



CURSO VIRTUAL

en insolvencia para persona natural no comerciante



Introducción al tema de Insolvencia

A. ANTECEDENTES LEGALES

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

La discusión sobre la necesidad cada vez más apremiante de la inserción de una figura como ésta en los ordenamientos de la familia romano-germánica, se evidenciaba ya desde el año 2001, cuando la Resolución de 26 de noviembre de ese año, expedida por el Consejo de la Unión Europea, relativa al crédito y al sobreendeudamiento de los consumidores, se señalaba que: “(...) *diez de los Estados miembros de la Unión Europea disponían en ese entonces de una legislación específica relativa a la liquidación colectiva de las deudas de consumidores para ofrecer un tratamiento social, económico y jurídico a los consumidores en situación de sobreendeudamiento excesivo, mientras los demás Estados miembros continuaban aplicando los procedimientos ordinarios (...)*”.

Así mismo, tenemos que en la misma Guía Legislativa de la UNCITRAL, sobre regulación de insolvencia del veinticinco (25) de junio de 2004, se indica la necesidad que los Estados evalúen el tema de la situación de los llamados “deudores civiles”, siempre desde la óptica del reconocimiento de un “*fresh start*”.

Colombia, no fue ajena a esas discusiones y podemos evidenciar que un poco antes de la guía legislativa y las directrices de la UNICITRAL, 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 en su artículo 3° numeral 8° excluye a las personas naturales no



CURSO VIRTUAL

en insolvencia para persona natural no comerciante



comerciantes de los sujetos que acceden al proceso de Insolvencia en Colombia; volviendo al viejo esquema de entender que la solución universal de este tipo de procedimientos se circunscribía exclusivamente al empresario como sujeto importante del mercado, dado el valor de su organización empresarial y el ser fuente generadora de empleo.

Importante es señalar que precisamente el mencionado numeral fue sometido a examen de constitucionalidad, que culmina con la Sentencia C-699 de 2007 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, sentencia en la cual se deja en claro que pertenece a la esfera de competencias del legislador el elegir 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; pese a lo anterior, en la parte final de dicha sentencia, se exhorta 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 que podríamos identificar con el sobreendeudamiento.

Como respuesta al exhorto del máximo intérprete constitucional el Congreso de la República expide la Ley 1380 de 2010, como 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, a pesar de haber sido reglamentado y por razones relacionadas con temas de vicios de trámite al interior del procedimiento legislativo fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-685 de 2011 con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

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.

B. EL SOBREENDEUDAMIENTO COMO DETONANTE DE LA CRISIS DEL DEUDOR

El fenómeno descrito genéricamente como “Sobreendeudamiento” se traduce en una desafortunada situación de deudas excesivas sin la capacidad del deudor de hacer frente



a ellas con las rentas ordinarias. 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.

El aumento exponencial y desmesurado de la deuda como consecuencia de la flexibilidad de las entidades financieras y de la ausencia de información por parte de los deudores al momento de tomar un crédito, hace que el sistema jurídico se preocupe por dar una respuesta oportuna y eficaz ante dicha realidad. Es necesario establecer que el sobreendeudamiento no es insolvencia, sino un estadio previo a ella que de no regularse conducirá a ella y que por tanto exige ser atendido de manera preventiva.

De otra parte, el sobreendeudamiento encuentra su origen en la incapacidad sobrevenida y la adicción al consumo. La primera hace referencia a una situación que ha sido denominada por la doctrina como el “*sobreendeudamiento pasivo*”, donde el deudor no puede hacerle frente a las deudas debido a contingencias sobrevenidas que afectan de manera considerable su capacidad económica, por ejemplo, por pérdida del empleo, el divorcio, accidentes o enfermedades graves.

Por otro lado, la adicción al consumo o “*sobreendeudamiento activo*”, hace referencia a la asunción excesiva de deudas, que usualmente se encuentra ligada a la carencia de formación financiera o de cultura financiera del deudor. Se trata de situaciones en las cuales los deudores consumidores son seducidos por las campañas publicitarias y la inmediatez del dinero en las tarjetas de crédito.

El sistema económico capitalista pretende asegurar que exista consumo y para ello es necesario establecer la capacidad de endeudamiento. En este sentido, tener endeudamiento forma parte de la vida contemporánea. En este sentido, el crédito representa una serie de ventajas al mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos de cualquier orden social. Así lo ha manifestado el Comité Económico y Social Europeo al establecer que el deudor aislado de hoy es el esclavo de la antigüedad.

Ahora bien, resulta necesario combatir por su existencia y desarrollo bajo condiciones de viabilidad que no degeneren en un sobreendeudamiento nocivo para en perjuicio del sistema económico y financiero. En estrecha conexidad con lo anterior, se han estructurado sistemas de financiación pensados más en la posición de la entidad y en la conquista de un mercado que en la verdadera capacidad de pago del deudor como una sobre oferta de tarjetas de crédito, de créditos de consumo, de compra de cartera y en general en una fascinación por el endeudamiento como justificación del consumo.

CURSO VIRTUAL

en insolvencia para persona natural no comerciante



C. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS O TRÁMITES

La ley prevé tres alternativas para estos sujetos, a saber, i) la negociación de un acuerdo; ii) la validación de un acuerdo privado y iii) la liquidación patrimonial.

Los procedimientos para el manejo de la insolvencia de la persona natural son de distinta naturaleza: en algunos casos se opta por mecanismos judiciales, en otros administrativos e incluso asistenciales, referidos más a las normas de protección del consumidor o autoridades dispuestas para proteger sus derechos, que a normas de insolvencia.

En este contexto, un primer aspecto a considerar consiste en el deseo del legislador de implementar un instrumento diferente al previsto para el manejo de la insolvencia de la empresa, con lo que se pone de presente el reconocimiento que la insolvencia de la persona natural no comerciante merece un trato distinto que responda a los particulares intereses que se encuentran en juego, por ejemplo, las obligaciones alimentarias a cargo del deudor y los derechos fundamentales que se encuentran en juego.

El régimen soportado en un mecanismo conciliatorio no tiene antecedentes en Colombia, máxime si se toma en cuenta que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos no ha sido utilizada como herramienta para conseguir acuerdos con acreedores de manera colectiva.

¿Por qué se adoptó la conciliación como eje del mecanismo? La adopción de la conciliación como eje del mecanismo encuentra su justificación en el número reducido de acreedores del deudor persona natural no comerciante, lo cual hace viable este tipo de soluciones.

De igual manera, la demora en el trámite de los concordatos de personas naturales bajo la vigencia de la ley 222 de 1995 permite justificar la decisión de descartar su continuidad o de contemplar un sistema similar. Es así como la posibilidad del deudor para normalizar el pasivo debe responder a la voluntad de honrar a sus acreedores, acceder a condiciones que le permitan superar el impase temporal por el que se encuentra, más a que a la naturaleza del instrumento.

Se trata principalmente de un espacio de negociación propio de los mecanismos de insolvencia recuperatorios con miras a definir nuevas reglas para la atención del pasivo insatisfecho. Deben ser mecanismos acordes con la situación patrimonial del deudor y que le permitirán en un tiempo determinado normalizarlas y seguir interviniendo en el tráfico económico sin restricciones.



¿De qué depende entonces un acuerdo con los acreedores? Como se acaba de establecer, el acuerdo de los acreedores depende de la voluntad del deudor y de la credibilidad que a los acreedores les genere su conducta.

Es preciso recordar que la naturaleza conciliatoria no se ve afectada por la posibilidad de que los jueces intervengan en ciertos casos. Puede considerarse que la solución adoptada con la intervención judicial es favorable en la medida que únicamente procede con la existencia de un conflicto entre deudor y acreedores.

No obstante, en aquellos casos en que exista disputa en cuanto a existencia de las acreencias, cuantía y prelación legal, la definición del asunto puede tomar tiempos mayores si se tiene en cuenta la práctica que antecedió en materia de concordatos. Por otro lado, dicha naturaleza se concreta en la posibilidad de celebrar un acuerdo.

En este aspecto, llama la atención que la intervención judicial sea esporádica o intermitente y no existe un control integral del mecanismo de la insolvencia, pues el Conciliador debe esperar a que los jueces decidan. En este caso no existe propiamente un Juez de insolvencia como sucede con el trámite de los concordatos o procesos de reorganización: la intervención judicial sólo aplica en los casos dispuestos por la ley y bajo esa consideración es necesario requerir una resolución pronta de los asuntos confiados a la jurisdicción.

Lo realmente importante respecto de la naturaleza conciliatoria de los procedimientos es que el deudor puede normalizar sus relaciones con sus acreedores definiendo unas nuevas reglas de juego para la atención de su pasivo. En efecto, lo valioso es el acuerdo que llegue a celebrarse, más que las etapas previas que deban surtirse para llegar al mismo.

Si estamos frente a un deudor organizado, con convicción de llegar a un acuerdo con sus acreedores y comprometido con honrar el derecho de crédito que con el incumplimiento fue desatendido, no tendría por qué haber objeciones máxime si frente a los acreedores existe el consenso que todas las acreencias involucradas en la negociación son ciertas al igual que su cuantía y correcta su prelación legal. Así se podría evitar demoras o actuaciones encaminadas a dilatar injustificadamente la solución a la situación concursal.