

VICENTE-MARÍA DE ARENAL

Reflexiones sobre la insolvencia o sobreendeudamiento



EL sobreendeudamiento (o, si se prefiere, la “infrasolvencia”) no es un fenómeno de nuestros días, ni la legislación que regula sus efectos es algo nuevo.

La tutela de los derechos de los acreedores y la regulación de la responsabilidad del deudor han sido los dos principios sobre los que han pivotado las diversas soluciones legales que, en el espacio y en el tiempo, han ofrecido los diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos al problema de la incapacidad del deudor para hacer frente a las deudas contraídas.

Ya el Derecho Romano se preocupó no solo de la responsabilidad del deudor, sino también de posibilitarle a este, en ocasiones, limitar su responsabilidad ante deudas cuya satisfacción podía exceder de su capacidad económica. Un ejemplo de las medidas que existían en el Derecho Romano con dicha finalidad era la *noxae deditio*, acto por el cual el *pater-familias*, para liberarse de la responsabilidad de una obligación causada por una persona –esclavo– que estaba bajo su responsabilidad, podía hacer entrega de esa persona al perjudicado por su actuación, liberándose así de la deuda contraída por causa de ella. Otras figuras como la *cessio bonorum*, se fundaban, en cierta medida, en la misma filosofía de dotar al deudor de medios con los que extinguir las obligaciones contraídas cuando no podía hacerlo en la forma en la que habían sido convenidas.

Esa misma idea de limitar la responsabilidad del deudor mediante la entrega a los acreedores de “algo” que tenga rela-

justifican la existencia de convenios, como los conocidos con los nombres de Tovalop y Cristal, que tienen como finalidad limitar la responsabilidad de los navieros por los daños medioambientales causados.

La idea de limitar la responsabilidad del deudor, en fin, encuentra manifestaciones muy diversas en nuestro ordenamiento jurídico, y con plena vigencia hoy en día, que actúan de formas muy diferentes y con instituciones muy diversas que ponen el contrapunto al principio de que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros que consagra el artículo 1.911 del Código Civil. Entre dichas manifestaciones se encuentra el *benefitium competentiae*, una institución que también procede del Derecho Romano y que se contempla en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que declara inembargables determinados bienes del deudor, intentando asegurar que con algunos de ellos “pueda atender con razonable dignidad a su subsistencia”.

Más interés tienen otras figuras en las que también subyace en alguna medida el principio de limitación de la responsabilidad (como los patrimonios separados, herencia aceptada a beneficio de inventario, etc.), cuyo análisis excedería con mucho del ámbito de estas reflexiones.

La limitación de responsabilidad es un beneficio de tal naturaleza y que proporciona tal seguridad que ha producido en muchas ocasiones un abuso de la forma; no cabe duda de que muchas “sociedades unipersonales” se constituyen como tales con la única finalidad de lograr el comerciante o empresario dicho beneficio, dejando a salvo su patrimonio personal, sin que muchas veces exista otra justificación para recurrir a la forma societaria por el empresario individual. Si, en la línea con la figura de los patrimonios separados antes enunciada, nuestro legislador hubiera sido un poco más osado y original y hubiera regulado una suerte de patrimonio empresarial separado afecto a las resultados del comercio o empresa, limitando a él la responsabilidad del comerciante o empresario por el ejercicio de su actividad, muchos de éstos no hubieran sentido tal vez la necesidad de utilizar la figura de la sociedad de

capital unipersonal.

Ya sea la responsabilidad del deudor limitada o ya sea ilimitada, en los casos en los que el patrimonio responsable no sea suficiente para atender al pago de las obligaciones pendientes, mientras haya un solo acreedor el problema tiene una solución (por muy compleja que sea ésta) mucho más fácil que si a la insolvencia del deudor se añade una pluralidad de acreedores; y es en este punto donde el clásico y sencillo principio de la *par conditio creditorum* ha sido desbordado por unas soluciones legales absolutamente diferentes que conjugan y resuelven de forma radicalmente dispar el conflicto planteado.

La reciente reforma del Derecho Concursal español ha optado por basarse sustancialmente en la misma filosofía con la que la normativa anterior había intentado resolver las quiebras (reguladas por una normativa casi bicentenaria) y las

“ **La LEC declara inembargables determinados bienes del deudor, intentando asegurar que con algunos de ellos pueda atender con razonable dignidad a su subsistencia** ”

ción con la deuda contraída con ellos, se manifiesta igualmente en otra figura de general aceptación en el Derecho Marítimo de los países latinos, y que es el abandono del buque. Nuestro Código de Comercio permite al naviero eximirse de responsabilidad frente a los acreedores haciendo entrega a éstos del buque, con todas sus pertenencias, y de los fletes que hubiere devengado en el viaje. E incluso en supuestos de responsabilidad extracontractual, como el abordaje, permite al naviero acogerse al beneficio de limitar su responsabilidad al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje. Y es que en el ámbito del Derecho Marítimo es donde se pueden producir mayores “infrasolvencias” derivadas de eventos o actuaciones que pueden generar responsabilidades económicas astronómicas; casos como los buques Torrey Canyon, Erika, Amoco Cadiz, Exxon Valdez o Prestige, por citar solo algunos,

suspensiones de pagos (con una regulación casi centenaria). Más que intentar ofrecer soluciones nuevas, y en ocasiones practicadas con éxito en Derecho comparado, la reforma ha actualizado la normativa manteniendo análogos principios a los que servían de base a la normativa a la que sustituye. Y es que quizá el esquema de entender el concurso de acreedores como *un ménage à deux*, que afecta solo al deudor y a los acreedores, debería haberse superado. El concurso de acreedores ya no debe regularse como un *ménage à deux*, pues en ocasiones hay un tercer elemento, los trabajadores, que deben ser tenidos en cuenta de una forma que permita su mayor implicación en la solución del concurso. Pero es que ni siquiera debe regularse como un *ménage à trois*, contando con ellos –con los trabajadores– por cuanto que la propia sociedad puede demandar en muchas soluciones una solución diferente de la inicialmente prevista por acreedores y deudor. Se trata de articular un *ménage à quatre*, que en muchas ocasiones debe tener como objetivo, y más en nuestros días, el principio de conservación de la empresa, en la medida en que sea un objetivo posible, aunque para ello deban implicarse, esforzarse y renunciar a algo todas y cada una de las cuatro partes implicadas. General Motors se declaró en bancarota en 2.009; dos años después, ha presentado un record histórico de ganancias en sus 103 años de existencia, logrando unos beneficios de más de 7.600 millones de dólares. No cabe duda de que todas las partes implicadas (y entre ellas los más de doscientos mil trabajadores de la compañía y la propia sociedad americana) consideran que el intento de salvar a la empresa ha valido la pena.

Tal vez no hubiera estado de más que el legislador, además de mejorar la propia normativa del sistema español de regulación de las insolvencias, se hubiera fijado en el Derecho comparado, en el sistema francés (con diez veces más de insolvencias de empresas cada año que en España) o en el sistema alemán

General Motors se declaró en bancarota en 2009; dos años después, ha presentado un record histórico de ganancias en sus 103 años de existencia

(con seis veces más) o en los sistemas de Bélgica o Suecia (países que a pesar de su menor tamaño, tienen un número sensiblemente superior de insolvencias empresariales al de España). El caso de Estados Unidos, donde el año pasado más de un millón de ciudadanos pidió auxilio judicial por no poder pagar sus deudas, podría haberse tenido en cuenta también para implementar soluciones al concurso de las personas naturales o físicas.

Y mirarnos en esos sistemas puede parecer razonable, sin perjuicio de que por tratarse en algunos casos de potencias económicas con enorme dinamismo, su situación económica permite que las quiebras en esos países sean, más que un problema, un dato; y que por la rápida absorción por el sistema de los medios personales y materiales implicados, y en muchas ocasiones de la propia actividad afectada, dichas insolvencias no afecten, ni tan siquiera a corto plazo, ni a los datos de PIB, ni a

los datos de población activa, ni a ninguna otra variable con implicación económica.

Por último, en nuestro país, se plantea en nuestros días la realidad de muchos ciudadanos a los que circunstancias absolutamente ajenas a su voluntad les han abocado a incumplir sus obligaciones pecuniarias con entidades de crédito. Dicha triste y tremenda situación exige soluciones imaginativas; pero creo que hay que ser prudentes y cautos a la hora de afrontar medidas legislativas que puedan afectar a la forma en que en nuestro Derecho se ventilan los conflictos entre acreedores y deudores y al equilibrio que deben mantener sus intereses. El romper ese equilibrio en favor del deudor, podría ocasionar que no hubiera acreedores dispuestos a prestar, con el evidente y tremendo perjuicio que, con alcance incluso macroeconómico, tendría para nuestra economía. O que los acreedores solo prestaran a quien pudiera aportar unas excesivas garantías o solvencia, con lo que se conseguiría el mismo pernicioso efecto. Quizá para restablecer el equilibrio deseado, el Código Civil italiano hace tiempo se apartó del tradicional *favor debitoris* y adoptó una postura más equilibrada reforzando en alguna medida el *favor creditoris*. En todo caso, la situación actual exige, como decimos, que no permanezcamos impasibles ante la situación por la que atraviesa un sector importante de nuestra sociedad.

Y, en definitiva y para terminar, no queda sino plantear algunas cuestiones: ¿Es la crisis económica que está golpeando a la sociedad de forma brutal causa suficiente para aplicar la filosofía de la “cláusula rebus sic stantibus” o de la teoría de la base del negocio, o del caso fortuito o de la fuerza mayor a los préstamos hipotecarios formalizados antes de ella? ¿Debe corregirse en el futuro el *loan to value*, es decir, el porcentaje máximo del valor del bien hipotecado que se pueda financiar? ¿Debe actuar el valor de tasación fijado en la hipoteca como valor mínimo por el que el acreedor pueda adjudicarse el bien hipotecado en subasta? ¿Es correcto el criterio de la Ley 493-2 del Fuero Nuevo de Navarra, que establece que el acreedor de una cantidad de dinero tiene que aceptar recibir un bien distinto del debido si el juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida? ¿Es realmente una buena solución la dación en pago, que deja al deudor sin su vivienda? ¿Debería hacerse partícipe al deudor ejecutado de la ganancia que obtenga el acreedor por la inmediata enajenación del bien adquirido en subasta? ¿Qué juicio merece el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos? ¿Es útil generalizar el uso de la hipoteca de responsabilidad limitada regulada en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, que permite pactar que la obligación garantizada solo se haga efectiva sobre los bienes hipotecados, o la utilización de esa figura supondría aumentar el interés exigido y limitar el capital prestado ante la reducción del patrimonio responsable del deudor? ¿Deberían importarse figuras como el *fresh start* que han tenido éxito en el extranjero? ¿Debe de imponerse un sistema de mediación realmente efectivo entre entidades de crédito y deudores con dificultades para pagar sus préstamos? ¿Vamos a salir de esta crisis? Yo estoy seguro que sí vamos a salir de esta crisis.

Vicente-María del Arenal Otero es notario.