, verá ejecutados sus bienes gravados con derechos reales ejecutables, puesto que la exoneración es un efecto del concurso del deudor, que es concurso necesariamente de liquidación, y que únicamente otorgará el beneficio una vez que haya concluido la fase de liquidación con el fin de la realización de los bienes. En ningún caso la exoneración afectará al crédito público que se regirá por su régimen correspondiente, que no contempla ningún tipo de remisión de deudas por insolvencia. Además, en aquellos casos en que el deudor, persona física, acude de forma directa al concurso de acreedores, no intentando un acuerdo extrajudicial de pagos, por superar su pasivo la cuantía señalada para dicho procedimiento, deberá pagar, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

El Legislador aporta un régimen alternativo, para el caso de que no se haya cumplido con el pago del 25% de los créditos concursales que señalamos en el párrafo anterior, para que el deudor persona física alcance el beneficio de exoneración estableciendo: (i) que acepte someterse a un plan de pagos para las deudas que no queden exoneradas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso; (ii) que no haya incumplido las obligaciones de colaboración con la administración concursal; (iii) que no haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años; (iv) que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y (v) que acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

Como indicamos, la concesión del pasivo requiere una petición por parte del deudor, en el seno del proceso concursal. Únicamente podrán formular oposición, que se tramitará como un incidente concursal, la administración concursal y los acreedores personados, cuya oposición únicamente podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos analizados, constitutivos del concepto normativo de buena fe.

Uno de los elementos constitutivos de esta regulación, mas discutidos es la posibilidad de que cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados. Además la norma contempla que podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos: a) Incurriese en alguna de las circunstancias que hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho; b) en su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan

de pagos, o; c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. También podrá el juez, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. (RODRIGUEZ MASEDA, 16). ”

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA –En este Ordenamiento la persona natural cae en la definición legal de “deudor” (debtor) del artículo 101 del Código de quiebras (Bankruptcy Code). “La disciplina prevee que el deudor concorra al juez de la quiebra a pedir una orden judicial de redención o espera, y ésta opera la suspensión de las acciones judiciales, habilitando a la persona a presentar un plan de pagos en un término de 90 días. El régimen se estructuraba, fundamentalmente, sobre las alternativas regladas en los capítulos 12 y 13 de la ley de bancarrotas, y el juez a cargo del proceso convocaba a los acreedores a una audiencia para lograr la confirmación de dicho plan.

Este sistema fue modificado en el año 2005, requiriéndose que todo sometimiento a proceso concursal debía acompañarse de una certificación de que el deudor había asistido a un curso de asesoramiento financiero y, de lo contrario, se habilitaba al juez para declarar la quiebra bajo el procedimiento del capítulo 7. Ahora bien, la última reforma de la ley de quiebras estadounidense del año 2005, que intentó equilibrar los abusos de la descarga de deudas por parte de los consumidores, ha recibido una severa crítica por parte de la doctrina. La reforma, que pretendió actuar sobre el abuso del sistema, funcionó en los hechos, no como un colador, sino más bien como una barricada (...)”(JUNYENT, p. 12).

PERÚ – El Legislador peruano se encuentra, como CARBONELL afirma, “en grave deuda con la manda del Artículo 65 de la Carta Magna peruana” porque falta todavía una regulación específica para el consumidor.

El ordenamiento concursal peruano se apoya sobre la Ley 27809/2002, reformada en el 2006. Se caracteriza, al igual que la colombiana, por la desjudicialización del procedimiento y por la consiguiente atribución de los procedimientos a un órgano administrativo que depende del poder ejecutivo. Ese órgano es el Instituto Nacional para la tutela de la competencia y de la propiedad intelectual (INDECOPI), que ha sido legitimado para realizar acuerdos con las instituciones representativas de cada ramo de la actividad económica. De hecho el ordenamiento atribuye a tal órgano los poderes de Jueces concursales.

Entre los ordenamientos latinoamericanos, el peruano ofrece con una mayor precisión una metodología explicativa de los conceptos (como puede ser el ejemplo de su artículo 1, que contiene un glosario con el cual define el presupuesto subjetivo focalizado en el «deudor: persona

natural o jurídica, sociedades conyugales y sociedades individuales. Se incluye las sociedades en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras»). Desde el momento que esta ley se aplica al patrimonio del deudor, su genérica definición abraza el patrimonio de la persona física, comprendiéndose así la inexistencia de una normativa directa específicamente dirigida al consumidor.

Perú, en 2012 propone un proyecto – inspirado a la legislación francesa - sobre una “Ley de Insolvencia Familiar” a fin de brindar una segunda oportunidad mediante un procedimiento conciliador, siguiendo el modelo francés, a los consumidores o usuarios del sistema financiero en situación de sobreendeudamiento por causa excepcional. Existiendo una Comisión de Sobreendeudamiento (autoridad administrativa) que se encargara de elaborar los planes de reestructuración o saneamiento económico, garantizando la subsistencia del deudor y sus dependientes, recuperar su economía familiar y reestablecer su situación económica, y el pago de sus obligaciones. Este proyecto, pero, no fue aprobado. CARBONELL retiene que “los mecanismos regulados en las principales leyes de concursos y quiebras son insuficientes para solucionar, el sobreendeudamiento de los consumidores y resulta necesaria una legislación especial, que implemente el principio del Derecho del Consumidor que aborde los casos saneamiento, reparación, prevención y rehabilitación para el caso de sobreendeudamiento de los consumidores y que incorporen los códigos de procedimiento como normas de carácter procesal para su implementación. Finalmente para crear un Registro Nacional de Crédito que le permita al acreedor evaluar los riesgos que asume y de hacerlo será bajo su entera responsabilidad, no pudiendo ejecutar sobre endeudado y estableciendo un sistema unificado único universal y obligatorio de scoring crediticio”.

Regímenes que utilizan legislaciones diversas para la insolvencia de las empresas y para la insolvencia de las personas naturales. Dentro de esta categoría hay disciplinas (especiales) contenidas en la misma ley concursal general, disciplinas contenidas en una ley especial para el sobreendeudamiento, disciplinas contenidas en la ley de consumo o en la ley procesal: Chile, Colombia, Francia, Italia, Reino Unido.

CHILE regula todo el fenómeno de la insolvencia (de las empresas y de las personas naturales) en su Ley 20720. Esta Ley representa un avance en lo que se refiere a procedimientos concursales adecuados a la persona natural o bien al que se ha denominado deudor consumidor, pero el legislador ha olvidado un factor de importancia a la hora de adecuar el sistema al sobreendeudamiento del deudor consumidor.

El deudor consumidor, es aquella persona natural que no tiene especial dedicación a la actividad mercantil y cuya capacidad de endeudamiento es considerablemente menor que la de un empresario.

Resulta claro que la insolvencia de un deudor consumidor puede generar la cesación de pagos de un conjunto de acreedores, que a su vez pueden ser deudores consumidores o empresarios, esta reacción en cadena produce en sí misma una afectación de la economía que turba el orden público económico.

Por este motivo en Chile los estudiosos esperan un procedimiento para el consumidor no sólo directo a la reestructuración de las deudas y a la liberación de las deudas residuales sino también a

la prevención del excesivo endeudamiento³⁸⁸.

COLOMBIA - Durante el largo camino hacia una reglamentación de la crisis del consumidor Colombia no ha estado silenciosa. Ya la Ley 222 de 1995 había optado por realizar una unidad de régimen de insolvencia que permitiera 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.

Esta norma se mantuvo vigente, y con algunas situaciones extremas en su aplicación, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006, régimen de insolvencia que de forma expresa excluye a las personas naturales no comerciantes de los sujetos que acceden al proceso de Insolvencia.

Esta previsión legislativa fue sometida a examen de constitucionalidad. La sucesiva sentencia dejó en claro que pertenece a la esfera de competencias del legislador dotar a quienes no son comerciantes y no operan de forma masiva en el mercado, de un régimen universal, único y específico, diferente de los procedimientos consagrados en el Derecho civil y de procedimiento civil, aún en casos de sobreendeudamiento de estos sujetos. La sentencia exhortaba al Congreso de la República a estudiar la situación y estructurar una solución que permita respuestas distintas cuando estos sujetos no empresarios se encuentren en situaciones de sobreendeudamiento.

El Legislador expidió la Ley 1380 de 2010, con la cual crea un mecanismo exclusivamente de tipo recuperatorio, totalmente en sede extrajudicial, cuya finalidad es el logro de un acuerdo de pago entre este deudor sobreendeudado y la mayor parte de sus acreedores, para enfrentar el reiterado incumplimiento o el inminente incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Este nuevo intento legislativo fue declarado inviable mediante la Sentencia C-685 de 2011. A partir de ese momento, se inicia una afanosa búsqueda de un modelo legislativo que siguiendo los lineamientos de lo señalado en la Guía de UNCITRAL y en la Resolución de 26 de noviembre de 2001 expedida por el Consejo de la Unión Europea, culmina con la inclusión en el Título IV del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, de las normas relativas a una solución específica para la insolvencia del no comerciante.

La disciplina de los procedimientos para la insolvencia del consumidor está incluida en el Código general del Proceso. El Código Único del Proceso (Título IV, arts. 531 a 576) fija una normativa (subdividida en cuatro capítulos dedicados respectivamente a las disposiciones generales, al procedimiento de negociación de las deudas, a la convalidación del acuerdo privado y a la liquidación patrimonial) precisa de la insolvencia de la persona natural no comerciante (si bien no la califica como consumidor) que parece inspirarse en la ley francesa.

El sujeto es la persona natural no comerciante y tiene como finalidad que ésta negocie de forma anticipada con sus acreedores para llegar a un acuerdo de negociación de las deudas o decida la liquidación de su patrimonio. El sistema de la conciliación a través de los centros de conciliación rige el procedimiento.

Se trata de un mecanismo similar a aquél que permite a los comerciantes llegar con sus acreedores a una reestructuración de sus acreencias y sólo en caso extremo y en sede jurisdiccional ser sometidos a un proceso de liquidación patrimonial, que al final lleva al “fresh start”. El Legislador colombiano está convencido que la insolvencia del consumidor merece un

388 K. DÍA CAMPOS, Del sobreendeudamiento del Deudor Consumidor en Chile.

trato distinto porque particulares intereses se encuentran en juego: por ejemplo, las obligaciones alimentarias a cargo del deudor y los derechos fundamentales del hombre. El régimen se basa sobre un mecanismo conciliatorio justificado por el pequeño número de acreedores del consumidor. La conciliación no está en contraste con la presencia del juez.

Los sujetos que pueden disfrutar de los procedimientos son las Personas naturales no comerciantes excepto cuando tenga la condición de controlantes de sociedades mercantiles o formen parte de un grupo de empresas.

La ley prevé tres alternativas: i) la negociación de un acuerdo; ii) la validación de un acuerdo privado y iii) la liquidación patrimonial. Estos procedimientos son de distinta naturaleza: judicial, administrativa e incluso asistencial.

La legitimación pertenece exclusivamente al deudor que presenta el pedido antes de un Centro de conciliación.

Dos son los escenarios que pueden presentarse:

- Incumplimiento de los requisitos de fondo y forma. En este caso el conciliador señala los defectos que el deudor debe subsanar sufragando también las expensas del trámite. Si sigue el Rechazo, el deudor podría presentar el Recurso de Reposición ante el mismo conciliador.
- Cumplimiento de los requisitos de fondo y forma. En esta hipótesis sigue la aceptación de la solicitud e inicia el procedimiento (comunicación a los acreedores, pago de las expensas del trámite...) con la Audiencia donde el conciliador pone en conocimiento de los acreedores la relación detallada de acreencias. En la audiencia pueden pasar tres alternativas:
 1. no hay objeciones por parte de los acreedores en la audiencia.
 2. hay objeciones a las acreencias pero son conciliadas.
 3. hay objeciones no son conciliadas y vamos al juez

Si: a). No hay objeciones por parte de los acreedores en la audiencia seguirá la votación de la propuestas. Por su parte el acuerdo tiene que presentar algunos **requisitos**:

- Plazo de pago inferior a 5 años.
- Dentro del término de ley.
- Aprobado por el número plural de acreedores que representen más del 50% del monto del capital de la deuda, aceptada por el deudor
- Debe respetar la prelación y la igualdad de los acreedores.

Si: b). Hay objeciones a la relación de acreencias (cuantas veces se requiera sin extenderse más allá del término de celebración del acuerdo). El conciliador propiciará fórmulas de arreglo, acorde con la finalidad y los principios del régimen de insolvencia. Si se concilian las objeciones seguirán las votaciones y celebración del acuerdo que tiene que respetar la prelación y la igualdad de los acreedores.

Si: c). Hay objeciones a las acreencias y no se concilian - El conciliador remite al Juez Civil Municipal para que resuelva *de plano* las objeciones (Auto del juez que resuelve objeciones) y

señala el conciliador fecha y hora para continuar la audiencia y después de la exposición de la propuesta por parte del deudor se llega a la votación de la propuesta,

Por el incumplimiento del acuerdo se llega a la liquidación del patrimonio.

Nunca se llega a la liquidación por solicitud del deudor – En estos casos hay liquidación: 1) Fracaso de la negociación, 2) Nulidad del acuerdo o de su reforma, 3) Incumplimiento (no subsanado) del acuerdo. Se generan efectos personales, patrimoniales, procesales, contractuales.

La liquidación se desarrolla en estas fases:

Empieza con el nombramiento del liquidador que sustituye al deudor y que dentro de los 5 días siguientes a su posesión notifica por aviso a los acreedores del deudor el inicio del procedimiento y actualiza el inventario valorado de bienes del deudor. Sigue el fraccionamiento del patrimonio del deudor entre:

- Bienes anteriores.
- Deudas anteriores.
- Bienes posteriores.
- Nuevo comienzo.

El procedimiento lleva al Fresh start.

FRANCIA - Francia fue el segundo país de Europa continental que intentó en 1989 resolver el problema del sobreendeudamiento de las familias, especialmente con respecto a la compra del hogar.

El procedimiento está reservado exclusivamente a las personas físicas, los deudores franceses o extranjeros que residen en Francia "de bonne foi" y en estado de "surendettement".

Según este primer modelo de solución están excluidas las personas morales (Sociedad) y profesionales (comerciantes, artesanos, agricultores) que se encuentran dentro del procedimiento concursal reservado a las empresas reguladas por el Código de Comercio.

Se trata de un procedimiento judicial / administrativo caracterizado por la presencia de comisiones especiales encargadas de examinar posiciones individuales. Al tribunal corresponde el poder de elevar el plazo máximo de pago hasta cinco años, así como de reducir la tasa de los intereses y de la deuda restante, después de la ejecución inmobiliaria de la casa principal del deudor.

Después de algunos años el legislador se vio obligado a intervenir de nuevo: la intervención de 1989 fue así seguida por la Ley n. 125 de 8 de febrero de 1995.

En lugar de recurrir a otros instrumentos, el legislador se adueñó de la idea básica de la ley de 1989, que identificaba la creación de la Comisión y el papel del juez como punto de apoyo del sistema.

La ley de 1995 redefine los poderes de la Comisión y del tribunal, transformando el procedimiento amistoso en un procedimiento de derecho común. Faltaba todavía la liberación de las deudas residuales.

El auge de la crisis, que condujo a la pérdida de numerosos puestos de trabajo, llevó al legislador a intervenir nuevamente con la Ley n. 657 del 29 de julio de 1998, considerada "una ley

de contraste con las diversas formas de exclusión social del exceso de endeudamiento de la persona natural y de las familias”.

Pero el legislador francés no se detuvo: primero con L. n. 710 de 1 de agosto de 2003, de Orientación y Programación para la Renovación Urbana, implementado en febrero de 2004 por el Decreto n. 18, se introdujo un procedimiento peculiar para agilizar a la persona física, más tarde en 2010 con la intervención del *crédit à la consommation* con el que la disciplina de la crisis de consumo se disoció de la ley dedicada a la crisis empresarial. En tal manera al lado del sistema para las “Entreprises en difficulté”, el Código del Consumo presenta un sistema en donde combina la legislación especial con la legislación del consumidor.³⁸⁹ Después la ley N° 2013-672, de 26 de julio de 2013.

Esta legislación, que ha fijado una reglamentación oportuna para las dificultades familiares, se caracteriza no por los medios para resolver la crisis de la persona física, ni por el plan de pago convencional y las medidas destinadas a eliminar la situación de la deuda.

De verdad se trata de un sistema orgánico para la solución extrajudicial de las situaciones de endeudamiento excesivo de las personas.

El procedimiento de sobreendeudamiento, iniciado por el deudor ante la Comisión, puede tener lugar en tres fases: una fase amistosa, que implica la negociación entre el deudor y los acreedores seguida por la homologación judicial; una fase de composición controlada que toma el lugar de la fase amistosa que no ha llevado al éxito de la operación.

En tal caso, no es el deudor quien propone un plan de pago sino el mismo departamento de la Comisión que utiliza la información procedente del deudor.

Este plan también será presentado al juez la homologación; la última playa es la fase de insolvencia que consiste en una fase de congelación de la masa deudora por un máximo de tres años, en espera de una mejor situación económica del deudor.

Esta etapa de congelación está organizada por el mismo departamento de la Comisión. Al final de ese período, si la condición económica del deudor sigue siendo insuficiente para garantizar el cumplimiento de una propuesta de composición, la Comisión podrá, tras la evaluación de la actitud del deudor, cancelar la deuda.

Junto con el procedimiento descrito, el sistema francés presenta también un procedimiento de saneamiento personal, separado del procedimiento de *surendettement*. Se trata de un procedimiento llamado *rétablissement personnel* que siempre se abre a petición del deudor cuando presenta una situación patrimonial completamente insuficiente para hacer frente, aunque con porcentajes y con demoras, al pasivo existente.

En última instancia, el sistema francés se caracteriza (Junyent, p. 11) por un “sistema de cooperación entre la autoridad administrativa, representada por la Comisión de Sobreendeudamiento, que ostenta un marcado papel conciliador, y la autoridad judicial que puede ordenar el cumplimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por la Comisión, o iniciar el procedimiento de recuperación personal que queda a su cargo.

ITALIA - En Italia, al final de los años 2000, el exceso de endeudamiento de ciertos estratos sociales asumía “rasgos muy críticos en los contextos de la vida que se caracterizan por la

389 Loi No.2003-710 et Loi 2010-737. Véase: VIGNEAU, VINCENT; BOURIN, GUILLAUME-XAVIER; CARDINI, CYRIL. Droit du *surendettement des particuliers*. 2e Édition. Lexis Nexis. Paris 2012. Páginas 12 y siguientes.

masificación del consumo de bienes y un alto grado de desarrollo del mercado de crédito al consumo ". Estos sujetos – según un viejo enfoque legislativo - habían quedado fuera del alcance de la ley concursal.

Teniendo en cuenta la situación social, el Legislador en el 2012 promulgó la Ley 3/2012 (modificada en el curso del mismo año). Con esta Ley especial, distinta de la Legge fallimentare, nuestro Ordenamiento apuntó a reducir el número de personas sujetas a acciones ejecutivas individuales, para poner mano a un fenómeno social generalizado como el del sobreendeudamiento de los hogares, de regular la crisis de empresarios que representan una parte importante de nuestra economía permitiéndoles a negociar la solución con sus acreedores o, si es inevitable, a liquidar su patrimonio, con la posibilidad de volver sin opacidad en el mercado, una vez liberado de la deuda residual.

El presupuesto objetivo de estos procedimientos está caracterizado "por el continuo desequilibrio entre las obligaciones adquiridas y el patrimonio de alta liquidez", o por la "incapacidad definitiva del deudor para cumplir regularmente sus obligaciones".

Con respecto al presupuesto subjetivo el Legislador italiano ha optado por un sistema dedicado sea al deudor *tout court*, cuyo endeudamiento no es atribuible al ejercicio de cualquier actividad empresarial (se trata de los consumidores) sea al deudor-empresario excluido de los procedimientos concursales (pequeño empresario y empresario agrícola), sea a quien ejerce una actividad no considerada por la ley como empresa (los profesionales).

Estos sujetos, a pesar de las diferencias notables entre el uno y el otro, pueden hoy utilizar, si sobreendeudados, específicos instrumentos (el acuerdo, el plan de los consumidores y el procedimiento de liquidación) que si por un lado pueden recordar los destinados al empresario falible, por el otro tienen sus propias y diferentes características.

Para todos los usuarios potenciales del sistema de composición de la crisis ofrecido por la Ley 3 del 2012, los instrumentos son diversificados entre un acuerdo de naturaleza concordataria al que pueden acceder sin distinción todos los deudores no falibles, un plan obligatorio de los consumidores y el procedimiento de liquidación que puede ser: 1) la consecuencia del negativo desarrollo del acuerdo o 2) la única opción para solucionar la crisis. En todo caso se trata de un procedimiento muy parecido al fallimento. Lo que interesa es que terminando la liquidación, el deudor puede llegar a la liberación de las deudas.

Todos - aunque con diferentes caminos - conducen a la liberación de las deudas residuales. El acuerdo se caracteriza por el mismo "carácter atípico que caracteriza a la propuesta de concordato y esto con el fin de facilitar lo más posible la llegada a un acuerdo que sea *satisfattivo* para todas las partes involucradas" y, en todo caso, "con la aprobación del convenio o plan, se crea una superposición de la voluntad del tribunal con respecto a la voluntad de los acreedores discrepantes, que también sufren la *falcidia*."

Estas son herramientas que, así estructuradas, tienen la función, porque en el fondo liquidadores, de definir la situación de la deuda a través del uso de los activos existentes y de los bienes futuros.

Los instrumentos dichos se desarrollan con el apoyo no de un profesional de confianza, sino de un Organismo de reorganización de la crisis³⁹⁰ con sede en la circunscripción del tribunal ante el

390 Sobre todos los poderes atribuidos a los Organismos destaca el de arrogarse toda iniciativa funcional, más allá de alcanzar el acuerdo, en lograr el éxito del mismo. Esta previsión sintetiza el papel de este nuevo Organismo, que a mi

cual el deudor en situación de sobreendeudamiento proceda a depositar su propuesta.

El papel de este OCC es también el de un facilitador, de un sujeto confiable (se establecen requisitos para la creación de OCC y por ahora es el tribunal quien lo nombra) que mitige las rigideces, individúe la solución para una situación que aparezca encallada, abra los canales de comunicación entre las partes.

Sin embargo el OCC no sólo desempeña una actividad de mediación/conciliación. Se connota también como instrumento de apoyo a la solución de la crisis de sujetos económicos sustraídos del sistema de las tradicionales soluciones concursales.

La suya es una función de "consultor, aunque tercero con respecto al deudor y a los acreedores

entender es el de un facilitador: un sujeto fiable (es requisito previsto para la constitución de los Organismos y para ser designados por el Juez) que atempere la rigidez, encuentre la solución de una situación que parece atascada y abra canales de comunicación entre las partes. Más de un apunte sobre un sujeto o Ente facilitador puede extraerse de los ordenamientos latino-americanos. Bajo este aspecto se presenta interesante el ordenamiento chileno. En Chile la Ley de Quiebra n. 18.175 ha sido modificada una primera vez en 2005, con la Ley 20.004 de 8 de marzo, y una segunda vez con la Ley 20.080 de 24 de noviembre de ese mismo año. En esta última se disponía la incorporación de la normativa concursal en el libro IV del Código de Comercio, aunque manteniendo el capítulo II de la Ley 18.175, Orgánica de la Superintendencia de Quiebras. La ley está estructurada en doce títulos que integran el Libro IV de las quiebras del citado Código de Comercio de Chile. La estructura tiene ciertas analogías con la ley italiana. Como observa A.A. DASSO, Derecho concursal comparado, Buenos Aires, 2008, 301; «el Título I está destinado a las disposiciones generales, con principios comunes aplicables tanto a la quiebra liquidativa como a la prevención». La ley chilena prevé un procedimiento preventivo (convenio judicial preventivo) y otro liquidativo (quiebra). Ambos se apoyan sobre el estado de insolvencia que prevé el principio de dificultades de comunicación y, por tanto, de negociación. Como en Italia, el acreedor chileno no puede presentarse directamente a una propuesta de convenio preventivo (convenio judicial preventivo), pero tiene la facultad –demostrando la existencia de un estado de insolvencia– de solicitar la declaración de quiebra (art. 39, «La quiebra podrá ser declarada a solicitud del deudor o de uno o varios de sus acreedores») del empresario que ejercite actividad comercial, industrial, minera o agrícola, también cuando su crédito no sea exigible. Esto sólo en los siguientes casos: 1) «Cuando el deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas, y estuvieren iniciadas, al menos, dos ejecuciones, no hubiere presentado en todas éstas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a las prestación que adeude y las costas y 2) Cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administrare sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas» (art. 43). Como alternativa el acreedor chileno puede solicitar al tribunal que ordene al deudor a presentar una propuesta de convenio. Según el art. 172 Ley de Quiebra de Chile «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior –que atribuye únicamente al deudor la legitimación a solicitar «el convenio judicial preventivo»– el acreedor que se encuentren algunos de los casos previstos en los números 1 y 2 del D.O. 29/11/2005 artículo 43, podrá solicitar el tribunal competente que ordene al deudor, o a la sucesión del deudor formular proposiciones de convenio judicial preventivo dentro del plazo de 30 días desde la notificación (...)». A continuación el deudor, en base a lo dispuesto en el art. 177-ter «podrá solicitar al tribunal (...) que cite a una junta de acreedores (...) a fin que ella designe un experto facilitador». Si el experto facilitador no resuelve su obligación dentro del término fijado, el juez dictará de oficio la quiebra. Los honorarios del experto facilitador son a cargo del deudor, con el que deberá negociar. En caso de desacuerdo serán determinados por el juez y gozarán, al igual que los gastos en los cuales incurra, de preferencia, lo cual no implica sin embargo la posibilidad para el acreedor de formular el plan de convenio. Ante el requerimiento del juez para la presentación del convenio el deudor puede valerse de un procedimiento alternativo, solicitando a la junta de acreedores la designación de un experto facilitador que en el plazo de treinta días desde su nombramiento deberá evaluar la situación legal, contable, económica y financiera del deudor y proponer a sus acreedores un convenio que sea más ventajoso que la quiebra o, en caso contrario, solicitar al tribunal la declaración de quiebra, que en ese punto deberá ser declarado sin ulterior formalidad. Ante la introducción del Organismo de reorganización de la crisis, que constituye una novedad para nuestro ordenamiento, es estimulante extraer la experiencia de aquellos ordenamientos latino-americanos que han previsto un ente (Indecopi en Perú; Ifecom en Messico y la Superintendencia de Sociedades in Colombia) que se erige como garante/facilitador en el procedimiento de solución de las crisis. Para el estudio de la normativa con comentarios y comparaciones nos remitimos a la obra de A.A. DASSO, Derecho concursal comparado, Buenos Aires, 2008.

(e imparcial)" para una actividad "desarrollada en favor de las partes con el fin de contribuir a la elaboración de un plan factible (...)".

No se trata, por lo tanto, de una función de control igual a la ejercida por otros profesionales disciplinados en la Legge fallimentare, sino de una mediación cualificada, caracterizada por la independencia y la imparcialidad OCC .

La presencia del OCC es muy importante, ya que con estos procedimientos conduce a la liberación de las deudas pendientes.

Si para el empresario persona física la esdebitazione estaba presente en nuestro sistema concursal en todos los ámbitos: en los instrumentos de concordato, en presencia de una implementación completa del plan, y en la quiebra mediante la concesión, sin perjuicio de la evaluación judicial de los requisitos y las condiciones de esdebitazione; nada de esto existió hasta 2012 para el deudor (empresario o no) excluidos de los procedimientos concursales disciplinados en la Legge fallimentare.

Es la idea del rescate, es la idea de la mano amiga que ayuda a salir de una situación trágica, que está principalmente a la base de la disciplina del plan de consumidor. Este plan, en efecto, es impuesto a los acreedores si el juez lo homologa. Falta una negociación previa.

En este sentido, el instrumento tiene que lidiar con el derecho del sujeto, aun cuando deudor, a una vida libre y digna que en el Sistema Jurídico italiano constituye "especialmente en su integración con el sistema jurídico de la UE, uno de los derechos inviolables y/o núcleo de la ciudadanía, en este caso un derecho social que debemos reconocer, más allá de todas las nacionalidades, cada persona humana, de conformidad con el art. 2, Cost., (...) En esta perspectiva, la esdebitazione se aleja cada vez más de la lógica puramente economicista de la ley estadounidense de quiebra del consumidor a ser más coherente con el grado actual de desarrollo de la ley italiana, que tiene como objetivo recuperar una protección unitaria de los derechos de la ciudadanía en su regulación del mercado (...)".

Nuestro "producto", sin embargo, tiene diferentes perfiles de incertidumbre y de complicación en su puesta en acto que probablemente determinan la baja utilización de los procedimientos regulados en el mismo. VATTERMOLI evidencia las lagunas existentes en la disciplina del procedimiento de liquidación.

En primer lugar se trata de procedimientos que unen a diferentes actores (empresarios, profesionales y consumidores) y a diferentes tipos de crisis.

Por lo tanto, si es comprensible el apoyo ofrecido a los consumidores en la preparación de una propuesta y de un plan a través del (o mejor dicho, con la obligación de que necesariamente se hace uso de) un OCC que lo guía en el laberinto de la solución negociada de la deuda, menos comprensible la misma previsión con respecto a los empresarios, ya que les priva de la oportunidad de elegir un profesional de confianza.

Esto sin nada quitar al interesante y nuevo OCC, que probablemente podría desempeñar un papel útil como facilitador, sin embargo, junto con los profesionales elegidos por el deudor, en todos los procedimientos y procesos para la solución de una crisis.

Pienso a la propuesta y el plan para un acuerdo de reestructuración (en esta veste se ofrece la herramienta en el Art. 7) redactados cuando aún no se ha alcanzado el acuerdo y por lo tanto sin

saber el impacto que esta propuesta tendrá en los acreedores. En esta perspectiva, la tarea de un facilitador será útil, aunque sólo sea para tratar de darse cuenta de las expectativas del deudor en el momento de la elaboración del plan.

Pero cuando aparece un momento de toma de decisiones (no parece apropiado llamarlo, de hecho, deliberativo) colocado dentro del procedimiento, salta a la similitud con el concordato de que, sin embargo, está ausente el más destacado momento, a saber, la reunión de los acreedores en la asamblea para discutir y votar.

Así, la ley establece que la recogida de las adhesiones suceda por el OCC quien redactó el plan y la propuesta, ha hecho una primera atestación, supervisa el deudor y el plan, y, luego recibidas las adhesiones, elabora un informe sobre las posiciones adoptadas por los acreedores, y redacta una segunda certificación de factibilidad.

El proceso es largo y complejo. Sin embargo en esta alternancia de informes y declaraciones, no se puede asegurar una actividad imparcial del OCC y la eficiencia de la solución propuesta por el Legislador para el sobreendeudamiento.

En este momento hay una Propuesta de ley n. 3884 que prevee algunas relevantes modificaciones sobre:

- La noción de consumidor
- La lista de categorías de deudores
- La propuesta no admisible sólo si el sujeto había conseguido la esdebitazione en los últimos 5 años o en todo caso, dos veces
- La evaluación del mérito crediticio. Evaluación de la conducta del financiador
- La evaluación del estado de necesidad del consumidor
- La reducción de la mayoría (50%+1)
- Las medidas protectivas en el plan del consumidor
- El rol del deudor en la renuncia al acuerdo o al plan para llegar al procedimiento de liquidación
- La ampliación de la esdebitazione: persona física y jurídica. Al deshonesto se la puede negar. Se elimina la revoca de la esdebitazione sin límites temporales. Podría llegar dentro de pocos meses una ley delega para una reforma también de esta disciplina, además de la Legge fallimentare.

REINO UNIDO - La legislación del Reino Unido sobre el tema que nos ocupa, tiene una larga tradición y ofrece múltiples procedimientos y niveles de soluciones, a elección del consumidor, con el doble objetivo de estabilizar y reescalonar las deudas durante un período de tiempo, y cancelarlas después de la conclusión de tal repago reprogramado.

En el 1984 ha sido introducido el instrumento de "County Court Administration Orders" (CCAO) como medio para facilitar la recuperación de pequeñas deudas protegiendo al consumidor de la molestia en la recuperación de deudas. Los deudores pueden presentar una solicitud de la CCAO a la corte local que considera si el deudor tiene medios suficientes para pagar la deuda en cuotas a lo largo de un período de tiempo razonable.

The County Court ordena el reembolso bajo el cual los acreedores no pueden tomar medidas adicionales. Si el Tribunal establece que no hay fondos suficientes, o el deudor o acreedor se oponen al plan, el caso pasa a un Tribunal de Distrito que finalmente define un plan.

Sin embargo, con la Ley de Insolvencia de 1986, ahora el sistema jurídico del Reino Unido favorece un procedimiento de solución extrajudicial que crea arreglos alternativos elegidos por el deudor que en la mayoría de los casos imponen una reorganización de la deuda y nuevos planes a los prestamistas.

En virtud del procedimiento de acuerdo voluntario individual (IVA), los deudores tienen derecho a solicitar una composición con los acreedores. Se trata de un acuerdo legal de naturaleza contractual en el que el deudor propone un plan de reembolso a los acreedores a través de un insolvency practitioner con licencia. Para seguir adelante, el plan necesita la aprobación de las tres cuartas partes de los acreedores por valor. Por lo general, los profesionales de la insolvencia y los prestamistas han establecido términos estándar junto con un protocolo para el tratamiento de casos estándar.

Los tribunales tienen un papel limitado de supervisión bajo el procedimiento de IVA, y los acreedores insatisfechos pueden apelar los planes de reembolso aprobados a los tribunales.

Alternativamente, los deudores incapaces de pagar sus deudas pueden solicitar la quiebra, que es una liquidación de activos completa y el procedimiento de cancelación de la deuda.

Es un procedimiento dirigido por los Tribunales donde se venden los activos del deudor y se establece un plan de pago por un período de hasta tres años. Las deudas fuera del plan se descargan (liberación de las deudas) después de un año.

Bankruptcy Restrictions Orders and Bankruptcy Restrictions Undertakings han introducido para sancionar a los deudores que han actuado de manera irresponsable o deshonesto, prohibiéndoles participar en una serie de actividades profesionales durante un período de hasta quince años.

Por último, en virtud del procedimiento de Debt Relief Order (DRO), los deudores sin activos, bajos ingresos disponibles y deudas de hasta 15.000 esterlinas pueden participar en este procedimiento administrativo siempre que no se hayan beneficiado de él en el anterior seis años.

Los deudores admitidos al procedimiento están protegidos de la ejecución durante un año y se liberan de sus obligaciones.

Dentro del marco legal descrito para las soluciones de deuda, la FCA considera que los prestamistas hipotecarios y los administradores todavía necesitan poner mayor énfasis en ofrecer resultados más justos para los clientes en la gestión de los atrasos en función de sus circunstancias individuales.

Las preguntas y nuestras respuestas.

Los investigadores participantes se han preguntado:

- A. si es necesaria una reglamentación específica para solucionar este tipo de crisis o si, al revés, los instrumentos del código procesal civil puedan bien desarrollar la tarea de proteger los acreedores por un lado y de respetar la normal fragilidad de este tipo de

deudor.

Los participantes están convencidos sobre la peculiaridad del fenómeno que no puede reconducirse a lo del empresa. Es verdad que la dimensión de la crisis es pequeña por el número de los acreedores y por el monto de las deudas y que, por lo tanto, un procedimiento concursal, quizás simplificado, podría en apariencia solucionar la cosa. Sin embargo la dimensión no es absolutamente la característica fundamental. Hay que mirar sobretudo al impacto social del fenómeno.

La consecuencia es que no están en juego sólo los intereses de los acreedores. Una solución que mire solo a la restructuración de las deudas con aplicación de los mismos principios creados para el empresario sería parcial. Hay que educar el consumo, hay que reglamentar la concesión de crédito a las personas naturales, hay que respetar las normas constitucionales sobre el derecho a una vida digna.

En este sentido es necesaria una reglamentación específica que no se pare a organizar un concurso de acreedores.

- B. si una eventual reglamentación tenga que ser de naturaleza concursal y, además, si tenga que ser colocada en el ámbito administrativo o judicial.

Como hemos visto la solución francesa ha sido objeto de interés por parte de muchos Países. La exclusiva intervención del juez sin la participación de un organismo que pueda acelerar y simplificar la gestión de un acuerdo, parece esencial. Estamos delante a sujetos sin preparación, con escasos medios para pagar hábiles profesionales, con ninguna organización contable. Parece por lo tanto oportuna la intervención de un sujeto de naturaleza administrativa que pueda agilizar, sustentar el deudor débil y aconsejarlo hacia la mejor solución.

- C. si tenga que ser una reglamentación concursal específica o, al revés, tenga que ser utilizada la misma ley concursal para la insolvencia del empresario comercial.

Como explica Germán E. Gerbaudo³⁹¹: “Aplicar un único proceso concursal a todo tipo de sujeto provoca inequidades y no resuelve el problema de los consumidores sobreendeudados.

La unidad de procedimiento genera mayores costos, demoras judiciales, pérdida del crédito de los acreedores y la destrucción del patrimonio del deudor.

No puede aplicarse el mismo proceso a un grupo de sociedades, a un pequeño emprendedor y a una persona humana sobreendeudada. Creemos que el proceso concursal debe servir al consumidor para superar su situación de sobreendeudamiento y no como una forma de alargar una agonía”.

La misma reglamentación concursal no puede fácilmente ser utilizada. Los problemas son diversos con relación a la dimensión y a los interés en juego. Véase respuesta a la pregunta A)

- D. y si se trata de una reglamentación concursal específica, tenga que ser declinada en instrumentos negociales y de liquidación o si, al revés, tenga que ser sólo de un tipo.

La variedad de procedimientos es útil. Las situaciones son diferentes. No siempre puede solucionarse una crisis del consumidor con un acuerdo. Si no hay patrimonio o flujos no será

391 El problema del consumidor sobreendeudado. La necesidad de un proceso concursal especial y la crítica a la jurisprudencia que desestima los pedidos de propia quiebra ante la ausencia de activo liquidable, in Diario Comercial, Económico y Empresarial Nro 112 – 29.03.2017

posible prever un plan de pagos. La liquidación será la única vía.

Está claro que puede apreciarse un ordenamiento – la elección es difícil – que prevea una liberación de las deudas prescindiendo de la liquidación si el deudor no tiene más nada.

- E. si tenga que tratarse de un procedimiento exclusivamente voluntario o, al revés, pueda ser prevista una legitimación a la iniciativa de diversos sujetos (acreedor, ministerio público).

Hemos visto que siempre para un procedimiento negocial hay una legitimación absoluta y exclusiva para el deudor. Parece que la concurrencia que en algunos ordenamientos esta ingresando para el pedido de solución concordataria del empresario (pudiendo el acreedor presentar un pedido en competencia) no pueda absolutamente darse con respecto al sobreendeudamiento del consumidor. Si para el concordato de un empresario, el acreedor o un tercero pueden imaginar una inversión, en el procedimiento para el consumidor seguramente ninguno de estos sujetos podría tener interés en proponer una reestructuración de la deuda.

- F. en caso de procedimiento judicial, cuál tendría que ser el rol del juez de frente a la negociación de las partes?

En este caso el rol del juez – véase la disciplina italiana del plan del consumidor - puede ser más fuerte con respecto a la intervención en los concordatos para la empresa. Hay casos de sobreendeudamiento del consumidor que podrán ser impuestos por el juez todas las veces que lo ofrecido represente el único medio para llegar a la conclusión de la situación.

- G. si hay que introducir la liberación de las deudas residuales y si ésta pueda intervenir sólo en el caso de satisfacción por lo menos en parte de las deudas o si pueda ser admitida también en caso de absoluta incapacidad patrimonial.

Este es el tema mas caliente. Dos diversas instancias se enfrentan: por un lado la de los acreedores y por el otro la social, sensible a la tesis del perdón.

Vemos que por parte del Organismos internacionales hay un empuje hay una liberación de las deudas rápida y ágil pero después de un procedimiento de liquidación del patrimonio independientemente de lo que el deudor ha logrado pagar.

Prof. Stefania Pacchi