

EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA INSOLVENCIA. DERECHOS REALES vs DERECHOS PERSONALES.

Artículo Publicado en "FORO COMPLUTENSE" Revista del Colegio Abogados de
Alcalá de Henares. N° 4. Madrid: ICAAH, 2005.

Por Juan Palao Uceda. Abogado.

En la declaración de concurso contienden, en innegable gigantomaquia, dos valores del ordenamiento que han de ser cabalmente considerados. Por un lado la propiedad, tal y como el artículo 33 de la Constitución la describe, esto es, subordinada a su "*función social*". Y por otro, la institución consagrada en el art. 38 de la CE, esto es "*la economía de mercado*" y "*su planificación*".

En los albores de la existencia humana surgen, en primer lugar, los derechos reales¹. Estos implicaban en origen un señorío directo sobre un bien (pieles de animales, lanzas,...), de ahí que a la propiedad se la denomine también "*dominio*". Estos derechos reales, se imponen por el propio sujeto que los detenta y conserva; posteriormente, pasan a ser derechos reconocidos de forma externa, en las prístinas agrupaciones humanas, tal y como ha dicho Kelsen:

*"Al principio surgieron los derechos subjetivos (a través de la apropiación originaria) solo después vino el derecho objetivo como ordenamiento estatal, protegiendo, reconociendo, garantizando el derecho con independencia de su nacimiento subjetivo"*².

Cuando algunos bienes se tornan económicos, esto es, ya no son tan fáciles de obtener y solo los poseen algunos por la técnica y dedicación que en ellos han empleado³, entran en escena los **derechos personales** en el ámbito de las relaciones humanas, para intercambiarlos (quid pro quo)⁴, el derecho a recibir una cosa a cambio de otra⁵. De aquí nace la

¹ Hablamos del orden civil y no del penal que comprende el derecho a la vida que surge necesariamente con el establecimiento de cualquier orden.

² *Reine Rechtslehre*. Hans Kelsen. 1 Auflage. 1985 Scientia Verlag Aalen. Pag. 41. "erst entstehen subjektive Rechte, vor allem das Eigentum, dieser Prototyp des subjektiven Rechts (und zwar im Wege der ursprünglichen Aneignung), erst später kommt das objektive Recht als staatliche Ordnung schützend, anerkennend, gewährleistend zu den unabhängig von ihm entstandenen subjektiven Rechten hinzu" Continúa Kelsen diciendo que esta visión es claramente compartida por la Escuela Historicista del Derecho (rechtshistorische Schule).

³ *Teoría de las Obligaciones*. J. Giorgi. Reus., S.A. Madrid. 1928. Vol. I. Pag. 2. "La obligación ...representa los vínculos de la servidumbre mutua que liga a unos con otros en la satisfacción de sus necesidades, las cuales, ninguno podría satisfacer por sí o dentro de los límites de la actividad de cada uno."

⁴ "Una cosa por otra".

⁵ *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958. Karl Larenz. Pag. 16. "Frecuentemente se califica al derecho de obligaciones como "derecho del tráfico de bienes o del intercambio de bienes, en contraposición con el derecho de cosas, que se considera como derecho de dominio (permanente) sobre las cosas".

institución del mercado. Más tarde llegará el dinero⁶ para facilitar este intercambio. Mientras que cada hombre de cromañón podía confeccionar su lanza por sí mismo no necesitaba establecer vínculos personales con otro. Pero cuando el conocimiento y la técnica avanzan, la especialización del trabajo obliga a relacionarse unos con otros para transmitir los bienes nacidos de cada profesión específica, generándose el comercio y naciendo los derechos personales.

El grado de desarrollo de las sociedades antiguas se podría establecer por el grado de organización y relaciones existentes entre los miembros de la comunidad. En la medida en la que la sociedad funcione orgánica y sinérgicamente, cada uno desarrollando su tarea específica de forma eficiente, las sociedades pueden considerarse más evolucionadas. Este inteligente y desarrollado funcionamiento se asemeja al del organismo humano donde cada órgano subviene un fin común y depende de los demás, dando verdaderamente razón de ser a lo que se ha llamado cuerpo social.

El mercado, como necesario instrumento a esta negociación, es el fautor de esa magnífica producción que hace posible la satisfacción de las más variadas necesidades humanas. Si los derechos de crédito permanecieran impagados en un mercado nadie concurriría a él. Así se justifica que, primero, *“el deudor debe dejar de tomar porque la ley le priva de una defensa que, antes, garantizaba su bien”*⁷, y, segundo, que si *“el patrimonio (del deudor) aun no alcanzara a cubrir la responsabilidad del deudor, tendría también, el acreedor, además de la vía de ejecución forzosa, el derecho a usar de acciones revocatorias y subrogatorias, hasta completar su satisfacción”*⁸ como garantía de sus derechos de crédito. Estas dos fórmulas legales constituyen el esqueleto del ordenamiento concursal, la ejecución universal y la rescisión (antigua retroacción), alrededor de las cuales se añade todo lo demás. Fomentar el cumplimiento de estas dos técnicas legales es tarea de interés nacional para favorecer la inversión tanto externa como interna que es la base de la producción y el empleo⁹.

Claro ejemplo lo teníamos en Venecia, donde antaño el comercio la hizo alcanzar una riqueza y bienestar magníficos, que se basaba en la persecución del fraude y de los deudores como medio para atraer la negociación y la inversión de todas las naciones. A este respecto

⁶ *La hora de la Ética empresarial*. Ortiz Ibarz. McGraw-Hill. Madrid. 1996. Pag. 43 “[...] los hombres tienen necesidad de relacionarse, no les parece posible no relacionarse, y una de las consecuencias de la división del trabajo es la aparición del dinero.”

⁷ *La Suspensión de Pagos*. Joaquín Torres de Cruells. BOSCH. Barcelona. 1957. Pag. 34.

⁸ *Torres de Cruells*. Op. Cit. Pag 15.

⁹ *La teoría económica de John Maynard Keynes*. Teoría de una economía monetaria. Dudley Dillard. Traducción del inglés por José Díaz García. Aguilar Ediciones. S.A. 1973. Madrid. Pag. 31. “(el empleo) ... no puede aumentar a no ser que aumente la inversión”.

recordemos las palabras que Shakespeare pone en boca de Antonio para justificar el cumplimiento contractual en “el Mercader de Venecia”: <<El *dux* no puede impedir a la ley que siga su curso, a causa de las garantías comerciales que los extranjeros encuentran cerca de nosotros en Venecia; suspender la ley sería atentar contra la justicia del Estado, puesto que el comercio y la riqueza de la ciudad dependen de todas las naciones...>>¹⁰

Los bienes dan sentido a la propiedad, no obstante estos nacen del mercado. Por ende el sustantivo “bien” resulta de algo que procura un bienestar o bien al hombre¹¹. Según eso, la verdadera y pródiga generación de bienes ha de ser predicada de aquellos que proceden de los avances científicos y tecnológicos de los dos últimos siglos y éstos solo se han hecho posibles gracias a su prospectiva de venta que a su vez descansa en un mercado ordenado. Consecuentemente, en este momento histórico *el valor de los derechos personales ha tomado una innegable importancia* por la naturaleza de los bienes que se producen, ya que v.gr., actualmente, con la cantidad adecuada de dinero puede uno sustraerse a la misma muerte por causa de una enfermedad o tener un vehículo que le permita desplazarse a los más distantes lugares. ¿Qué le importaba a un cazador que le quitaran su lanza si podía construirse otra? De ahí que se hayan de valorar con más veras por el ordenamiento actual *las acciones personales* que hacen posible un comercio y una investigación que tanto beneficio y bienestar provee para el género que integramos, lo que esta expresado en un dicho latino “*Bona intelligitur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt.*”¹².

Aunque los derechos reales, han de ser objeto de una defensa más férrea, puesto que responden a un estado de cosas actual, propio de todo Estado y orden, por la importancia de la negociación humana, como decimos, existen medios e instrumentos para hacer valer las acciones personales. Los mecanismos para exigir el cumplimiento de las obligaciones personales han de contar en todos los ordenamientos con un sistema de garantías que legitime la intromisión en el ámbito de la propiedad o posesión real de una persona. Así, en los sistemas jurídicos, ese derecho personal, en sede de ejecución forzosa, se torna en un “*ius ad rem*”, o sea derecho real genérico. “*El vínculo sobre la actividad de la persona se transforma en un vínculo sobre el patrimonio*”¹³ puesto que se produce “un

¹⁰ Acto Tercero. Escena Tercera. Antonio.

¹¹ El término anglosajón de bien <<commodity>> también nos introduce en el concepto de aquello que procura comodidad y bienestar.

¹² “No son bienes sino lo que excede las deudas”.

¹³ *Joaquín Torres de Cruells*. Op. Cit. Pag. 15.

*debilitamiento del derecho de propiedad*¹⁴. De esta forma, cuando un deudor entrega un bien para el pago de una deuda “*pro solvendo*”, el acreedor no puede apropiarse de aquél puesto que el derecho a la propiedad sigue subsistiendo para el deudor¹⁵, y, únicamente, puede realizar su valor y entregarle a éste el sobrante de tal venta, previa deducción del montante de la deuda¹⁶. Al igual que pasa durante los procedimientos de quiebra que, maguer las deudas sobrepasen el patrimonio neto, hasta el momento de la liquidación, lo único que puede existir es una desposesión o embargo universal pero nunca una apropiación. Así Garrigues ha definido la liquidación de una sociedad como “*el conjunto de operaciones de la sociedad que tienden a fijar el haber social divisible entre los socios*”¹⁷ y de eso se trata también en la liquidación concursal aunque al final pueda no existir remanente para los socios. Igualmente, la institución romana de la “*cessio bonorum*” permitía a los acreedores “**solo**” promover la venta de los bienes del deudor que éste les había cedido¹⁸.

Lo referido hace comprensible la delicadeza con que hay que obrar al trascender la esfera del derecho de propiedad, y justifica que las instituciones de ejecución forzosa se acerquen tanto a la rama del derecho procesal¹⁹, donde son puntualmente contempladas y protegidas las garantías del ejecutado al tomar de su propiedad.

Retrasar la declaración de concurso desde el momento en que se empieza a fraguar la imposibilidad de cumplir las obligaciones y se agrava la situación del financiera del deudor por exceso de obligaciones contraídas, supone dar mayor valor a la propiedad frente a la institución del mercado que da sentido a aquella (pues gracias al mercado se produce e innova), pero anticipar demasiado el concurso supondría un intervencionismo estatal tan férreo que violaría, no solo la libre disposición de la propiedad, sino con ella, también, la base de nuestro

¹⁴ *Torres de Cruells*. Op. Cit. Pag. 435.

¹⁵ La primacía del derecho real sobre el personal se ve v.gr. en el Anteproyecto de Ley concursal de 1995 que en su art. 66 dice que se acumularán al concurso las ejecuciones en las que no se hubiera adjudicado el bien al rematante. En el *Anteproyecto de 1983 de ley Concursal*, en su art. 166 establece que si se hubiera despachado ejecución sobre un bien y, previa subasta, hubiera sido entregado ya al rematante, no se podrá reintegrar la cosa a la masa activa aunque conviniera a los intereses del concurso. La existencia de este señorío o dominio real sobre la cosa impide que los derechos personales de los acreedores puedan violentar este estado.

¹⁶ *Torres de Cruells*. Op. Cit. Pag. 498.

¹⁷ *Curso de Derecho Mercantil*. Joaquín Garrigues. S. Aguirre. Madrid. 1936. Tomo I. Pag. 317.

¹⁸ *Tratado de Quiebras*. Antonio Brunetti. Traducción Joaquín Rodríguez Rodríguez. Porrúa Hermanos y Cía. Distribuidores. México, D.F. 1945. Pag. 16. “La institución de la *cessio bonorum*, creada por la *lex julia* (año 737 de Roma), vino a mitigar los efectos excesivamente graves de la infamia. El deudor, aunque fuese condenado, o *confesus in jure*, podía evitarla si declaraba solemnemente que cedía todos sus bienes a los acreedores, a los cuales, sin embargo, no se atribuía la propiedad, sino solo la posesión y custodia y el derecho de promover la venta (*L.4 C. qui bonis cedere, VII,71*)”

¹⁹ *Torres de Cruells*. Op. Cit. Pag. 38.

sistema económico liberal²⁰. En lo concerniente al intervencionismo ha dicho Garrigues:

*"[...] las precauciones legales para que no disminuya la garantía de los acreedores sólo pueden ser indirectas. La única medida directa sería obligar a la sociedad a una colocación segura y estable de las aportaciones de los accionistas. Pero esto entorpecería la libre actividad comercial de la sociedad."*²¹

Por esta causa no era aceptable, en términos generales, una Suspensión Necesaria a petición de los acreedores tal y como se proponía por la *Cámara de Comercio y Navegación de Barcelona* en una propuesta renovada de la que ya haría en 1913²², ni, como el ordenamiento actual proscribía, una insolvencia inminente declarada a instancia de un acreedor ya que solo puede ser pedida por el deudor (art. 2.3 LC)²³, frente a la declaración de concurso por insolvencia actual que puede ser solicitada también por sus acreedores.

Hacer entrar en el ámbito de la declaración de concurso la voluntariedad del comerciante, nos puede ayudar a salvar este escollo por medio de declaraciones de insolvencia inminente. Se trataría pues de crear un arraigo o costumbre²⁴, allí donde el ordenamiento no puede llegar, por medio de alicientes ante prontas declaraciones y revulsivos ante declaraciones concursales tardías²⁵ cosa que la ley vigente no contempla con la contundencia necesaria.

²⁰ *La reforma de la Legislación Concursal*. Director. Angel Rojo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2003. Sobre la Preconcuralidad y la prevención de la insolvencia el mecanismo de alerta preconcursal. Luis Fernández del Pozo. Pag. 22. "A falta de título legal específico, el acreedor no puede instar la intervención judicial (pues)... rige el principio constitucional de la libre empresa (art. 38 CE)". Pag. 45. "El problema es el siguiente: ¿la mera situación de crisis inminente permite al acreedor, cualquier acreedor, instar la administración judicial sin necesidad de instar la quiebra? En principio no... Fuera de la habilitación expresa ... debe respetarse el principio de libertad de empresa (cfr. art. 38 CE)"

²¹ *Garrigues*. Op. Cit. Tomo I. Pag. 233

²² *Torres de Cruells*. Op.Cit. Pag. 88

²³ "Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones."

²⁴ "For use almost can change the stamp of Nature" (La costumbre puede cambiar la impresión misma de la naturaleza). *Hamlet*. W. Shakespeare. Act. 3. Scene 28.

²⁵ "El problema verdaderamente grave es como estimular, positiva o negativamente, a unos y a otros para que se inclinen por una solicitud tempestiva..." *Luis Fernandez del Pozo*. Op. Cit. Pag. 14.