

El concurso de acreedores y las instituciones auxiliares del tráfico mercantil por Juan Palao Uceda.

Existen ciertos sectores estratégicos en donde la antigua quiebra, ahora concurso, no puede aplicarse de la misma forma que en los demás casos. Estos sectores han hecho surgir un derecho concursal especial, pues, la importancia para la economía de las entidades que en ellos operan, exige un más férreo intervencionismo estatal. El debate sobre las subvenciones a las entidades de crédito viene a dar testimonio de esta parcela donde se aplica un tratamiento distinto a las empresas en crisis.

Frente al criterio general de libertad de gestión de las empresas - o supremacía de los derechos reales (propiedad...) frente a los personales (créditos...) - hasta la insolvencia efectiva o cualificada de la sociedad¹, el ordenamiento establece unos casos en los que el control, seguimiento del deudor y la protección del acreedor son mucho mayores.

Ya el CCo de 1885 (art. 930.2), permitía a los acreedores² exigir de la Compañía de Ferrocarriles y demás obras públicas, que empleara el procedimiento preventivo de forma necesaria. La importancia con que los caminos de hierro, carreteras y canales contaban para el “*desenvolvimiento de la riqueza de un pueblo, provincia o nación*”³, impedían que dichas estructuras pudieran quebrar y ser liquidadas.

El interés público que descansaba en su conservación y la necesaria intervención de la explotación que debería tomar el Estado en caso de quiebra de la sociedad, movían a éste a favorecer una declaración temprana de su quiebra junto a un especial seguimiento de sus actividades.

Esas antiguas empresas habían logrado emprender ambiciosos proyectos de ingeniería gracias, normalmente, a los títulos de emisión de deuda que el Estado autorizaba que expidieran para financiar su actividad, tal y como atestigua la Ley de 1896 de proroga concedida a las compañías de ferrocarriles en relación al pago de esos mismos títulos⁴. Todo ello por la importancia de estas infraestructuras para el desarrollo nacional.

En la época contemporánea existen igualmente un conjunto de actividades que, como las antiguas Compañías de Ferrocarriles, se fiscalizan más de cerca⁵, limitándose su capacidad de gestión, solicitando estados financieros intermedios, exigiéndoles mayor dotación de capital, reservas y depósitos obligatorios... puesto que, por su central importancia en el auxilio y favorecimiento del tráfico comercial, no pueden ser sus crisis tramitadas a espaldas del Estado.

¹ Basada en un hecho externo de singular gravedad (art. 2.4.1 Ley Concursal).

² STS de 24 de Junio de 1899.

³ RIVES Y MARTÍ, F. “Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y Quiebras con sus preliminares Quita y Espera y Suspensión de Pagos”. 3ª. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954. Tomo II. Pág. 169.

⁴ Ley de 13 de Septiembre de 1896. Art. 3.

⁵ HOPT, K.J. „Das Unternehmen in der Krise – Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht“ en Birk, R. [dir.] et. al. Das Unternehmen in der Krise Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht“. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1986. Pág. 70.- <<...der branchenspezifischen Staatsaufsicht...>>

Incluso su continuidad puede ser materia de verdadero interés público⁶. De ahí “*la existencia de una legislación concursal especial*”⁷ para las actividades que favorecen ese basamento esencial del comercio.

Por ello, Don Joaquín Garrigues, en su curso de derecho mercantil, trató un conjunto de instituciones que auxilian el desenvolvimiento del tráfico, pues de su credibilidad y permanencia depende la buena marcha económica. Eran las que siguen:

Ferías y Mercados, Bolsas, Bancos, Almacenes Generales de Depósito y las mentadas Compañías de Ferrocarriles y demás obras públicas.⁸

Sin embargo, la nueva realidad económica, propiciada por una revolución científica y tecnológica, ha conducido a un parcial cambio de las actividades económicas que se erigen en fautoras y favorecedoras del comercio. Estas son actualmente la actividad bancaria, de seguros y de inversión⁹.

La actividad Bancaria.

Keynes en su teoría económica monetarista, coloca la existencia de dinero invertido como determinante directo de la reducción del paro. La razón es sencilla: Si no hay medios de pago no se puede comerciar ni contratar. De ahí que los países, ante la actual crisis, se hayan empleado denodadamente en inyectar dinero al sistema¹⁰.

A este respecto, el sistema bancario pone, de una forma muy efectiva, al sector excedentario en recursos en contacto con el menesteroso de ellos de forma que, aunque los ahorradores no inviertan, los fondos colocados en la cuenta bancaria como mero ahorro (patrimonio pasivo) son invertidos a interés por el banco, potenciando la iniciativa empresarial y creando patrimonio activo, es decir, patrimonio como fuente de trabajo y riqueza.

Por ello, es menester mantener la fe y confianza en ese sistema de depósito irregular de fondos que contribuye decisivamente al crecimiento económico¹¹.

Un banco cualquiera no puede quebrar sin pagar a sus clientes los depósitos irregulares a éste confiados puesto que, de otra forma, una avalancha de desconfianza haría retirar de los bancos una multitud de dichos depósitos, lo que produciría un verdadero colapso

⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E. en Gallego Sánchez, E. [coord.] “**Ley Concursal, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios**”. Las Rozas (Madrid): La Ley: 2005. Pág. 418.- <<..., salvo supuestos excepcionales singularmente ligados a la trascendencia social de la empresa, la solución debía haber sido la liquidación.>>

⁷ CAMPUZANO, A. “**Legislación concursal especial sobre entidades de seguro**”. en **Anuario de Derecho Concursal**, 2004. N° 3. Pág. 371 y ss. Pág. 372.

⁸ GARRIGUES, J. “**Curso de derecho Mercantil**”. Madrid: Silverio Aguirre, 1936. Tomo I. Pág. 46.

⁹ PULGAR EZQUERRA, J. “Los presupuestos en la declaración del concurso de acreedores” en Mairata Laviña, J. [coord.] **Aspectos Jurídicos del nuevo Concurso de Acreedores**. Vol. I. Madrid: ICAM, 2004. Vol. I. Pág. 51.- <<Las entidades de crédito, aseguradoras y entidades emisoras de valores pueden quedar, en principio, sometidas al concurso de acreedores con especialidades en su tramitación que inciden en la fase de declaración de concurso...>>

¹⁰ “El BCE inyecta otros 61.050 millones para aumentar la liquidez del mercado”. El Economista. 10/08/2007.

¹¹ DILLARD, D. “**La teoría económica de John Maynard Keynes. Teoría económica monetaria**”. Díaz García, J. [trad.] Madrid: Aguilar Ediciones, S.A., 1973. Pág. 96.

de la economía y del sistema financiero, pues, como decimos, los préstamos bancarios y la liquidez son necesarios para el desarrollo económico.

Pongamos el ejemplo de Banesto en España en la década de los noventa y nos daremos cuenta que el Estado necesariamente tuvo que intervenir en la quiebra del Banco tapando sus agujeros para impedir un colapso económico. Igualmente, y más recientemente, en Inglaterra el Northern Rock¹² y en Estados Unidos el IndyMac¹³, tuvieron que ser nacionalizados, por las autoridades inglesa y estadounidense respectivamente, para impedir con su quiebra la pérdida de confianza en el sistema financiero de depósitos.

Tanto en España¹⁴ como en Estados Unidos¹⁵, pasando por otros muchos países, los gobiernos se han volcado durante la actual crisis en un intenso intervencionismo y protección del sistema bancario por las razones mentadas.

Por todo ello el Estado debe intervenir de forma preventiva las entidades de crédito en situaciones delicadas de crisis¹⁶, limitando la libertad de gestión de dichos entes y apoyándoles, en orden a prevenir su insolvencia.

Las agencias y sociedades de bolsa y las sociedades gestoras de carteras.

Además de la actividad bancaria, encontramos otras actividades en donde el ordenamiento limita la libertad de administración e impone capitales de constitución mayores. Estas son las Entidades de servicios de inversión que concurren a las Bolsas, puesto que ¿qué sucedería si en las sociedades y agencias de valores se produjera un hecho similar al relatado para los bancos, esto es, v.gr. que las agencias de valores quebraran desatendiendo los créditos de sus clientes? Que nadie invertiría, el soporte financiero empresarial del Estado se eliminaría y toda la economía sufriría una recesión.

Lo que antes se hacía por un sector ahorrador de la población y pequeños bancos, ahora ha de ser realizado a través de los mercados financieros.

Para ver un ejemplo tomamos el caso de inversión en sellos en las entidades Forum Filatélico y Afinsa. Al destaparse su insolvencia llegó a hacer disminuir los depósitos

¹² **BLASCO, E.J.** “El Northern Rock echa a andar en medio de incertidumbres”. ABC. 2 de Marzo de 2008. Pág. 43.

¹³ **JIMENEZ ORGAZ, C.** “El Gobierno de EE.UU. asume el control del segundo banco hipotecario del país”. ABC. 13 de Julio de 2008.

¹⁴ “Competencia cuestiona las ayudas financieras a la Banca” El mundo. 18/11/2008.

¹⁵ “Nueve bancos de EEUU quebraron en el tercer trimestre, la mayor cifra desde 1993”. El economista. 30/11/2008. <<En concreto, desde el pasado mes de octubre han sido intervenidas Main Street Bank, Meridian Bank, Alpha Bank & Trust, Freedom Bank, Franklin Bank, Security Pacific Bank, The Community Bank, Downey Savings and Loan y PFF Bank and Trust.>>

¹⁶ **CERDA ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, F.** “Curso de Derecho Concursal” Madrid: Editorial Colex, 2000. Pág. 54.- <<Para las entidades de crédito, los artículos 31-38 LDIEC establecen que el banco de España puede adoptar medidas de intervención de tales entidades y de sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección, cuando una entidad de crédito se encuentre en situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia...>>

del banco ING Direct en un 10 %¹⁷ incluso cuando las dos actividades tenían poco en común.

De la importancia de estas insolvencias para el Estado se deriva la Orden 35/2008 de 14 de Enero de 2008 sobre Instituciones de Inversión colectiva, que establece especialidades contables en el ramo de la inversión y la imposición para las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva de un control organizativo interno y de riesgo, habilitando a la Comisión Nacional de Mercado de Valores para que dicte las disposiciones necesarias en este sentido.

La legitimación que se hace a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 76bis LMV)¹⁸ para declarar el concurso de una entidad de inversión insolvente pone de relieve la especial naturaleza de estos concursos. Pero esta intervención parece insuficiente ya que solo se habilita cuando se cumple el presupuesto objetivo del concurso, momento en que ya puede mostrar una situación irreversible.

Las entidades aseguradoras.

Un nuevo sector, igualmente, debe ser añadido a los relacionados en su día por Garrigues, constantes las actuales circunstancias comerciales. Este es el de las Entidades Aseguradoras y las Mutuas¹⁹, pues cumplen una fundamental misión de creación de confianza y previsión de contingencias comerciales que, de no cubrirse, desembocarían en una verdadera ralentización económica.

Esto se pone muy al vivo por una de las primeras mutuas que se conocen que fue la que se formó por los burreros palestinos los cuales sellaron un pacto por medio del cual:

*“A aquel de nosotros que habrá perdido su burro a causa de los ladrones o de las fieras, le procuraremos otro burro.”*²⁰

Entendían que la unión entre ellos y la suma de los riesgos en un interés común era la única forma de asegurar su actividad comercial²¹. Esa protección favorecía y protegía la marcha comercial en esa actividad de suministro que, de otra manera, no se hubiera realizado o no con tanta asiduidad, potenciando indirectamente el desarrollo económico.

En la actualidad la actividad aseguradora es igualmente imprescindible para el nacimiento, mantenimiento y favorecimiento del comercio. Ya que la actividad empresarial es un ente sometido a riesgos financieros continuos, la posibilidad del

¹⁷ “La estafa de los sellos pasa factura a ING”. **EL MUNDO**. 26/07/2006.

¹⁸ **ROJO, A.** en Rojo, A. [dir.] y Beltrán, E. [dir.]. “**Comentario a la Ley Concursal**”. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. Tomo I. Pág. 217.

¹⁹ **CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, F.** op. cit. Pág. 54.- <<En relación con las entidades aseguradoras, y como medida de control especial complementaria, la Dirección General de Seguros puede acordar la intervención de las mismas...>>. **HOPT, K.J.** op. cit. Pág. 38-39. <<Mit der staatlichen Konzession und laufenden Wirtschaftsaufsicht im Bereich der Kreditwirtschaft und des Versicherungswesens ist verbunden, daß die staatlichen Aufsichtsämter sich durch Anforderungen an Kapitalausstattung, Geschäftsführung und Rechnungslegung der Unternehmen um Insolvenzprophylaxe bemühen...>>

²⁰ **GRATTON, J.** “**Esquema de una historia del Seguro**”. Buenos Aires: Arayú, 1955. Pág. 17.

²¹ **IBIDEM**, Pág. 4.

aseguramiento y minoración de los riesgos a través de seguros de crédito, accidente... son elementos esenciales para la consolidación y el desarrollo del tráfico mercantil como lo demostró la proliferación de los seguros de las naves en el florecimiento y apogeo del comercio por mar²² fundamentalmente en Italia²³, verdadero artífice de la asiduidad y normalización del tráfico marítimo.

También los seguros desempeñan una indudable labor social que, a un tiempo, por la inversión indirecta de los fondos de los tomadores de los seguros (seguro de jubilación, vida...), favorece a la economía. Si no hubiera confianza en las entidades de Seguros nadie invertiría en los mismos, reteniendo los fondos que, en circulación, prestan liquidez al sistema.

La cuestión radica en que, la quiebra de una de estas entidades incumpliendo sus obligaciones con sus asegurados, podría ocasionar un violento revés no solo social sino para la economía general pues causarían recelo las entidades de seguros, perdiéndose el firme que estas aportan al minorar muchas incertidumbres y riesgos para el empresario, lo que ralentizaría los ciclos económicos.

En este sentido, los seguros también contribuyen a generar un clima de confianza económico y, en épocas de crisis, es uno de los principales apoyos de las empresas.

Por todo ello, el Consorcio de Compensación de Seguros está legitimado para la solicitud del estado de insolvencia de las Entidades de Seguros según el art. 7.1 y 2 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 octubre)²⁴.

Conclusiones.

Lo referido anteriormente explica las especiales condiciones para la constitución y funcionamiento de los Bancos y Entidades de bolsa y los capitales mínimos y especiales reservas que han de concurrir para su creación en la actualidad, así como las similares prescripciones para las entidades aseguradoras. Esas son las verdaderas compañías de Ferrocarriles contemporáneas.

En estos tres casos mentados, la exigencia del empleo de un verdadero procedimiento preventivo de insolvencia (insolvencia inminente), que permita una reestructuración o incluso un saneamiento, se acusan aún más²⁵, y su implantación obligatoria no debería

²² **URIA, R.**, *Derecho Mercantil*°. 20ª Edición. Barcelona: Marcial Pons, 1998. Pág. 1189.

²³ **GRATTON, J.** op. cit. Pág. 29.- <<Improvissadamente, en Italia, junto con el nacimiento de los Comunes, el repentino florecer de una nueva y vigorosa vida económica, el despertar del tráfico, de los comercios, con el nacimiento del capitalismo financiero en Florencia, en Milán y en otras ciudades de Lombardía, con el gran desarrollo de las gloriosas repúblicas marítimas, aparece el seguro marítimo.>>

²⁴ **ROJO, A.** op. cit. 2004. Tomo I. Pág. 218.

²⁵ **PULGAR EZQUERRA, J.** “Los presupuestos en la declaración del concurso de acreedores” en **Laviña, M.** Madrid: ICAM, 2004. Vol I. Pág. 51-52.- <<La posibilidad de sometimiento de estas entidades al concurso se contempla sin perjuicio de la aplicación de la normativa preventiva y de saneamiento de carácter paraconcursal **especialmente contemplada respecto de estas entidades por razón de la protección del sistema financiero en general** y, en particular, de los mercados financieros y en ocasiones, como en el supuesto de las entidades aseguradoras, sin perjuicio del sometimiento a liquidaciones especiales...>>

ser excusada en un futuro y todo ello por el soporte que aportan al sistema financiero y comercial²⁶.

Lo que hacen estas actividades o sectores - sujetos a un más férreo control público²⁷ para evitar las quiebras - es crear el basamento o caldo de cultivo propicio para que pueda desarrollarse la economía de forma más rápida y libre. Este sistema financiero organizado atenúa, en épocas de crisis, los efectos adversos de las mismas, que, de otra forma, serían más extremados.

Sin embargo observamos que los criterios por los que se rige el ordenamiento mercantil son meras máximas de crecimiento, producción y consumo postulados por la Economía. Se excusa pues un planteamiento humanístico de moderación y equilibrio que no trate solo de aumentar el PIB de nuestras naciones por el hecho de atesorar más y poseer más.

Criterios como la Investigación y el Desarrollo en favor del bienestar humano - que se ha soslayado en este último período de crecimiento- , una política de encauzamiento de la producción en bienes prioritarios realmente necesarios para el hombre así como de donación de excedentes a países en desarrollo, han de ser impuestos por el Gobierno de forma previa para no caer en el sin sentido económico de esta última década en donde se pasa de un sistema antropocéntrico a otro donde la verdadera prioridad es el interés y no el hombre.

²⁶ **IBIDEM**, Pág. 51.

²⁷ **CAMPUZANO, A.** op. cit. Pág. 372.