
La ley italiana de sobreendeudamiento*

» ENZA PELLECCIA**

RESUMEN: El fenómeno del sobreendeudamiento ha dado un carácter social a un problema individual. De allí que hoy se pregunte por la pertinencia de una intervención legislativa en la relación entre el acreedor y el deudor si este último sufre una extrema dificultad económica. En este escenario se presenta un potencial conflicto entre la regla legal, que exige el cumplimiento de las obligaciones, y el valor de una red de protección social para quienes calculan mal los riesgos o sufren las consecuencias de un desafortunado cambio de circunstancias. El tema de la insolvencia del deudor civil fue objeto de atención por parte del legislador, con la previsión de tres formas de solución de la crisis: acuerdo del deudor (art. 7, inc. 1), plan de pagos del consumidor (art. 7, inc. 1 *bis*) y –en alternativa o, en algunas específicas hipótesis, como consecuencia de ambos procesos– liquidación del patrimonio (art. 14 *ter*).

PALABRAS CLAVE: sobreendeudamiento, insolvencia, liberación de la deuda.

SUMARIO: I. El sobreendeudamiento: de un problema individual a un problema social. II. La insolvencia en el ordenamiento italiano. III. Una cuestión preliminar. IV. El debate en Italia. V. La respuesta del legislador italiano: la Ley n.º 3 de 2012.

* Fecha de recepción: 8 de febrero de 2016. Fecha de aceptación: 18 de abril de 2016. Para citar el artículo: E. PELLECCIA, “La ley italiana de sobreendeudamiento”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio de 2016, 379-387. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.13>

** Profesora ordinaria de Derecho Privado de la *Università di Pisa*, Pisa, Italia. Doctora en Derecho por la *Università di Pisa*, Pisa, Italia. Contacto: enza.pellecchia@unipi.it

I. El sobreendeudamiento: de un problema individual a un problema social

El gradual pero constante crecimiento del fenómeno del sobreendeudamiento ha transformado un problema de carácter individual en un problema social.

En el año 2008, en la Comunidad Europea, el Comité Económico y Social Europeo creó el Dictamen sobre “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia”, y en una opinión del mismo año se advirtió sobre el debilitamiento de la “frontera entre una clase media cada día más numerosa y empobrecida, y el grupo de aquellos que efectivamente están excluidos, los sin casa, los mendigos y todos aquellos que dependen de la caridad pública”¹.

En el año 2010 la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicó un informe con el título: *Protecting Fundamental Rights during the Economic Crisis*, en el que se afirma que “la crisis económica plantea un serio desafío para la protección de los derechos fundamentales, no solo en la Unión Europea, sino a nivel mundial [...]. Por lo tanto es de vital importancia que las respuestas de los Estados miembros y de la Unión Europea a la crisis económica tengan un control y seguimiento desde la perspectiva de los derechos fundamentales”; en general, la Agencia ha denunciado un nivel crítico en la relación entre las condiciones materiales de vida y los derechos de la persona².

En pocos años, la crisis económica golpeó con gran fuerza instituciones que parecían consolidadas, al punto de controvertirlas profundamente, provocando dudas respecto de dogmas que parecían intangibles, como aquel de la irrelevancia de la dificultad para cumplir como posible justificación del endeudamiento o del retraso del deudor.

II. La insolvencia en el ordenamiento italiano

El jurista italiano que quiera indagar sobre el tema del sobreendeudamiento debe, antes que nada, buscar coordenadas de referencia útiles para un encuadramiento sistemático del problema.

Aún siendo ‘nuevo’ en sus dimensiones y características sociológicas, el fenómeno en cuestión evoca en realidad el tema ‘antiguo’ de la diferencia de trato que el ordenamiento italiano ofrece en caso de insolvencia tanto al deudor civil como al deudor comercial: el primero, sujeto a la disciplina de los procesos ejecutivos individuales, el segundo, admitido en los procesos concursales.

1 Concepto 2008/C 44/19, 77.

2 La Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales tiene su sede en Viena y se constituyó con el Reglamento CE n.º 168/2007 del Consejo del 15 febrero de 2007.

La doctrina señala la presencia de puntos de encuentro entre la insolvencia del Código Civil y la insolvencia de la ley relativa a la quiebra, pero excluye que estas coincidan.

Se presentan ambas como situaciones de insolvencia patrimonial, pero para los fines de la quiebra no es necesario que haya un efectivo excedente del pasivo respecto del activo, siendo, en cambio, relevante el hecho de que el deudor esté obligado a recurrir a medios anormales para hacer frente a sus compromisos. Una situación de “desequilibrio económico” –es decir, de asimetría entre los activos y los pasivos– parecería, sin embargo, suficiente para provocar la pérdida para el deudor del beneficio del término de cumplimiento, permitiendo el cobro anticipado por parte del acreedor.

Por lo tanto, la insolvencia en el Código Civil expresa su esencia en el deterioro de la garantía patrimonial; en cambio, la insolvencia comercial se basa en la pérdida del crédito³.

Al concepto original de insolvencia como ruina patrimonial siguió una disciplina distinta de los efectos, que refleja la valoración de diferentes tipos de riesgo y de intereses⁴.

Así, allí donde el Código Civil hace referencia a la insolvencia, el riesgo lo constituye la insuficiencia de la garantía patrimonial, y el objetivo es aprovechar la ejecución forzada. En cambio, el riesgo descrito en el artículo 5 de la Ley de quiebra se refiere a la eventualidad de que el deudor no pague en el término previsto para el cumplimiento de sus obligaciones.

Pero a pesar de sus diferencias, la insolvencia comercial y la insolvencia civil encuentran un punto en común en la preeminencia atribuida por el ordenamiento a los intereses de los acreedores.

Frente al fenómeno del sobreendeudamiento, el tema ‘antiguo’ de la insolvencia del deudor civil presenta nuevos matices, tanto por las dimensiones como por su relación con cuestiones más generales que exigen respuesta: la progresiva desregulación del mercado de crédito; el crecimiento del crédito de consumo; el tránsito de la *cash society* a la *credit society*; la reducción de las prestaciones gratuitas ofrecidas por el Estado social, con el respectivo recurso al crédito con altas tasas de interés para satisfacer las necesidades fundamentales.

Sin embargo, la elaboración de estas respuestas parece encontrar muchos obstáculos en la disciplina de la relación obligatoria y en aquella de las obligaciones dinerarias, ambas, a primera vista, inadecuadas para hacer frente al problema del sobreendeudamiento: la primera porque está construida en términos abstractos y neutrales que no dejan espacio a la valoración de las condiciones económicas del deudor para justificar el incumplimiento o el retraso en el cum-

3 BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, Vallardi, 1938-1939, 7.

4 Cfr. ABRIANI, “Impresa in crisi e garanzia patrimoniale”, en AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 31 ss.

plimiento; la segunda porque se considera impermeable a la regla del artículo 1256 c.c. sobre la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

III. Una cuestión preliminar

Existe sin embargo una cuestión que debe abordarse, en lo que hace a la conveniencia o no de una intervención del legislador en la relación entre el acreedor y el deudor, cuando este último se encuentre en una extrema dificultad económica. Se presenta, de hecho, un potencial conflicto entre la regla legal según la cual las deudas son de obligatorio cumplimiento, y el valor de una red de protección social para aquellos que hicieron un mal cálculo de los riesgos o que sufren las consecuencias de un desafortunado cambio de circunstancias.

El encuentro de estos distintos intereses genera fricciones que a menudo se traducen en visiones contrastantes sobre el rol de la regulación del mercado y sobre la relación entre autonomía privada e intervención del legislador.

El debate entre estas visiones frecuentemente se representa como la contraposición entre autonomía y paternalismo.

Quienes consideran la autonomía como un valor absoluto señalan que cada sujeto es el mejor juez de sus propios intereses; al tiempo que advierten que perseguir en modo autoritario la felicidad de los demás es ineficaz además de ilegítimo, y que los costos de protección de los ‘sujetos débiles’ son transferidos a los propios beneficiarios, en virtud del llamado efecto *backfiring*: en últimas, las medidas de protección se resuelven, a largo y mediano plazo, en perjuicio de los más débiles, negando el acceso al mercado para quienes están en el fondo de la escala social⁵.

Los defensores del paternalismo responden que el énfasis de la autonomía privada es indiscutible en el plano lógico, pero del todo irreal en la práctica en cuanto que la autonomía privada presupone condiciones de libertad y racionalidad de los sujetos⁶.

Más allá de esta contraposición, no se puede ignorar la necesidad de ofrecer respuestas al fenómeno del sobreendeudamiento. Es necesario un cambio de enfoque, para dejar de considerar la particular relación obligatoria y pasar a la ponderación entre intereses individuales y colectivos: en esta perspectiva, la intervención del legislador no constituye una distorsión de las reglas generales en materia de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, sino más bien un replanteamiento de aquellas reglas a la luz de los intereses en juego.

5 CAYNE y TREBILCOCK, “Market Considerations in the Formulation of Consumer Protection Policy”, 23 *Univ. Toronto Law Journal* 396, 1973.

6 Para una réplica a la acusación de ineficiencia en contra del paternalismo v. ZAMIR, “The Efficiency of Paternalism”, 84 *Va. L. Rev.* 1998, 229.

De hecho, el principio *pacta sunt servanda* funciona bien mientras la incidencia de las hipótesis de insolvencia es relativamente baja, pero cuando el problema crece en términos estadísticos surgen dudas sobre la eficacia del principio, cuya aplicación rígida podría imponer al deudor varios años de esfuerzo en el intento de cumplir a los acreedores, con pocos incentivos para ganar más (puesto que casi todas sus ganancias las transfiere a los acreedores) y consecuencias negativas que se extienden a los otros componentes de la familia (el tema de la pobreza menor en Italia es de dramática actualidad), suscitando un grave proceso de exclusión social⁷.

Valga anotar que aen el origen de la primera ley europea de sobreendeudamiento del deudor civil –Dinamarca, 1972– estaba la consideración de los efectos de los problemas económicos sobre la salud de los deudores y de sus familiares: un abogado, BANG OLSEN, impresionado por los datos suministrados por la *Danish Medical Association* respecto de la estrecha relación entre medicina social y sistema legal, organizó un grupo de médicos y juristas para profundizar en el tema. El informe final del grupo de expertos constituyó el núcleo base para la posterior intervención del legislador que, no obstante, abandonó el enfoque ‘humanitario’ originario, prefiriendo una aproximación pragmática para dar una respuesta eficaz a un problema que se percibía ya no solo limitado a la relación individual entre deudor insolvente y acreedor, sino más bien con efectos sobre toda la colectividad⁸.

Además, un sistema centrado en el interés de los acreedores tiene fuertes implicaciones, incluso a un nivel más extenso, con relación al sistema de tasas y servicios. De hecho, los deudores, privados por las razones ya expuestas del incentivo para trabajar y ganar más, pagarían menos impuestos (toda vez que ganarían menos) y constituirían una mayor carga para el Estado, prefiriendo vivir bajo el asistencialismo en vez de tomar la iniciativa para mejorar su propia situación. Al final, en un contexto general de competitividad global, si un país priva a un gran número de individuos de los incentivos para trabajar y ganar, habrá una pérdida de competitividad de todo el sistema económico⁹.

Precisamente a la luz de estas consideraciones, desde hace tiempo se reclama la adopción de una disciplina específica sobre el sobreendeudamiento –que en

7 READING y REYNOLDS, “Debt, Social Disadvantage and Maternal Depression”, 53 *Social Science and Medicine*, 2001, 441 ss.; BALMER, PLEASENCE, BUCK y WALKER, “Worried Sick: the Experience of Debt Problems and their Relationship with Health, Illness and Disability”, 5 *Social Policy and Society*, 2006, 39 ss.

8 Una detallada reconstrucción del recorrido danés se puede leer en KILBORN, “Twenty-Five Years of Consumer Bankruptcy in Continental Europe: Internalizing Negative Externalities and Humanizing Justice in Denmark”, 18 *International Insolvency Review*, 2009, 155 ss.

9 KILBORN, “Two Decades, Three Key Questions, and Evolving Answers in European Consumer Insolvency Law: Responsibility, Discretion and Sacrifice”, en NIEMI, KIESILAINEN, RAMSAY y WHITFORD (eds.), *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Hart Publishing, 2003, 314.

gran medida ya ha sido adoptada en varios ordenamientos— como expresión de la decisión de no sacrificar el bienestar de la colectividad frente a la rígida observancia de los derechos de los acreedores, ofreciendo en cambio a los deudores posibles salidas a la llamada “esclavitud moderna” frente a sus acreedores, así como incentivos para permanecer en el circuito productivo en vez de entrar en el del asistencialismo¹⁰.

IV. El debate en Italia

Durante mucho tiempo descuidado por el legislador italiano, pero no por ello olvidado, el problema de la insolvencia del deudor civil se ha convertido en objeto de renovada atención con ocasión de la reforma de los procesos concursales en el año 2005.

El debate que precedió y acompañó la reforma, por una parte, estuvo centrado en la necesidad de la reforma misma de cara a la constatación de la “quiebra de la quiebra”¹¹, y por otra parte, contribuyó a la apertura de la discusión acerca de la eventual extensión de aquellos procesos a los sujetos no emprendedores, como también a la previsión de procesos adecuados.

De hecho, el nuevo texto del artículo 1 de la Ley de quiebra confirma la exclusión de los entes públicos y de los pequeños empresarios (e implícitamente de los emprendedores agrícolas en cuanto no tienen carácter comercial), pero en un contexto profundamente modificado. La norma consigue que aquella exención que en el pasado tenía una finalidad de protección —desde una concepción afflictiva y punitiva de la quiebra, resumida en la célebre máxima “*est decoctor, ergo fraudator*”— hoy se revele penalizadora —superando aquella concepción y desviando la atención hacia la función de la composición y gestión de las crisis de la empresa, también con fundamento en las indicaciones recibidas a nivel comunitario—¹².

La penalización —a la luz del texto del artículo 1 de la Ley de quiebra, que establece nuevos criterios para la atribución de la calidad del pequeño emprendedor¹³— faculta a un gran número de sujetos, que representarán una carga

10 Para una amplia investigación permítase el reenvío a E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012.

11 La eficaz expresión acuñada por KILGER, “Konkursdes Konkurses”, *KTS*, 1975, 42 ss., sintetiza la ineficiencia —advertida en varios países europeos— de los procedimientos de insolvencia, tanto por la gran cantidad de quiebras sin activo para liquidar como por la baja tasa de satisfacción de los acreedores allí donde la quiebra es declarada.

12 STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 159 ss.

13 La disposición del artículo 1 de la Ley de quiebra ha sido formulada a partir de un discurso negativo y excluye la calidad de los pequeños emprendedores para aquellos que se encuentran en la condición de haber hecho inversiones en la empresa por un capital de valor superior a cien mil euros o que hayan percibido en el último trienio ingresos brutos anuales superiores a doscientos mil euros: con la consecuencia de que serán pequeños emprendedores —no sujetos a

adicional para los ya sobrecargados tribunales competentes en los procesos ejecutivos ordinarios.

La discordancia del sistema es evidente: se acentúa la diferencia de tratamiento entre deudores civiles y comerciales, así como aquella existente entre los pequeños emprendedores comerciales y los medianos y grandes empresarios.

Esta diferencia se revela de manera particular en el escenario de la *liberación de la deuda*, incorporada en el ordenamiento italiano con la función de incentivar la colaboración de los deudores, mediante la garantía de la posibilidad de comenzar de nuevo su actividad económica sin la presión de las viejas deudas. El deudor emprendedor, persona física, se libera de las deudas residuales con los acreedores concursales no satisfechos integralmente, sometido a ciertas condiciones¹⁴: con un evidente cambio de perspectiva respecto de lo que preveía el anterior texto del artículo 120 de la Ley de quiebra, de acuerdo con el cual, con el cierre de la quiebra, los acreedores adquirirían de nuevo el pleno ejercicio de las acciones en contra del deudor, por el capital y los intereses en la parte no satisfecha de sus créditos.

V. La respuesta del legislador italiano: la Ley n.º 3 de 2012

La reflexión no ha sido inútil y, aunada al rápido empeoramiento de la situación económica nacional e internacional, dio lugar a la adopción de una normativa específica en materia de sobreendeudamiento. Esta regulación es el punto de llegada de un recorrido lento, difícil y algunas veces paradójico, que inició en el año 2001 a partir de una propuesta presentada al Consejo Nacional de la Economía y el Trabajo por parte de la Asociación de Defensa de los Consumidores y el Ambiente; retomada en 2008 para un proyecto de ley sobre la usura (llamado

la quiebra— quienes se encuentren por debajo de alguno de esos umbrales. Estos (y sus acreedores), y quienes estando en riesgo de quiebra tengan deudas por una suma inferior a veinticinco mil euros (cfr. el último inciso del artículo 15 de la ley), no pueden beneficiarse de las ventajas de los procesos concursales frente a los procesos ejecutivos individuales, ni de las nuevas reglas —como la eliminación del requisito de mérito para el acceso al concordato preventivo, la ampliación del área del concordado por quiebra, la liberación de la deuda— que aumentan la protección del deudor comercial: POTITO y SANDULLI, “Commento sub art. 12, en *La riforma della legge fallimentare*, al cuidado de A. NIGRO e M. SANDULLI, t. I, Torino, 2006, 4.

- 14 El quebrado se libera de las deudas con los acreedores no satisfechos si cooperó con los órganos del proceso, proporcionando toda la información y la documentación útil para determinar el pasivo; y se tiene en cuenta que no haya retrasado de ningún modo el desarrollo del proceso; que no incurra en violación de las reglas del artículo 48; que no se haya beneficiado de otra “liberación de deuda” en los últimos diez años; que no haya distraído el activo o declarado pasivos inexistentes; que no haya sido condenado por bancarrota fraudulenta; que se haya satisfecho —al menos en parte— a los acreedores admitidos al proceso. No existe un porcentaje mínimo de satisfacción de los acreedores, con la consecuencia de que incluso un porcentaje irrisorio abre el camino a la liberación de la deuda, así como no la excluye el hecho de que la satisfacción parcial concierna solo a algunos acreedores, mientras otros permanecen totalmente insatisfechos: así por ejemplo, *Cass. Sez. Un.* 18 de noviembre de 2011, n.º 24215, *Foro. It.*, 2011, I, 3272.

Proyecto Centaro, por el nombre del senador ponente), bruscamente acelerado por el Gobierno a finales de 2011 con recurso al decreto de urgencia, y que dio como resultado la aprobación de la Ley n.º 3 del 27 de enero de 2012 relativa a las “disposiciones en materia de usura, extorsión, y de solución de la crisis por sobreendeudamiento”, totalmente modificada después de pocos meses con el artículo 18 del Decreto Ley 179 de 2012¹⁵.

El ámbito de aplicación de la Ley n.º 3 de 2012 lo determinó el legislador en términos residuales, “con el fin de remediar las situaciones de sobreendeudamiento no sometidas al trámite de los procesos concursales diferentes de aquellos regulados en el presente capítulo” (art. 6, inc. 1). De allí resulta un área extensa y heterogénea, en la cual están incluidos los emprendedores no sometidos a la Ley de quiebra (pequeños emprendedores *ex* artículo 2083 c.c., emprendedores comerciales bajo el supuesto del artículo 1 de la Ley de quiebra, emprendedores agrícolas que desarrollan una actividad agrícola en los términos del artículo 2135 c.c.), los deudores civiles, los profesionales intelectuales, los consumidores, las entidades no comerciales. Con ello se colma una doble laguna: “una laguna interna al tradicional derecho de la crisis de empresa, ampliando el número de los sujetos económicos que pueden acogerse”; y una laguna ‘histórica’, con relación a los sujetos no emprendedores¹⁶.

La nueva disciplina prevé, no ya un proceso de solución a la crisis, sino tres, dispuestos en una especie de esquema en forma de ‘Y’, a lo largo de un trazado a veces común, a veces específico. De hecho, se contemplan tres formas de salida de la crisis: el *acuerdo del deudor* (art. 7, inc. 1), el *plan de pagos del consumidor* (art. 7, inc. 1 *bis*) y –en alternativa o, en algunas hipótesis específicas, como consecuencia de ambos procesos– la *liquidación del patrimonio* (art. 14 *ter*)¹⁷.

El acuerdo del deudor (que puede ser propuesto por *todos* los sujetos “que no estén en riesgo de quiebra”) tiene por objeto la reestructuración de las deudas y la satisfacción de los créditos sobre la base de un plan que –aprobado por una mayoría calificada por los acreedores– vincula también a los disidentes.

El plan de pagos del consumidor prevé, de manera análoga al acuerdo del deudor, la reestructuración de las deudas y la satisfacción de los créditos, pero está reservado *sólo al deudor, persona física, que haya asumido obligaciones exclusivamente para fines ajenos a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada:*

15 Para una sintética y eficaz ilustración de los puntos sobresalientes de la reforma ver PACCHI, “La composizione del sovraindebitamento nell’ordinamento italiano”, en SARCINA (ed.), *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, Lecce, 2014, 61 ss.

16 DI MARZIO, “Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento”, en DI MARZIO, MACARIO y TERRANOVA (eds.), *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013, 10.

17 Para una descripción general ver BONFATTI y FALCONE, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, 2014; VERDE, F., *Il sovraindebitamento*, Bari, 2014.

prescinde de un acuerdo con los acreedores, estando sujeto solo a la homologación por parte del juez.

Finalmente, la liquidación del patrimonio (que puede ser propuesta por *todos los deudores que no estén en riesgo de quiebra*) consiste –siguiendo el modelo de la liquidación de la quiebra– en la liquidación de todos los bienes del deudor, comprendidos los que haya percibido en los cuatro años anteriores, con excepción de los bienes de carácter personal: se adelanta por un liquidador mediante pública subasta e, igual que ocurre con el plan de pagos del consumidor, prescinde de un acuerdo con los acreedores, en cuanto está sujeto solamente a la homologación por parte del juez.

Un papel muy importante se atribuye a los organismos de solución de la crisis¹⁸. Tales organismos, de naturaleza pública, desarrollan diversas tareas y funciones a lo largo del proceso: asistencia al deudor en la elaboración de las bases de la propuesta y en su ejecución; el papel de liquidador judicial en el acuerdo o en los planes de pago del consumidor homologados; apoyo al juez; cuidado de las comunicaciones con los acreedores; cumplimiento de las formalidades publicitarias; preparación y envío de los informes a los acreedores sobre los consensos expresos y, sucesivamente, al juez, con las respuestas recibidas; el rol de liquidador en el proceso de liquidación del patrimonio o de gestor de la liquidación. La atribución a los organismos de solución de la crisis de tantas y tan heterogéneas funciones en las distintas fases de los procesos (asesor legal y financiero del deudor, auxiliar del juez, garante del interés de los acreedores), además de que exige numerosas y específicas competencias técnicas, podría generar situaciones de potencial conflicto de interés. Tal problema parece haber sido abordado por el Decreto n.º 202 de 2014, y más precisamente en el artículo 4, inciso 5, donde, por un lado, se previó la exigencia de una formación adecuada de los profesionales que quieran adherirse al organismo de solución de la crisis (o.c.c. por sus siglas en italiano) y, por otro lado, se previó la hipótesis de atribución del encargo conjunto a una junta de administradores.

18 Para las competencias de los organismos de solución de la crisis v. el artículo 15 de la Ley n.º 3 de 2012, así como el reglamento aprobado con el Decreto n.º 202 de 2014, del 24 de septiembre.