

# MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR: INEMBARGABILIDAD Y PATRIMONIO SEPARADO<sup>1</sup>

MATILDE CUENA CASAS

*Profesora Titular de Derecho Civil. Acreditada a Catedrática de Universidad. Universidad Complutense*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA INEMBARGABILIDAD *LEGAL* DE LA VIVIENDA HABITUAL EN USA: *HOMESTEAD EXEMPTION*
- III. LA ESPECIALIZACIÓN «VOLUNTARIA» DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL
  1. El «fondo patrimonial» regulado en el Código Civil italiano
  2. El *trust como* mecanismo de protección del patrimonio familiar. La experiencia italiana
  3. La declaración voluntaria de inembargabilidad de la vivienda habitual en el Derecho francés: la *Loi Dutreil* y la figura del empresario de responsabilidad limitada
- IV. LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR EN ESPAÑA. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: UN INTENTO FALLIDO
- V. REFLEXIÓN FINAL

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia en muchos ordenamientos ha latido la necesidad de diseñar mecanismos que salvaguarden determinados bienes pertenecientes a los miembros de la familia con objeto de atender las necesidades de éstos y protegerlos de los riesgos que implica la realización de una actividad económica. La crisis económica que ahora padecemos ha puesto de relieve esta cuestión, dado que se ha cebado en un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual. El principio de responsabilidad patrimonial universal por virtud del cual el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC) solo encuentra en el Derecho español un freno en el patrimonio inembargable, de muy escasa dimensión tal y como contemplan los arts. 605 y ss LEC.

Según el último Eurobarómetro de la Comisión Europea<sup>2</sup>, preguntados los ciudadanos de la UE acerca de cuáles son sus temores ante la decisión de iniciar una actividad económica por cuenta propia, el 55% de los encuestados españoles respondieron el riesgo a la pérdida de la vivienda, el 50%, el riesgo de insolvencia. El hecho de que el fracaso empresarial esté castigado con la pérdida total del patrimonio presente y futuro es antieconómico porque amputa la iniciativa empresarial y alimenta la economía sumergida.

En otros ordenamientos han sido conscientes de la importancia de dotar mayor amplitud al patrimonio inembargable, bien legalmente o bien a través de un acto de voluntad autorizado legalmente, procediéndose a una

1 Este trabajo ha contado con la financiación I+D del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2010/17847 sobre «La nueva familia ante el derecho público y privado».

2 Flash Eurobarometer n.º 354, *Entrepreneurship in the EU and beyond*, Agosto 2012, [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_354\\_sum\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_sum_en.pdf)

especialización *ex voluntate* del principio de responsabilidad patrimonial universal. Se trata de proteger y garantizar un soporte económico que permita el adecuado desarrollo de los miembros integrantes de la familia. Con esta finalidad el Derecho comparado nos ofrece distintos modelos de protección cuyo estudio presenta indudable interés pues España carece de una regulación al respecto, a pesar de que constitucionalmente está protegida la familia y el derecho a la vivienda.

Cuando se habla de patrimonio familiar en ningún caso se está haciendo referencia a un patrimonio perteneciente a la familia, pues ésta no tiene personalidad jurídica y tampoco se trata de bienes comunes de los cónyuges e hijos. Se refiere más bien a un patrimonio de destino, al margen de quien sea el concreto titular de los bienes que lo integran, y su particularidad radica en que está adscrito al objetivo de atender las necesidades de la familia. Se distingue, pues, del resto del patrimonio *por su función*.

Además de hacer realidad la tutela efectiva de la familia, no hay que ignorar el impacto económico que la misma puede tener, afectando de manera notable a la iniciativa empresarial y al posterior acceso al mercado crediticio. Equilibrar una protección en el ámbito patrimonial tiene evidentemente un coste. Analizar la experiencia acumulada en otros ordenamientos en este terreno, me parece relevante. La crisis financiera actual ha evidenciado carencias importantes en nuestro sistema jurídico privado que han provocado la condena a la exclusión social de un segmento importante de nuestra población. A veces las crisis tienen efectos positivos: invitan a reflexionar y a corregir deficiencias que favorecen el progreso jurídico.

## II. LA INEMBARGABILIDAD LEGAL DE LA VIVIENDA HABITUAL EN USA: *HOMESTEAD EXEMPTION*

El *Homestead* norteamericano<sup>3</sup> ha servido de modelo para idear mecanismos cuyo objetivo es procurar una estabilidad económica a la familia. Esta figura surgió en Texas con la finalidad de favorecer el asentamiento de la población (*Homestead Lowe*) para lo cual se aprobó la *Homestead exemption law*, en 26 de enero de 1839, brindando una protección jurídica para la casa-habitación y una parcela con unos límites de extensión. Se concede al colono, o cualquier persona que haya declarado su propósito de ser ciudadano, el derecho de ocupar a título gratuito 160 acres por un período de 5 años para explotarlos personalmente, quedándoles prohibido gravar, hipotecar dichos terrenos, y una vez transcurrido este término pasan a su dominio pleno, extendiéndoles el título de dominio respectivo. Dato relevante es que tales bienes y bajo ciertas condiciones, no podían ser enajenados ni embargados por los acreedores y además gozaban de ciertos beneficios fiscales<sup>4</sup>.

Pronto otros estados imitaron (los primeros fueron Georgia y Mississippi) la iniciativa que tomó Texas, recibiendo actualmente esta figura la denominación de *property exemptions*, con objeto ahora de salvaguardar parte del patrimonio de la agresión de los acreedores<sup>5</sup> asegurando a los miembros de la familia un mínimo vital y no solo a su titular (los hijos gozan del beneficio mientras son menores de edad y también la viuda que pudiera adquirir la propiedad de tal bien en caso de fallecimiento del esposo). Podríamos decir que la *Homestead exemption* afectaba a la vivienda familiar<sup>6</sup> (hogar seguro, según su traducción literal) y con su evolución constituyó un mecanismo paliativo para frenar el potencial destructivo del libre mercado mediante la protección de las familias contra la miseria financiera<sup>7</sup>.

No existe una única *Homestead exemption*: se clasifica en función de que afecte a terreno rural o urbano y también si habita una familia o un adulto variando el alcance en cada clase<sup>8</sup>. Sólo un inmueble puede gozar de la exención y tiene que estar dedicado a vivienda habitual. Cuando reside una familia, ello abarca tanto a la

3 Cfr. El tratamiento que de la figura hace FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *El homestead. Una legislación de ida y vuelta*, Libro homenaje al Prof. Puig I Ferriol, coordinado por Abril Campoy, J, y Amat Llari, E, vol. II, Valencia 2005, pp. 1328 y ss.

4 BEYER, G, «The basis of the Texas Homestead Law» <http://www.farrellboswell.com/sellerassets/BasicsOfTexasHomesteadLaw.pdf>

5 KIRSHNER, J, VOLPIN, P F., «The Political Economy of Personal Bankruptcy Laws: Evidence from the 1978 Reform (2011)» <http://ssrn.com/abstract=1443373> or <http://dx.doi.org/2010.2139/ssrn.1443373>

6 Fue gráficamente descrito como «una de las ideas más sublimes de nuestra época, como un ángel de misericordia que bendice a las familias de nuestra nación» Son palabras de J. A. Collins en la Convención Constitucional de Nevada el 13 de julio de 1864. Cfr. SMYTH, «The Law of Homestead and Exemptions», sect. 5-6.

7 GOODMAN, «The Emergence of the Homestead Exemption in the United States, Accommodation and resistance to the market revolution 1840-1880», *Journal of American History*, pág. 479.

8 Texas Property Code, Sección 41002 <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PR/htm/PR.41.htm>

matrimonial como no matrimonial. Por otro lado, si el inmueble es enajenado, la exención e inembargabilidad del importe obtenido subsiste seis meses después de la venta transfiriéndose la exención a la nueva vivienda adquirida. Durante 6 meses tales cantidades no pueden ser embargadas.

Para designar un inmueble como vivienda habitual, basta con que se den los requisitos legales de residencia efectiva sin que se exija un período de tiempo mínimo. También es posible que el propietario haga una adscripción formal de un inmueble como vivienda habitual (que será familiar o no), e inscribirlo en un Registro destinado al efecto. Esto no es necesario cuando el inmueble ya ha sido evaluado para recibir las exenciones fiscales por la Administración. Si ya goza de tales beneficios, no es necesario hacer esta designación concreta. Basta la ocupación del deudor en un determinado inmueble para que el acreedor sepa que ya tal inmueble no podrá ser embargado. Incluso puede el deudor hacer una designación de vivienda cuando ya ha sido demandado por el acreedor.

Pronto otros Estados siguieron el ejemplo de Texas, si bien la *Homestead exemption* varía en cada uno de ellos. En principio, en el estado de Texas, pionero y modelo en el diseño de esta exención, no podrá evitarse la ejecución de la vivienda por impago del precio de compra del inmueble, impuestos que gravan la propiedad, pago de materiales para la construcción de la vivienda, deudas por liquidación del régimen económico matrimonial, deudas tributarias y abono de préstamo hipotecario<sup>9</sup>.

En la actualidad cada Estado tiene autonomía para fijar los límites de las *exemptions* cuya regulación, como es fácil advertir, afecta a la formación de la masa activa en los procedimientos de insolvencia que, por el contrario, están sujetos a regulación federal. A su vez también existen *exemptions* en la regulación federal en materia de insolvencia (§ 522 título 11 USCode), pudiendo un deudor elegir entre las *exemptions* federales o las propias de su estado. Ahora bien, si un estado formalmente renuncia a las exenciones federales, sus habitantes deberán necesariamente regirse por la inembargabilidad propia del estado. Hay estados en los que la exención por vivienda es cero e ilimitada en otros<sup>10</sup>. En siete Estados la vivienda familiar es totalmente inembargable: Arkansas, Florida, Iowa, Kansas, Minnesota, Oklahoma y Texas. En otros estados la exención por vivienda familiar es parcial, de manera que los acreedores puede ejecutarla, pero del dinero que obtengan tras la ejecución, deberán darle una cantidad al deudor. En muchos Estados estas exenciones superan los 100.000 dólares.

En USA la protección de la vivienda habitual es impuesta legalmente, ya sea por la legislación federal o estatal según los casos, con alcance diferente desde el punto de vista cuantitativo e irrenunciable por el deudor, salvo que constituya un derecho real de realización del valor como la hipoteca. Fuera del marco de la deuda garantizada, la exención debe ser respetada<sup>11</sup>.

Salvo en los estados citados en los que hay establecida una exención total de la vivienda, en la mayoría la cantidad exenta varía por lo que no se evita la ejecución por impago de una deuda no garantizada, sino que el bien se ejecuta, pero debe obtenerse un precio que permita el abono de la exención al deudor y pago de acreedores garantizados que en su caso pueda existir<sup>12</sup>.

Expuesto en líneas generales el sistema, procede preguntarse acerca de su *impacto en el mercado crediticio*, en particular, si esta política protectora del deudor que caracteriza al sistema estadounidense implica un encarecimiento del coste crediticio, cómo afecta a la demanda de crédito y cuál es el comportamiento de los prestamistas en este contexto legal.

9 Texas Property Code, Sección 41002 <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PR/htm/PR.41.htm>

10 *Vid.* cuadro comparativo entre los límites de las *exemptions* en los Estados, AGARWAL, S, CHUNLIN LIU, MIELNICKI, L, «Exemption laws and consumer delinquency and bankruptcy behavior: an empirical analysis of credit card data», *The Quarterly Review of Economics and Finance* 43 (2003) pág. 277.

11 POSNER, E, HYNES R y MALANI, A, *The Political Economy of Property Exemption Laws* (2001). U Chicago Law & Economics, <http://ssrn.com/abstract=285172><http://dx.doi.org/2010.2139/ssrn.285172>, P. 2.

12 Por ejemplo, si un propietario es dueño de una casa por valor de \$ 200.000 y tuviera una deuda hipotecaria de \$ 100.000. Si la *Homestead exemption* es de \$ 175.000 y tiene una deuda ordinaria (por ejemplo, crédito al consumo) de \$ 50.000. Demandado por incumplimiento de esta última deuda, el inmueble se embarga pero para que sea admitida la venta judicial, el precio obtenido debe ser suficiente para abonar la exención (al deudor), abonar los préstamos hipotecarios. El precio obtenido, en el ejemplo propuesto debe superar \$ 275.000. De no conseguirse ese precio, el acreedor ordinario no podrá forzar la venta del inmueble que constituya su vivienda habitual.

Parece que una legislación como la descrita, protectora del deudor, aumenta la demanda de crédito por cuanto el riesgo asumido es menor y se restringe la oferta de crédito, siendo mayores las posibilidades de rechazo de la solicitud cuanto mayores son los niveles de las *property exemptions*. De ahí que personas con bajos ingresos en estados con altas exenciones reciben proporcionalmente menos crédito que personas del mismo perfil en estados con niveles de exención menos generosos. Asimismo, el coste crediticio es mayor cuanto mayores son las exenciones<sup>13</sup>. Este efecto se ha observado respecto de crédito no garantizado pues, por el contrario, caso de estarlo, no se ven afectado por la inembargabilidad por cuanto el acreedor hipotecario, por ejemplo, podrá ejecutar la vivienda sin problemas, sea cual sea el nivel de bienes exentos que esté vigente en su estado<sup>14</sup>. De ahí que no sea infrecuente la práctica de algunos consumidores que abonan parte del préstamo hipotecario recurriendo a las tarjetas de crédito<sup>15</sup>. De esta forma, convierten una deuda no afectada por la exención en una que sí podría beneficiarse de la misma.

El impacto de esta regulación en el acceso al crédito<sup>16</sup> es menor en USA donde el *credit score del deudor* empleado para evaluar la solvencia se diseña fundamentalmente con base en ficheros de solvencia positivos basados en criterios de comportamiento crediticio<sup>17</sup> y no tanto en función de la entidad del patrimonio del deudor. Por poco que sea el patrimonio embargable, si el deudor tiene un buen comportamiento crediticio, sus posibilidades de acceso al mercado aumentan y el precio que abona por el mismo es menor. Esto no puede suceder en España donde el sistema crediticio funciona de forma muy diferente, en tanto que es la entidad del patrimonio

- 13 GROPP, R, SCHOLZ, JK, WHITE, M, «Personal bankruptcy and credit supply and demand», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, núm. 1, 1997, pág. 220. BERKOWITZ, J y WHITE, M, «Bankruptcy and small firm access to credit», *National Bureau of Economic Research* <http://www.nber.org/papers/w9010.pdf>, pág. 17. BERGER, A y CERCQUEIRO, G, PENA, M, «Does debtor protection really protect debtors? Evidence from the Small Business Credit Market», (2008). *AFA 2009 San Francisco Meetings Paper*; *EFA 2009 Bergen Meetings Paper*. <http://ssrn.com/abstract=1101309>, pág. 3.
- 14 Sin embargo, la polémica sobre el impacto de estas medidas de protección de la vivienda familiar sobre el mercado del crédito hipotecario subsiste en USA. Para BERKOWITZ y HYNES, «Bankruptcy exemptions and de market of Mortgage Loans», *Federal Reserve Board FEDS Paper* núm. 98-7. <http://ssrn.com/abstract=123548>, pág. 13, la Homestead exemption no afecta a los acreedores garantizados y no provoca un encarecimiento del coste crediticio en este ámbito por cuanto el deudor tratará siempre de pagar la deuda garantizada que tampoco puede verse afectada por una exoneración de deudas (*discharge*) en el procedimiento concursal. Incluso, a su juicio, tal exención aumenta la demanda de crédito hipotecario. Lo cierto es que la crisis financiera actual ha puesto de relieve este efecto. Cuanto menos protegido está el deudor, más se facilita el crédito que incluso se concede de forma irresponsable porque el acreedor no tiene límites en la ejecución. Dichos autores incluso mantienen que el sistema de segunda oportunidad que ampara la legislación concursal el USA favorece el pago de los préstamos hipotecarios puesto que al suponer una exoneración de pasivo no garantizado, deja al deudor con más disponibilidad para abonar dichos préstamos. Por el contrario, WHITE, M y LIN, E, «Bankruptcy and the market of mortgage and home improvement loans», *Journal of Urban Economics* 50, 138-162 2001, pág. 161, mantienen la estrecha relación entre el nivel de exención de la propiedad de la vivienda y las posibilidades de ver denegado el crédito hipotecario solicitado.
- 15 GROPP, R, SCHOLZ, J.R, WHITE, M. J. «Personal Bankruptcy and credit supply and demand», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, núm. 1, pág. 223.
- 16 Gráficamente se ha señalado que las exenciones son un «rompecabezas» para los economistas porque, al igual que las leyes de usura, restringen los mercados de crédito en ausencia de una deficiencia del mercado bien definida» POSNER, E, HYNES R y MALANI, A, *The Political Economy of Property Exemption Laws* (2001). U Chicago Law & Economics, <http://ssrn.com/abstract=285172><http://dx.doi.org/2010.2139/ssrn.285172>, pág. 1.
- 17 Aludo al sistema de información crediticia en USA en mis trabajos, «Fresh Start y mercado crediticio», *InDret*, 2011, [http://www.indret.com/pdf/842\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf) y "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/el-notario-2r/3684-prestamo-responsable-informacion-crediticia-y-proteccion-de-datos-personales> Más extensamente, *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* coordinado por Prats Albertosa, L y Cuena Casas, M, Thomson Aranzadi, 2014 donde se efectúa un estudio detenido sobre los distintos modelos de información crediticia.
- Hacia 1980 la empresa Firm Isaac desarrolló un programa basado en el modelo de comportamiento crediticio de millones de prestatarios. Este programa se le denomina FICO (*Firm Isaac Company*) y es utilizado por las tres agencias de información crediticia más importantes de USA (*Equifax, Experian y Trans Union*). Cada persona tiene su *credit score* (informe crediticio que deben gratuitamente aportar tales agencias a cada ciudadano, una vez al año) y en función del mismo (cuanto más alto es, más bajo es el riesgo), las condiciones de la concesión de crédito son más exigentes afectando claramente al tipo de interés aplicado. El dato decisivo es que los *Credit Bureau* aportan tanto información positiva como negativa del deudor, sin que existan restricciones en materia de protección de datos de persona física. La información financiera acerca de la solvencia del deudor fluye sin restricciones y para cualquier acreedor que quiera obtener información del deudor. La especificidad del sistema estadounidense radica no tanto en la utilización de sistemas *scoring* (utilizados a nivel mundial y también en España), sino en que tal información es positiva y negativa. No solo se informa de impagos, sino también de cumplimientos y, sobre todo, hay discriminación del precio del crédito en función del *score*. Algo que no existe de forma automática en el Derecho español.

del deudor la variable determinante, dadas las restricciones que actualmente existen en el acceso a información positiva de la mano de la legislación de protección de datos personales que permite al consumidor monopolizar su información económica, de forma que la entidad financiera no puede compartir la misma a *credit bureau* privados si no es con su consentimiento. Pero incluso, en el caso de que tal consentimiento existiera, las entidades financieras no tienen obligación de compartir información a las oficinas privadas de información crediticia, a diferencia de lo que acontece con la Central de Información de Riesgo del Banco de España<sup>18</sup> (art. 60 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero). La información positiva a la que acceden las entidades es incompleta, lo cual impide una correcta evaluación del riesgo y que las dificultades que tienen los prestamistas de distinguir entre buenos y malos pagadores se traduzcan en mayores tipos de interés para todos los solicitantes de crédito pues no es posible una discriminación de coste crediticio en función de la prima de riesgo concreta. Si la titularidad de un patrimonio es el criterio determinante para la evaluación del riesgo crediticio, cualquier medida que limite la agresión del patrimonio del deudor implicará denegación de crédito y no un acceso aunque sea más caro<sup>19</sup>

Por el contrario, en USA no de los criterios para fijar el *credit score* de un eventual cliente (cuanto más alto es, más bajo es el riesgo y con él el coste crediticio), de cara a proceder a la evaluación de la solvencia es precisamente el nivel de exención de que goza la vivienda en el Estado concreto donde resida el deudor, si bien el peso que esta circunstancia tiene en el cálculo del *credit score* en USA es muy bajo<sup>20</sup>, siendo otras variables más relevantes para dicho cálculo como por ejemplo, el comportamiento crediticio del deudor el cual se considera como mejor predictor del comportamiento futuro<sup>21</sup>.

Por lo tanto, la valoración del impacto en el acceso al crédito de la protección de la vivienda habitual del deudor está estrechamente relacionada con el sistema crediticio basado en ficheros de solvencia positivos donde tiene *más peso* en el cálculo de la prima de riesgo de incumplimiento del deudor, su comportamiento crediticio pasado, que la entidad del patrimonio ejecutable. La adecuación del coste crediticio a la prima de riesgo que caracteriza el sistema estadounidense<sup>22</sup> permite el acceso al crédito aunque a un coste sensiblemente mayor en Estados en los que el nivel de exención o inembargabilidad de la vivienda es mayor.

El ejemplo estadounidense en este terreno me parece sumamente revelador. Las medidas de protección al deudor que sirven de contrapeso a un sistema que estimula masivamente el consumo como instrumento de crecimiento económico, afectan al mercado crediticio pero no conllevan necesariamente un bloqueo del mismo ni tampoco afectan a la cultura de pago. El cómo se ordena el mercado crediticio, la información económica a la que puede acceder el prestamista y la preeminencia del criterio comportamental sobre la entidad del patrimonio del deudor, se erigen en parámetros fundamentales para valorar las consecuencias de la protección del deudor. Ello tiene más entidad, a mi juicio, que las medidas concretas adoptadas.

### III. LA ESPECIALIZACIÓN «VOLUNTARIA» DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

#### 1. El «fondo patrimonial» regulado en el Código Civil italiano

El Código Civil italiano contempla en el marco de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (arts. 167 a 176) la institución del fondo patrimonial, aplicable cualquiera que sea el régimen económico escogido por los cónyuges. Se trata de una figura prevista para sujetos unidos por vínculo matrimonial y está vigente mientras subsiste matrimonio, salvo que existan menores de edad en el momento de la disolución de éste, en cuyo caso el fondo subsiste hasta que éstos alcancen la mayoría de edad (art. 171 CCit).

18 SANTILLÁN, R, «Reglas de funcionamiento de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)», en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, coordinado por Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, L, Cizur Menor, 2014, pp. 407 y ss.

19 Esta problemática la analiza BALBUENA, M, «Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio», en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, coordinado por Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, L, Cizur Menor, 2014, págs. 117 y ss.

20 ELUL, R, and CHOMSISENGPHET, S, «Bankruptcy Exemptions, Credit History, and the Mortgage Market» (2004). FRB *Philadelphia Working Paper* No. 04-14. <http://ssrn.com/abstract=598231> p. 7.

21 ELUL, R, and CHOMSISENGPHET, S, *Bankruptcy Exemptions, Credit History, and the Mortgage Market*, cit., p. 18.

22 STIGLITZ, JE, y WEISS, A. «Credit Rationing in Markets with Imperfect Information». *American Economic Review*, núm. 71, 1981, pág. 393.

Se prevé la posibilidad de que los cónyuges puedan crear un patrimonio separado, destinado a la satisfacción de las necesidades de la familia<sup>23</sup>, no pudiendo ejecutarse los bienes que forman parte del fondo ni los frutos que los mismos generen por deudas no dirigidas a satisfacer dichas necesidades (art. 170 CCit). La ley permite, por tanto, que las partes constituyan un patrimonio de destino, carente de personalidad jurídica, que limite el principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>24</sup>. Se requiere un acto de parte, voluntario, pero autorizado por la ley<sup>25</sup>. No se admite una limitación meramente convencional del principio de responsabilidad patrimonial universal, tal y como expresamente contempla el art. 2740 CCit.

Cuando se trata de deudas asumidas para atender las necesidades de la familia, los acreedores pueden agredir los bienes del fondo y los personales del cónyuge deudor, sin que sea preciso hacer excusión de los bienes del fondo<sup>26</sup>

Los bienes que forman parte del fondo pueden pertenecer a uno o a ambos cónyuges. Se presume que pertenecen a los dos, salvo que se pacte lo contrario en el acto de constitución del fondo (art. 168 CCit). Con independencia de la titularidad originaria de los bienes, una vez que los mismos pasan a integrar dicho patrimonio de destino, no podrán ser enajenados o gravados sin el consentimiento de ambos cónyuges y, en el caso, de que existan hijos menores, será preceptiva la autorización judicial (art. 169 CCit). Obsérvese que tal autorización judicial es necesaria cuando existan hijos menores, sin que sea preciso que los bienes pertenezcan a éstos, lo cual supone que los cónyuges *ex voluntate* limitan la facultad de disposición sobre sus propios bienes. Una vez incluido el bien en el fondo patrimonial, su administración corresponde a ambos cónyuges.

Quizá el aspecto más llamativo de la figura y que justifica su tratamiento en este trabajo es que solo se pueden ejecutar bienes integrados en el fondo por incumplimiento de obligaciones asumidas para atender las necesidades de la familia. Un acreedor que sabía que la deuda era extraña a tales necesidades, no podrá ejecutar dichos bienes cualquiera que sea el cónyuge que haya asumido la deuda (art. 169 CCit). De ahí que se haya entendido esta figura como una excepción a la operatividad del principio general de responsabilidad patrimonial universal contemplado en el art. 2740 CCit.

A pesar de que aparentemente pudiera parecer lo contrario, se ha dicho aumenta la posibilidad de los cónyuges para obtener crédito cuando éste va dirigido a cubrir las necesidades de la familia por entenderse que estos acreedores tienen la garantía del fondo al que no pueden acceder quienes prestaron para cubrir otras distintas necesidades<sup>27</sup>, como por ejemplo, para la actividad empresarial del deudor. De ahí que los bienes pertenecientes al fondo no puedan ser integrados en la masa activa del eventual concurso del deudor<sup>28</sup>. Cuando se trata de deudas asumidas para satisfacer las necesidades de la familia, el acreedor cuenta, a efectos de ejecución, con el patrimonio personal del cónyuge deudor y además con el fondo patrimonial. El impacto concursal de este patrimonio separado se traduce en la necesidad de llevar a cabo una masa activa separada que se formará solo cuando se acredite que hay acreedores que han insinuado créditos que pueden hacerse efectivos sobre bienes que forman parte del fondo patrimonial. De ahí que la integración de los bienes del fondo en la masa activa no sea automática y requiera una previa valoración del pasivo. De hecho, serán los acreedores que no pueden hacer efectivos sus créditos sobre el fondo, los que soliciten su integración para que los otros acreedores cuyos créditos derivan de la atención

23 Como ha señalado MESSINETTI, «Il concetto di patrimonio separato e la c.d. "cartolarizzazione" dei crediti», *Rivista di Diritto Civile*, 2002, II, pág. 101, «con el vínculo de destino el titular orienta el uso de los bienes a la consecución de una determinada finalidad, generándose un régimen jurídico distinto dentro del patrimonio de un mismo sujeto».

24 Como ha puesto de relieve VIGLIONE, F, *Vincoli di destinazione nell'interess familiare*, Milán 2005, pág. 3, el destino de una masa de bienes a la realización de una determinada finalidad conlleva lógicamente la sustracción de tales bienes de la garantía patrimonial genérica del art. 2740 CCit, tratándose de bienes destinados a garantizar los derechos de los acreedores vinculados con esa finalidad de destino,

25 BIGLIAZZI GERI, L, Voz «Patrimonio autónomo e separato», *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXII, Milán, 1982, pág. 292.

26 AULETTA, T, *Il fondo patrimoniale*, Milán, 1990, pág. 26.

27 AULETTA, T, *Il fondo patrimoniale, op. cit.*, pág.22. ALAGNA, S, *Regime patrimoniale della familia e operazioni bancarie*, Milán, 1988, pág. 129.

28 SICCHIERO, G, «La responsabilità patrimoniale» en *Trattato di Diritto Civile, diretto da Rodolfo Sacco*, Milán 2011, pág. 194. El art. 46 de la Legge Fallimentare de 16 de marzo de 1942, excluye de la inclusión en la masa activa de los bienes integrantes en el fondo patrimonial que solo podrán ser incluidos para la satisfacción de los acreedores que desconocían que la deuda incumplida no satisfacía las necesidades de la familia. DE FERRA y GUGLIELMUCCI, L, "Degli effetti del fallimento per il fallito (Artt. 46/2049)", *Commentario Scialoja Branca alla Legge fallimentare*. A cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini. Effetti del fallimento per il fallito (Art.42-50), Bologna, p. 1986. p. 80.

de necesidades ordinarias de la familia cobren precisamente con cargo a los bienes del fondo y no concentren acciones en otro tipo de bienes derivados de la actividad empresarial o profesional del deudor, perjudicando al resto de acreedores que solo pueden hacer efectivos sus créditos con cargo a éstos. Como se puede apreciar, la especialización del principio de responsabilidad patrimonial universal que el fondo patrimonial supone, requiere de un adecuado reflejo en la legislación concursal.

Indirectamente, los acreedores cuyos créditos proceden de la actividad profesional y empresarial del deudor, ven disminuida la garantía patrimonial del deudor con la constitución del fondo, lo que hace a este acto susceptible de revocación en sede concursal si se ha realizado en el período sospechoso<sup>29</sup> (art. 64 *Legge Fallimentare*), facilitado por el carácter gratuito del acto de constitución del fondo.

La oponibilidad del fondo patrimonial frente a terceros está subordinada a la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando afecta a bienes inmuebles (art. 2647 CCit) y debe ser anotado en todo caso en el Registro Civil al margen de la inscripción del matrimonio. Faltando tales requisitos de publicidad, los acreedores podrán agredir los bienes integrados en el fondo patrimonial con independencia de que las obligaciones incumplidas atiendan o no a las necesidades de la familia.

Pero además de tal publicidad, para que la especialización del principio de responsabilidad patrimonial que la constitución del fondo supone, sea oponible al acreedor que ejecuta bienes por consecuencia del incumplimiento de obligaciones no dirigidas a la satisfacción de las necesidades de la familia, es preciso, tal como reza el art. 170 CCit, que tal acreedor conociera que la obligación asumida por los cónyuges no iba dirigida a satisfacer las necesidades de la familia. La carga de la prueba de este extremo le corresponde al deudor que quiera oponerse a la ejecución de los bienes integrantes en el fondo patrimonial. Como se puede apreciar, los límites a la ejecución que para determinados acreedores surge de esta figura son de cierta entidad.

A ellos hay que sumar las dificultades que puede suscitar el concepto de «necesidades de la familia». La Corte di Cassazione ha entendido que es irrelevante que el hecho generador de la obligación que se incumple sea un contrato o una actuación ilícita: lo decisivo es que esté vinculado con las necesidades de la familia, pudiéndose en tal caso agredir los bienes que integran el fondo patrimonial<sup>30</sup>. No responde el fondo patrimonial de las deudas derivadas de la actividad empresarial o profesional y de los actos ilícitos que nada tengan que ver con la familia<sup>31</sup>.

Se ha criticado la institución del fondo patrimonial por cuanto puede ser utilizado para defraudar los derechos de los acreedores, si bien no hay obstáculo alguno a la posibilidad de rescisión de la constitución del fondo patrimonial cuando se dan los requisitos de la acción revocatoria o pauliana<sup>32</sup>.

Respecto de los bienes que pueden ser integrados en el fondo patrimonial, solo pueden serlo los inmuebles, muebles y títulos de crédito vinculados<sup>33</sup>, no afectando a bienes muebles y dinero.

Como se puede apreciar, la posible especialización convencional del principio de responsabilidad patrimonial universal al margen de los mecanismos societarios (que suponen aportar bienes a una nueva entidad jurídica), se encuentra reflejada en esta figura que carece de paralelo en el Derecho español. Se favorece el acceso al crédito «familiar», se salvaguarda el patrimonio personal de las infructuosas actividades empresariales que pueden tener lugar siempre por circunstancias ajenas a la voluntad del empresario.

El efecto colateral que podría esperarse de esta figura es la dificultad de acceso al mercado crediticio, particularmente del empresario, circunstancia que podría bloquear el efecto que mediatamente tiene de estímulo a la iniciativa empresarial la posibilidad de salvaguardar el patrimonio personal.

29 FIMMAMÓ, F, «Patrimonio destinati e tutela del creditori nella società per azioni», *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 315, Milán 2008, pág. 351.

30 Giustizia Civile, I, 2004, 3097, Cass, 5 de junio de 2003. <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/home-page.page>

31 SICCHIERO, G, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pág. 199.

32 AULETTA, T, «Il fondo patrimoniale» *Il Codice Civile. Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milán, 1992, pág. 12.

33 CENNI, M, L, «Trust e fondo patrimoniale», en *Il Trust nel diritto delle persone e della famiglia*, coordinado por Dogliotti, M y Braun, A, 2003, pág. 118.

¿Tendría un impacto negativo en la prima de riesgo (aumento de denegaciones o de coste crediticio) del empresario solicitante de crédito el hecho de que tenga constituido un fondo patrimonial integrado por bienes que no pueden agredir los acreedores cuyos créditos derivan precisamente de dicha actividad? A estos efectos hay que tener en cuenta que la valoración de la solvencia que toda entidad financiera debe realizar antes de conceder el préstamo tiene distinta naturaleza de la que corresponde hacer a un consumidor. En éste, la entidad del patrimonio embargable tiene cierta entidad, además del comportamiento crediticio pasado. Por el contrario, cuando de un empresario se trata, el enfoque varía por cuanto la viabilidad futura de la actividad para que se solicita el préstamo se erige en criterio fundamental<sup>34</sup>.

Ciertamente lo que logra un empresario individual con la constitución de un fondo patrimonial que preserve su patrimonio personal de las deudas empresariales no difiere mucho del fenómeno de la constitución de una sociedad de capital. La diferencia es que constituyendo un fondo, el empresario evita tener que adscribir bienes concretos a un ente, tal y como sucede con el modelo societario. Le basta con destinar bienes para las necesidades familiares a través de un patrimonio de destino. El acceso al mercado crediticio del empresario individual se produce en paralelas condiciones a como lo hace una sociedad de capital<sup>35</sup>. La figura del fondo patrimonial no necesariamente debe conllevar un encarecimiento del coste crediticio. Por el contrario y, como ya he señalado, se favorece el acceso al crédito para atender las necesidades de la familia. Favorecido el consumo, ello también podría tener un efecto rebote positivo en la actividad empresarial.

A ello hay que añadir que en la valoración del riesgo crediticio en Italia, además del patrimonio embargable, tiene peso el comportamiento crediticio del deudor, estando admitidos los ficheros de solvencia positivos (Fichero CAIS). Existe una regulación específica de las Agencias Privadas de Información Crediticia en el contexto de protección de datos personales: el «Código de Conducta y práctica profesional aplicable a los sistemas de información manejados por entidades privadas relativos al crédito al consumo, solvencia y cumplimiento de obligaciones de pago», que figura como Anexo A5 del Decreto legislativo Núm. 196, de 30 de junio de 2003, que aprueba el Código en materia de protección de datos personales. Se considera de interés general la existencia de un sistema eficiente de información económica de los particulares<sup>36</sup> para evitar que los costes provocados por los malos pagadores se traduzcan en aumento de tasas de interés y mayores costes para otros consumidores<sup>37</sup>. La ley de Protección de datos personales italiana prevé una excepción al requisito del consentimiento del afectado cuando se trata de datos «relacionados con las actividades económicas<sup>38</sup>, tratados de acuerdo con la legislación vigente en los negocios y el secreto industrial»<sup>39</sup>. El cliente no monopoliza su información económica, pues se entiende que hay un interés general en la correcta evaluación del riesgo<sup>40</sup>. La garantía de la privacidad se logra mediante una regulación adecuada de dichas agencias de información crediticia a través del Código de Conducta

34 Recalca este aspecto SIMIONATO, A, «La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48», *Rivista di Diritto Bancario*, junio 2010, pág. 2.

35 FIMMAMÓ, F, «Patrimonio destinatari...» *cit.*, pág. 19.

36 Un tratamiento general de esta problemática puede consultarse en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* coordinado por Prats Albertosa, L, y Cuenca Casas, M, Thomson Aranzadi, 2014.

37 PELLECCIA, E, «Il Codice deontologico per le centrali-rischi private», *Danno e responsabilità* núm. 3/2005, págs. 252 y ss. POLLICELLA, E, «Il Codice deontologico sui sistemi di informazione creditizia», *Danno e responsabilità*, núm. 3, 2005, págs 263 y ss.

38 El concepto es demasiado amplio, lo cual ha sido criticado por la doctrina, si bien el «Garante» de protección de datos ha concretado el término, refiriéndolo a información de actividad financiera, productiva, industrial, empresarial, comercial o profesional de determinados sujetos para la valoración del riesgo crediticio» *Vid.* BONZANINI, L y LEIDI, A, «Privacy e Banche. Il nuovo regime di trattamento dei dati personali», *Rivista Banca Borsa Titoli di Credito* 2003, vol LVI, pág. 496.

39 Art. 24. d) del Codice in materia di Protezioni dei dati personali <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1311248>

40 Claras en este sentido son las afirmaciones de RODOTÀ, S, «La "privacy" tra individuo e collettività», *Rivista Politica del Diritto*, 1974, pág. 554, para quien «la liberalización del acceso a la información económica, su socialización es indispensable para el desarrollo económico del país». *Cfr.* también ALAGNA, S, «Banche dati e notizie commerciali: spunti di riflessione sulla compatibilità della tutela della persona e dell'immagine dell'impresa col diritto alle informazioni economiche», *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica* 1988, pág. 71: es esencial la difusión de la información económica para el mercado acompañada de mecanismos adecuados de control. Muy distinto es el enfoque del Derecho español donde la protección de la privacidad de la mano de la necesidad del consentimiento del afectado, bloquea la circulación adecuada de la información financiera siendo escasa e inadecuada la regulación en materia de ficheros de solvencia patrimonial *Vid.* *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* coordinado por Prats Albertosa, L, y Cuenca Casas, M, Thomson Aranzadi, 2014.



citado, que establece estrictas reglas de acceso a tal información, la cual solo puede ser utilizada con la finalidad legal preestablecida: la evaluación de la solvencia del prestatario.

Las entidades financieras aportan a las agencias privadas de información crediticia datos de solvencia positivos y negativos con la obligación de notificar al cliente el traspaso de tal información. Este sistema implica que en la valoración del riesgo, el buen comportamiento crediticio<sup>41</sup> tiene peso en la fijación de la prima de riesgo por lo que las limitaciones que la constitución del fondo patrimonial conlleva en cuanto detrae bienes a los acreedores empresariales que no pueden ejecutar en caso de impago, se podría ver neutralizado por otras variables. No parece pues que una especialización del principio de responsabilidad por parte de persona física suponga necesariamente un impedimento y encarecimiento del crédito por ese solo dato. Este efecto debe ser analizado en función del sistema de información crediticia adoptado.

A pesar de las ventajas que el fondo patrimonial conlleva, se han denunciado algunas limitaciones como el hecho de que resulta aplicable solo a la familia matrimonial y su restringido ámbito objetivo en cuanto solo se integran bienes inmuebles, muebles registrados y títulos de crédito vinculados, quedando fuera los demás bienes muebles y el dinero. Tampoco se prevén mecanismos de subrogación real y existe una importante discrecionalidad de los cónyuges en la gestión<sup>42</sup>.

De ahí que se haya postulado el *trust* como instrumento más adecuado para la protección de los intereses familiares.

## 2. El *trust* como mecanismo de protección del patrimonio familiar. La experiencia italiana

La segregación patrimonial y su adscripción a un fin concreto puede lograrse a través de varios instrumentos jurídicos, entre los que destaca la constitución de una persona jurídica (sociedad o fundación) o el negocio fiduciario, entre otros. El coste económico y de tiempo que implica, por ejemplo, la constitución de una persona jurídica, pueden hacerla desaconsejable para la consecución de determinadas finalidades.

De ahí que en otros ordenamientos se haya dado carta de naturaleza a fórmulas de segregación patrimonial dirigidas a la consecución de determinadas finalidades entre las que destaca el *trust*, que conlleva menores costes de constitución y gestión y protege de manera más adecuada los derechos de sus titulares<sup>43</sup>. Se trata de una figura versátil con la que se pueden cumplir múltiples finalidades, incluida la tratada en el presente trabajo: la protección de un patrimonio familiar adscribiéndolo a la satisfacción de las necesidades de la familia, aislándolo de las consecuencias del fracaso de una actividad profesional o empresarial, sin los riesgos de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.

El *trust* tiene origen en los países del *Common Law* y su régimen difiere notablemente de las figuras a las que se ha trasladado en los países *Civil Law*. Siendo variadas las modalidades actualmente existentes en el Derecho comparado, se puede partir del concepto referido al «*trust* internacional»<sup>44</sup> que da el Convenio de La

41 PELLECCIA, E, *Il Codice deontológico, cit.*, pág. 261, recalca que el conocimiento del «historial crediticio» nutrido de datos positivos y negativos favorece al sujeto que pretende acceder al mercado crediticio.

42 BRAUN, A, «El *trust* en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia», en *El Trust en el Derecho Civil*, Barcelona, 2007, p. 148.

43 CAMARA LAPUENTE, S, «Breve compendio geo-conceptual sobre *trust*», en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, coordinado por Nasarre Aznar, S y Garrido Melero, M, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Barcelona, 2006, p. 31.

44 Con todo, no existe un concepto unívoco de *trust*, existiendo varias modalidades a la descrita como «*trust* internacional». Existe el denominado *trust* anglosajón por virtud del cual un sujeto (*trustee*) gestiona la propiedad sobre la que él tiene el control (llamada propiedad fiduciaria), en beneficio de personas (beneficiarios) pudiendo él mismo ser una de ellas. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir el cumplimiento de la obligación. La especificidad más sobresaliente del *trust* anglosajón es el desdoblamiento de la titularidad de los bienes que pertenecen al *trustee* y a los beneficiarios y tutelados cada uno por reglas distintas (*Common Law* y equidad). Tanto el *trustee* como el beneficiario son propietarios, si bien sus derechos de propiedad son de distinta naturaleza. El *trustee* posee un título reconocido por el *Common Law* (*legal owner*) y la posición del beneficiario ha sido configurada por la *Equity*. El derecho del beneficiario tiene naturaleza real, es decir, el beneficiario puede reivindicar los bienes de manos del *trustee* e incluso de manos de un tercero a quien el *trustee* se los haya enajenado. Más extensamente, CAMARA LAPUENTE, S, «Operaciones fiduciarias y *trust* en el Derecho español», *RCDI* núm. 654, 1999, pág. 1765. Y también del mismo autor «*Trust* a la francesa. Las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a partir de la proposición de ley de 8 de febrero de 2005 que instituye la fiducie» *InDret* 2/2005, [http://www.indret.com/pdf/283\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/283_es.pdf)

Haya de 1 de julio de 1985<sup>45</sup> (no ratificado por España) sobre la «ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento»: «el término *trust* se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente – por actos entre vivos o a causa de muerte—, cuando los bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario (*trustee*) en interés de un beneficiario o para un propósito específico».

Los bienes del *trust* constituyen una masa distinta y no forman parte del patrimonio del fiduciario. El *trust* no tiene personalidad jurídica, por lo que el *trustee* actúa en su propio nombre, siendo personalmente responsable respecto a los terceros con los que contrate. Éste administra, gestiona y dispone de los bienes según reglas preestablecidas, debiendo rendir cuentas de su gestión. No existe una duplicidad de propiedades. Se genera un patrimonio separado, destinado a un fin, que no puede ser objeto de agresión por los derechos de los acreedores del constituyente ni del fiduciario (*trustee*), teniendo los beneficiarios derechos de carácter real (art. 11 del Convenio de la Haya).

Se trata de una figura de similares características al negocio fiduciario (*fiducia cum amico*), no regulado expresamente en el Código Civil español, aunque admitido por la jurisprudencia. En éste se produce la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista<sup>46</sup>.

A diferencia de la fiducia romana acogida en los ordenamientos del *Civil Law*, los bienes objeto del negocio fiduciario no generan una masa patrimonial autónoma y distinta del patrimonio personal del fiduciario. En caso de insolvencia de éste, los acreedores podrían agredir los bienes objeto del negocio fiduciario, algo que no sucede en el *trust*. Los acreedores del *trustee* no pueden, en cambio, recurrir a medidas de aseguramiento contra los bienes del *trust* porque éstos no forman parte del patrimonio personal del *trustee*.

Por otro lado, en lo que se refiere a las relaciones entre el beneficiario y el *trustee*, en el negocio fiduciario, se trata de un vínculo obligacional, a diferencia de lo que acontece en el *trust* donde el beneficiario puede reivindicar los bienes de manos del *trustee* e incluso de manos de un tercero a quien el *trustee* se lo haya enajenado. El derecho del beneficiario tiene naturaleza real. La tutela del beneficiario es más potente en el *trust* que en el negocio fiduciario. Otra diferencia destacable entre el *trust* y el negocio fiduciario es que el primero puede constituirse por acto unilateral y el segundo requiere un contrato.

Con todo, la modalidad del *trust* internacional ha sido acogida en algunos países del *Civil Law* (por ejemplo, Francia e Italia), con algunas especificidades que lo separan de la modalidad anglosajona que está en su origen. Después de varios intentos, la Ley de 19 de febrero de 2007 introdujo la denominada *fiducie* (equivalente al *trust*) en los arts. 2011 y ss del Código Civil francés. Uno o varios constituyentes pueden atribuir bienes, derechos o garantías presentes o futuras a uno o varios fiduciarios que se convertirán en titulares de los mismos *pero sin que se produzca confusión patrimonial con el resto del patrimonio del fiduciario*. Su titularidad es meramente funcional orientada hacia el destino que causaliza la atribución. Tal transmisión se debe realizar con un objetivo determinado a favor de uno o varios beneficiarios impidiéndose expresamente que la fiducia se utilice como medio para la transmisión de bienes a título gratuito. Se crea un registro nacional de fiducias, inscripción necesaria para la oponibilidad a terceros. La duración de la transferencia no puede exceder de 99 años y, en lo que aquí interesa, en caso de insolvencia del fiduciario, los bienes que conforman tal patrimonio separado no podrán ser agredidos por sus acreedores (art. 2024 CCiv francés). Sólo los bienes pertenecientes al patrimonio fiduciario pueden ser agredidos por créditos procedentes de la gestión y conservación de tal patrimonio. En caso de insuficiencia pueden tales acreedores agredir bienes del constituyente y subsidiariamente del fiduciario. El constituyente de la fiducia tiene solo un derecho personal a exigir la correcta gestión de tal patrimonio separado que se integra pero no confunde con el resto del patrimonio del fiduciario.

Por su parte, en Italia, a través de la L. 364/1989 se ratificó el Convenio de La Haya que, recordemos, es un instrumento que solo delimita normas de conflicto y de reconocimiento del *trust* constituido en otro país, sin tener con carácter previo una regulación específica del *trust*. Una de las finalidades del Convenio es la de permitir a los Estados ratificantes el reconocimiento de *trust* externos gracias a la aplicación extranjera en el propio foro. Este hecho suscitó la polémica de la legalidad de los denominados «*trust* internos» que legitimaría la facultad

45 <https://www.hcch.net/upload/conventions/txt30es.pdf> Vid., GONZÁLEZ BEILFUSS, «El *trust*. La institución anglo-americana y el Derecho Internacional Privado», Barcelona, 1997, págs. 17 ss.

46 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2001.

de las personas de instituir un *trust* interno, cuyo objeto fueran bienes situados en Italia, a favor de beneficiarios italianos pero regulados por una ley extranjera que reconozca el instituto. Tras este extremo objeto de una importante polémica, en la actualidad se viene admitiendo la validez del *trust* interno<sup>47</sup> y su reconocimiento por la jurisprudencia. De hecho, el art. 2645 ter del CCit<sup>48</sup>, permite la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de vinculación o de destino para fines dignos de tutela sobre los bienes inmuebles o muebles registrados.

Pues bien, resulta reveladora la experiencia italiana por cuanto constituye una manifestación de la utilidad que puede presentar el *trust* como mecanismo de protección del patrimonio familiar, con objeto de salvaguardar parte del mismo de su agresión por deudas derivadas de la actividad empresarial o profesional. De hecho, en la práctica, se ha producido un tránsito del fondo patrimonial a la figura del *trust* por ser mayores las ventajas que esta última figura conlleva. El constituyente es libre de concretar las necesidades familiares concretas que puede satisfacer el patrimonio de destino y determinar los beneficiarios que no necesariamente deben estar unidos por vínculo matrimonial. Por otro lado, la subrogación real es inherente al *trust*, algo que como se ha señalado, no operaba en el fondo patrimonial: los bienes que salen del patrimonio de destino son integrados por los adquiridos en su sustitución. Una vez extinguido el *trust* (que no depende de la duración del matrimonio o de la relación de pareja, sino del término expresamente pactado), los bienes pueden revertir a los hijos o a otros sujetos<sup>49</sup>. La segregación del patrimonio que el *trust* implica, lo pone a salvo de la agresión por parte de los acreedores del constituyente. Se protege así el patrimonio familiar de la responsabilidad por deudas, por ejemplo, derivadas de la actividad empresarial o profesional del constituyente lo cual puede suponer un estímulo a la actividad económica. A través del patrimonio de destino, se permite seleccionar a los acreedores que pueden agredir el patrimonio personal del constituyente y, por el otro, a los que pueden satisfacerse con cargo al patrimonio de destino. Constituye, pues, un mecanismo de especialización del principio de responsabilidad patrimonial universal que, en Italia, tras la norma contenida en el art. 2645 ter, permite su oponibilidad a terceros cumpliendo finalidades dignas de tutela sin tener que recurrir al mecanismo de la persona jurídica.

### 3. La declaración voluntaria de inembargabilidad de la vivienda habitual en el Derecho francés: la *Loi Dutreil* y la figura del empresario de responsabilidad limitada

En Francia, al igual que en otros países<sup>50</sup> ha existido una regulación especial de la vivienda habitual del deudor desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial universal. La ley de 1 de agosto de 2003, denominada «*Loi Dutreil*», modifica el art. 526.1-5 del Código de Comercio francés permitiendo que el empre-

47 De hecho, se ha llegado a decir que sería inconstitucional reconocer un *trust* constituido por un extranjero sobre bienes localizados en Italia con base en una ley extranjera que reconozca tal instituto y, por el contrario, negar la legitimidad de un *trust* constituido por un italiano en las mismas condiciones. Vid. LUPOI, M, "Legittimità dei trusts 'interni' en "I trust in Italia oggi", coordinado por Beneventi, I, Milán 1996, p. 39.

48 *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche.* «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo». Se regula por primera vez el acto negocial de vinculación o destino, con efecto de separación patrimonial, sienta tal negocio oponible a terceros desde el mismo momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La norma reviste carácter sustantivo BIANCA, M, *Il nuovo art. 2645-ter. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, Giustizia Civile II, 2006, págs 187-191.

49 BRAUN, A, *El trust en Italia*, cit., pág. 149.

50 Argentina cuenta con la figura del «bien de familia» regulado por los arts. 34 y ss de la Ley 14.394 de 14 de diciembre de 1954. Constituido como tal un bien inmueble e inscrito en el Registro de la Propiedad, no podrá ser embargado ni ejecutado por deudas nacidas con posterioridad a su inscripción. Cfr. PERALTA MARISCAL, L, *Régimen del bien de familia*, Buenos Aires, 2005. También Méjico regula en parecidos términos el patrimonio de la familia (arts. 723 y ss Código Civil); en Colombia el Decreto núm. 2817 de Agosto de 2006 permite la constitución de un patrimonio familiar inembargable; Perú (arts. 493 y siguientes del Código Civil).

sario individual pueda voluntaria y unilateralmente declarar la inembargabilidad de la vivienda habitual<sup>51</sup>. El precepto se ha reformado por la Ley de 4 de agosto de 2008 de modernización de la economía, ampliando su ámbito de aplicación, en tanto que no abarca solo a la vivienda sino a cualquier bien inmueble, construido o no, que no esté afecto a su actividad profesional o comercial. Incluso si un inmueble se utiliza como vivienda y como local profesional, se permite la declaración de inembargabilidad de la parte correspondiente a vivienda, siempre que sea materialmente posible proceder a esta distinción entre la parte afectada al uso profesional y la parte afectada a la residencia principal<sup>52</sup>. El patrimonio sólo puede estar constituido por bienes inmuebles y la protección es efectiva exclusivamente frente a deudas profesionales o empresariales.

En cuanto al presupuesto subjetivo, debe tratarse de persona física que realice una actividad empresarial, profesional o agrícola independiente, debiendo estar inscrito en un registro público especial. Si la vivienda es común, no será necesario el consentimiento del otro cónyuge no empresario para decretar la inembargabilidad por deudas profesionales por considerarse acto de conservación de patrimonio ganancial<sup>53</sup>.

No existe un límite cuantitativo atinente al valor de la vivienda y no abarca sólo a ésta sino a otros inmuebles. El criterio es más amplio que el adoptado por el legislador español en el empresario de responsabilidad limitada introducido por la Ley de Apoyo a los Emprendedores, figura a la que posteriormente me referiré.

La declaración de inembargabilidad es oponible a terceros tras su inscripción en el Registro de la Propiedad y puede hacerse valer en el procedimiento de ejecución colectiva afectando a créditos nacidos con posterioridad a tal declaración que, en su caso podría ser impugnada a través de la acción pauliana cuando se hubiera realizado en fraude de acreedores. Tales bienes no podrán ser ejecutados por los acreedores profesionales aunque sí por deudas domésticas, delimitación que plantea problemas en la práctica a la hora de efectuar la lista de acreedores. A ello hay que añadir la dificultad que se plantea en el concurso de acreedores<sup>54</sup> provocada por el hecho de que no a todos puede ser oponible la inembargabilidad, sino sólo a los que contrataron después de que el deudor hiciera la declaración, lo cual si cabe, complica más el proceso<sup>55</sup>.

Evidentemente el estatuto particular de estos inmuebles no se extiende a los supuestos en que hayan sido hipotecados. En tal caso, tales bienes podrán ser ejecutados<sup>56</sup>. Es por ello, que esta fórmula no constituye, obviamente, una solución para solucionar el problema del sobreendeudamiento hipotecario.

Las dificultades descritas favorecieron la creación del *empresario de responsabilidad limitada* (art. 526-6 a 21 del Código de comercio introducidos por la Ley de 15 de junio de 2010) por virtud del cual se pretende crear

51 La nueva regulación cuenta con el antecedente de denominado «*bien de famille*» inembargable regulado por la ley de 12 de julio de 1909, hoy derogada por la ley núm. 2011-1862 de 13 de diciembre de 2011. Se permitía la declaración de inembargabilidad voluntaria de un bien inmueble ocupado y explotado por la familia y el valor máximo de tal inembargabilidad era de 7.662,45 euros, lo que restó eficacia práctica a la figura. Su constitución era formal, en documento público, debiendo ser objeto posteriormente de homologación judicial e inscrito en el Registro de la Propiedad. Constituido el «bien de la familia», no podía ser hipotecado ni ser enajenado sin el consentimiento de ambos cónyuges y con autorización judicial si había menores. Los acreedores cuyos derechos de crédito habían nacido con posterioridad a la constitución del régimen, no podía embargar el bien, ni los productos que generaba (cuando se trataba de explotaciones familiares) con la excepción respecto a los frutos respecto de obligaciones derivadas de deudas de alimentos, impuestos referentes al bien y deudas procedentes de condenas penales. La finalidad de la regulación según la Exposición de Motivos de dicha ley fue: «asegurar al hogar familiar más consistencia y estabilidad». Hay que hacer notar que el escaso éxito de la figura de debió precisamente al limitado importe del valor económico declarado no embargable. *Vid.* COLIN, A y CAPITANT, H, *Traité de Droit Civil*, Paris 1953, t. I, n. 1607, pág. 1911. MALECKI C, *La loi pour l'initiative économique la insaisissabilité de la résidence principale*, D. 2003, núm. 121, pág. 2220 HOUIN BRESSAND, C, P, «Protection du patrimoine de l'entrepreneur, solutions no sociétaires», *Revue Lamy droit des affaires* 2011/2002. núm. 3301

52 DAGOT, M, «La déclaration d'insaisissabilité du logement principal d'entrepreneur individuel, Conditions de forme», *La semaine juridique notariale et immobilière*, núm. 4, EJC, Paris., pág. 100.

53 LEBEL, C, *L'entreprise individuelle: création, gestion, dissolution*, Paris, 2011, pág. 63.

54 Así lo ha reconocido recientemente la sentencia de la Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 24 mars 2015, núm. 14-10175 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX-T000030409829&fastReqId=1152377071&fastPos=1>

55 VAUVILLÉ, F. «Commentaire de la loi du 15 juin 2010, relative à l'EIRL (I)», *Revue de Droit Henri Capitant*, núm. 2, 30 de junio de 2011.

56 FUGARDO ESTIVILL, «La protección de la vivienda habitual mediante declaración voluntaria de inembargabilidad según la Ley francesa de 1 de agosto de 2003 (Loi Dutreil)», *La Notaría*, núm. 21, septiembre de 2005, pág. 34.

un patrimonio de afectación que salvaguardara todo el patrimonio personal y familiar del empresario, sin tener que recurrir a una sociedad unipersonal, figura que había tenido escaso uso en Francia<sup>57</sup>.

El patrimonio de destino está integrado por bienes que afecta el empresario a su actividad empresarial (necesarios y utilizados para la misma) únicos que podrán ser agredidos por deudas derivadas de su actividad. Los costes de constitución (inscripción en registro, art. 526-7 CComercio) y el tratamiento fiscal (pueden optar por tributar por el impuesto de sociedades) presentan ventajas respecto de la constitución de una sociedad unipersonal.

El Gobierno francés acordó con el sistema financiero y entidades de garantía recíproca un acuerdo para estimular la financiación de las empresarios de responsabilidad limitada a los que no se les podía exigir garantías sobre su patrimonio personal<sup>58</sup> facilitando el acceso al crédito a través de sociedades de garantía recíproca. Es la línea seguida por la recientemente aprobada en España Ley 5/2015 de 27 de abril de fomento de la financiación empresarial. Asimismo, también Francia está en trámite de modificar sus sistema de información crediticio mediante la creación de un fichero positivo<sup>59</sup> para particulares que permita saber su nivel de endeudamiento. Aunque referido a particulares un *score* crediticio basado en criterios comportamentales incorpora otra variable al solicitante de crédito distinto del patrimonio disponible. Como se ha señalado, sería muy pernicioso para la economía que solo se diera crédito al solicitante que tuviera bienes. Ello supondría robar a la sociedad la aportación de «los capaces pero pobres». La capacidad del solicitante y las perspectivas del proyecto que pretende emprender deben ser determinantes para la concesión de crédito y ello supone un estímulo a la productividad<sup>60</sup>

Lo que cabe deducir de esta breve referencia al Derecho comparado es la atención de otros ordenamientos por la salvaguarda del patrimonio personal del empresario como mecanismo imprescindible para el estímulo de la iniciativa empresarial y la creación de empleo.

#### IV. LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR EN ESPAÑA. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: UN INTENTO FALLIDO

La posibilidad de que con base en la autonomía de la voluntad se pueda crear un patrimonio de destino de características semejantes al *trust*, fuera de los estrechos márgenes del negocio fiduciario tal y como se interpreta por la jurisprudencia, es inexistente en el Derecho español. El principio de responsabilidad patrimonial universal no parece que puede ser objeto de una especialización fuera de los instrumentos que expresamente prevé la ley mediante la creación de nuevos sujetos de Derecho (fundaciones, sociedades de capital), patrimonios de destino familiar y, en particular, la vivienda no goza en España de una protección legal, ni tampoco la ley permite una especialización de la responsabilidad patrimonial universal, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos. Si a ello le unimos la ausencia de un efectivo régimen de segunda oportunidad en el procedimiento concursal para la persona física insolvente, la conclusión que cabe denunciar es el retraso normativo que España presenta respecto de instrumentos legales que estimulen la iniciativa empresarial. Aunque el RDL 1/2015 de 27 de febrero mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que reforma la Ley Concursal (LC), ha mejorado la regulación de la exoneración del pasivo pendiente para la persona física insolvente respecto de la contenida en la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la norma vigente (art. 178 bis LC) sigue siendo muy restrictiva<sup>61</sup>.

57 S. PIEDELIÈVRE, *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*; Defrénois 2010, art. 39134, p. 1417 y ss., núm. 5. Sobre la compatibilidad de la declaración de inembargabilidad y la figura del empresario de responsabilidad limitada y las cifras de utilización cfr. <http://www.senat.fr/rap/a12-154-8/a12-154-85.html>

58 Charte pour l'accès au crédit des EIRL <http://www.fbf.fr/fr/la-banque-des-entreprises-et-des-professionnels/pme/charte-pour-l'accès-au-credit-des-eirl>

59 <http://www.senat.fr/rap/108-447/108-44792.html>

60 GEORGAKOPOULUS, «Bankruptcy Law for Productivity», *Wake Forest Law Review*, núm. 37, 2002, pág. 11.

61 Cfr. CUENA CASAS, M, «¿Una segunda oportunidad?» *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2015; «La insolvencia de la persona física», en *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, coordinado por A. Campuzano y E. Sanjuán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 115 y ss.

La regulación general del *trust* puede ser una opción de política legislativa<sup>62</sup> que dé mayor flexibilidad en la creación de patrimonios separados para atender a fines familiares dignos de tutela como es, por ejemplo, la protección del patrimonio familiar, estableciendo adecuados mecanismos de control, en parecidos términos a los regulados recientemente en Francia. No se comprende por qué debe negarse en todo caso que con base en la autonomía de la voluntad se admita la posibilidad de una especialización de la responsabilidad patrimonial universal con arreglo a fines lícitos<sup>63</sup>. El riesgo de fraude puede controlarse con adecuados mecanismos como es la acción revocatoria o pauliana. Hoy la limitación al principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>64</sup> que la creación del patrimonio separado conlleva requiere apoyo legal específico. De ahí que sea posible al menos defender que, sin tratar de manera general el *trust*, se prevea la posibilidad de crear un patrimonio separado *ad hoc* para atender las necesidades de la familia con efectos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial universal.

Un intento, a mi juicio, infructuoso es la figura del empresario de responsabilidad limitada creada por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (en adelante LE). En la propia Exposición de Motivos se señala que se crea tal figura «*gracias a la cual las personas físicas podrán evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales afecte a su vivienda habitual bajo determinadas condiciones*».

El propio legislador es consciente de la ausencia de una protección eficaz y la importancia que la solución a tal problema tiene en el estímulo del espíritu emprendedor que se pretende. El diagnóstico es sin duda correcto. Otra cosa es la solución adoptada.

Los arts. 7-11 LE regulan la figura cuyo destinatario es el *emprendedor*<sup>65</sup> *persona física que puede limitar la agresión de la vivienda habitual solo por deudas derivadas de su actividad empresarial o profesional*. Se trata de un caso de especialización de la responsabilidad patrimonial universal de origen convencional y autorizada legalmente que nada tiene que ver (a pesar de haber tomado su denominación) con el empresario de responsabilidad limitada regulado en el Derecho francés (art. 526-6 a 21 del Código de Comercio). La figura regulada en la LE se acerca al de patrimonio no sujeto especial del art. 526.1-5 del Código de Comercio francés<sup>66</sup>, que no crea un patrimonio separado

Es tan restrictivo el régimen que cabe cuestionar la propia denominación de la figura porque induce a confusión: sólo se protege (y muy limitadamente) la vivienda habitual) y parece que se crea un patrimonio de destino cuando en realidad se pretende una «no sujeción» de un bien al cumplimiento de determinadas deudas por acto

62 En este sentido, CAMARA LAPUENTE, S, «Trust y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación», *Diario La Ley* núm. 76785, 2011. ARROYO I AMAYUELAS, E, «Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad», en *El patrimonio familiar profesional y empresarial y sus protocolos*, coordinado por M. Garrido Melero y JM Fugardo Estivill, Barcelona, 2005, pág. 629.

63 Admite esta especialización del principio de responsabilidad patrimonial universal el art. 2645.2 Código Civil de Quebec: «*Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi. Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent*».

64 ESTRADA ALONSO, E., «El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica», Madrid, 2010, pág. 101. En contra, SERRANO GARCÍA, JA, «Los patrimonios fiduciarios en el Derecho Civil aragonés», Ponencia presentada en el III Congreso de Derecho civil catalán, octubre de 2005, para quien «cabe defender que el principio de responsabilidad patrimonial universal no es de orden público, con lo cual el *Standum* permite que por voluntad unilateral del deudor parte de su patrimonio personal no responda en el futuro ante sus acreedores personales, siempre que esa parte haya sido previamente segregada con la finalidad de crear un patrimonio fiduciario, un *trust* o, en general, un patrimonio de afectación, del que puede ser beneficiario el propio constituyente o tercera persona». <http://derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=346>

65 Se utiliza el término «emprendedor» y no empresario, y se define en el art. 3 LE como la persona física o jurídica que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley. Parece que se referiría a todo empresario en la fase inicial de su actividad empresarial, no teniendo la noción carácter sustantivo. Cfr. CAZORLA, L, «¿Emprendedor o empresario? El Derecho mercantil y el impulso de la iniciativa empresarial», <http://hayderecho.com/2013/05/24/emprendedor-o-empresario-el-derecho-mercantil-y-el-impulso-de-la-iniciativa-empresarial/> En el mismo sentido, SANCHEZ CALERO, J, «Apuntes mercantiles a la Ley del Emprendedor (I): ¿qué es un emprendedor?» <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2013/10/apuntes-mercantiles-la-ley-del.html>

66 FERNÁNDEZ DEL POZO, L, «La efectividad de la limitación de la responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada», *LA LEY mercantil*, núm. 2, Sección Empresa y empresario, Mayo 2014, pág. 12.

unilateral del propietario, figuras que, como acabo de señalar, están claramente delimitadas en el Derecho francés. Aquí parece que las confundimos, salvo que de que lo que se tratara fuera de generar una apariencia que dista mucho de la realidad, algo que por cierto, últimamente es habitual en la forma de legislar.

La protección que se dispensa es muy escasa y sujeta a un elenco de requisitos que actúan como mecanismo de disuasión para la utilización de esta figura. Debe tratarse de vivienda propia o común del empresario, lo que abarcará los casos de titularidad privativa y ganancial, sin que sea necesario el consentimiento del cónyuge no deudor por no tratarse de un acto de disposición (art. 1.320 y 1377 CC). Si la vivienda es común de ambos cónyuges o pareja de hecho, en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (arts. 392 y ss CC), la cuota correspondiente al emprendedor podrá no estar sujeta a ejecución por deudas profesionales. Creo que no procede declaración respecto de la cuota correspondiente al cónyuge o pareja<sup>67</sup>, que en ningún caso podrá ser embargada por deudas de su consorte derivadas de su actividad profesional, salvo que haya prestado su consentimiento expreso (art. 9 Cco). Para que la cuota que le corresponda al cónyuge del emprendedor no pueda ser agredida por deudas derivadas de la actividad profesional o empresarial de su cónyuge, bastará la revocación del consentimiento (art. 10 CCo) en el Registro Mercantil.

El valor de la vivienda no debe superar el límite máximo que se establece (art. 8.2 LE) y la exención debe tener reflejo registral, tanto en el Registro Mercantil como en el Registro de la Propiedad, a cuyo efecto, el registrador mercantil expedirá certificación que remitirá de inmediato al registrador de la propiedad, por vía telemática, para su constancia en el asiento de inscripción de la vivienda habitual del emprendedor (arts. 8.3; 10 LE). No hay protección de la vivienda cuando se trata de crédito público, tal y como se desprende de la disposición adicional primera LE, algo que a mi juicio, es lamentable a pesar de las normas especiales de ejecución que en la misma se contemplan<sup>68</sup>. La desmedida protección del crédito público es escandalosa en España y lo mismo ha sucedido en el RDL 1/2015 de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que excluye del régimen de segunda oportunidad al crédito público. No hay que olvidar que el 51% de las PYME en España son personas físicas y según un reciente estudio, el 20% de su pasivo es crédito público<sup>69</sup>. La sobreprotección del crédito público es antieconómica. Puede provocar el cierre empresarial con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo lo que agravará más si cabe el déficit público.

Debe tratarse de *vivienda habitual* del deudor, sin que se brinde un concepto de la misma, lo cual plantea problemas de delimitación<sup>70</sup>. Habría sido recomendable que el legislador se pronunciara sobre este extremo, habida cuenta de las recientes reformas que se han producido en materia de protección de deudor hipotecario que tienen también como destinataria la protección de la vivienda habitual del deudor. Entiendo que el hecho de que además el deudor realice su actividad empresarial o profesional en la vivienda no priva a ésta de protección. Se exige que se trate de vivienda y la ley no excluye otros usos adicionales<sup>71</sup>.

67 SANTAUFEMIA RODRÍGUEZ, C, «El emprendedor de responsabilidad limitada. Mucho ruido y pocas nueces», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 7/2013, pág. 5.

68 Apartado 2 de la disposición adicional primera LE: «En el caso de las deudas de derecho público a las que se refiere el apartado anterior, la Administración Pública competente podrá desarrollar las actuaciones de cobro establecidas en la normativa en el mismo indicada, con las especialidades reguladas en el siguiente apartado.

3. Cuando entre los bienes embargados se encontrase la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada en los términos del apartado 2 del art. 8 de esta Ley, su ejecución será posible cuando:

a) No se conozcan otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente susceptibles de realización inmediata en el procedimiento de apremio.

b) Entre la notificación de la primera diligencia de embargo del bien y la realización material del procedimiento de enajenación del mismo medie un plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales.

69 Informe del Consejo General de Economistas: «Análisis de la Pyme en la reforma concursal y la incidencia del crédito público», julio 2014. <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/CONCLUSIONES1672014.pdf>

70 Cfr. CUENA CASAS, M, «Vivienda habitual de la familia y Registro de la propiedad», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* / coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, 2013, ISBN 978-84-9031-271-1, págs. 1263-1280

71 En este sentido, *Conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales*, adoptadas en reunión de 11 de octubre de 2013, apartado IV.

También es cuestionable que se imponga un límite cuantitativo al valor de la vivienda (inferior a 300.000 euros<sup>72</sup> así como un sistema prolijo para la determinación del mismo que entiendo podrá ser impugnado por los acreedores. No se entiende bien por qué el legislador no concede libertad al deudor para detraer la vivienda de su garantía patrimonial cualquiera que sea el valor de la misma, al igual que acontece en otros ordenamientos. Ningún perjuicio se causa a los acreedores en tanto que tal estatuto particular de la vivienda sólo va a afectar a los acreedores que contraten con el deudor con posterioridad a la inmatriculación del deudor en el Registro Mercantil como emprendedor de responsabilidad limitada (art. 9.3 LE). A mi juicio, esta restricción está injustificada. Si el inmueble tiene un valor superior a dicha cantidad, la vivienda será embargable en su totalidad, lo cual es un contrasentido pues ello puede provocar la exclusión social del deudor al margen del valor del inmueble. Cosa distinta es que se estableciera un umbral de inembargabilidad cuantificado previamente, al estilo de las *exemptions* reguladas en USA, por las cuales, embargado el inmueble, parte del dinero obtenido en subasta, se entrega al deudor<sup>73</sup>.

La vivienda se blinda respecto de la agresión por deudas derivadas de la actividad profesional o empresarial del propietario siempre que concurren los requisitos legales y *el deudor no hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable* (art. 8.4 LE). Se trata de una inembargabilidad del bien de naturaleza personal lo que justifica su extinción si la vivienda es transferida a un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que el interesado pueda trasladarla a los bienes subrogados<sup>74</sup>, por virtud de lo dispuesto en el art. 10.4 LE siempre que expresamente traslade la no afectación a los bienes subrogados. Por lo tanto, el importe obtenido por la venta del inmueble puede ser embargado hasta que no sea objeto de reinversión en vivienda habitual y siempre que esta consecutiva vivienda cumpla los requisitos legales<sup>75</sup>. De nuevo, se aprecia aquí una diferencia importante con las *exemptions* contempladas en USA.

Al tratarse de un beneficio personal, en caso de separación o divorcio del deudor, tratándose de vivienda común o privativa, adjudicado el uso a su cónyuge, la vivienda dejaría de tener la consideración de habitual del empresario, por lo que parece que cesaría la protección que brinda la norma, produciéndose el contrasentido de que los miembros de la familia verían que puede embargarse la vivienda en la que residen por deudas derivadas de la actividad empresarial<sup>76</sup>. Pero este efecto, a mi juicio, no se produce en tanto que el derecho de uso que ostenta el cónyuge no titular (art. 96 CC) aún siendo de naturaleza discutida, se comporta como un auténtico derecho real<sup>77</sup> cuando está inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que por las deudas nacidas antes del cese de la convivencia conyugal no cabría embargo de la vivienda puesto que en ella residía el empresario y era bien no sujeto. Respecto de las deudas nacidas con posterioridad a la crisis conyugal e inscrito el derecho de uso, la vivienda será embargable pero el adquirente del inmueble en pública subasta deberá respetar el derecho de uso que ostenta el cónyuge no titular y, en su caso, los hijos comunes.

La delimitación de las deudas profesionales o personales puede plantear problemas en supuestos concretos y particularmente en el concurso de acreedores del deudor en el que entiendo también es aplicable la exención y ello por aplicación del art. 76.2 LC. Aunque no se trata de un bien objetivamente inembargable para todos los acreedores, sino solo para algunos y por una condición personal del deudor, creo que hay identidad de razón y

72 Valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados. En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5. (art. 7.2. LE).

73 Vid. Supra, ap. 2.

74 SENÉS MOTILLA, C, «Implicaciones procesales de la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 32, enero 2014. [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=414158](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414158)

75 *Conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales*, adoptadas en reunión de 11 de octubre de 2013, apartado IV. <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf> MUÑOZ, A, «El emprendedor de responsabilidad limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *Diario La Ley* núm. 8209, 21 de enero de 2014, pág. 17.

76 Discrepo en este punto de MUÑOZ, A, *op. cit.*, pág. 15 quien considera que abandonado el inmueble por el empresario, la familia sería desahuciada en caso de crisis matrimonial.

77 *Cfr.* CUENA CASAS, M, «Régimen jurídico de la vivienda familiar. Vivienda habitual y responsabilidad patrimonial universal», en *Tratado de Derecho de la familia*, dirigido por Yzquierdo Tolsada, M, y Cuenca Casas, t. III, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 418 y ss.



debe respetarse tal limitación de la responsabilidad patrimonial en sede concursal<sup>78</sup>. La vivienda deberá entrar en la masa activa del concurso para responder del pasivo personal del deudor, para lo cual será necesaria la especificación de los acreedores personales y profesionales.

Dado que el modelo que ha seguido el legislador para proteger la vivienda habitual no es la creación de un patrimonio separado, no cabe concursabilidad separada<sup>79</sup>. La vivienda habitual se integrará en la masa activa (en la medida en que los créditos no derivados de la actividad profesional o empresarial del deudor pueden hacerse efectivos frente a la misma) y dentro de la masa pasiva se harán constar a todos los acreedores, si bien será precisa una especificación de su naturaleza como acreedores por créditos derivados o no de la actividad empresarial del concursado. La situación que se plantea es parecida a lo que acontece con el concursado casado en régimen de gananciales. Integrados éstos en la masa activa (art. 77.2 LC), no todos los acreedores del deudor tienen el mismo derecho sobre los bienes gananciales. Los acreedores por deudas privativas sólo pueden agredir los bienes gananciales con carácter subsidiario (art. 1373 y 1399 CC), de manera que en la lista de acreedores deberá hacerse constar su condición de acreedor ganancial o privativo<sup>80</sup>.

Para determinar si un crédito es efectivo o no frente a la vivienda habitual, lo determinante es su consideración como crédito derivado de la actividad empresarial o profesional del deudor y no la clasificación del crédito en el concurso, salvo que, obviamente, se trate de un derecho real de hipoteca que grave la propia vivienda<sup>81</sup>. Cosa distinta es que existan dudas acerca de la naturaleza de determinados créditos<sup>82</sup>.

Cabe preguntarse lo que acontece cuando la vivienda es ejecutada por un acreedor «doméstico» y queda remanente del precio obtenido tras la ejecución ¿Podría el mismo ser ejecutado por los acreedores cuyos créditos derivaran de la actividad empresarial? Entiendo que no y ello a pesar de haber afirmado que la enajenación voluntaria de la vivienda extingue la no sujeción la cual no se extiende al precio, salvo reinversión en otra vivienda (ar 10.4 LE). Las normas deben ser interpretadas con arreglo a su espíritu y finalidad (art. 3 CC), por lo que si, ejecutado el inmueble, el sobrante se aplica a los acreedores cuyos créditos derivan de la actividad empresarial, la finalidad de distraer el inmueble de la responsabilidad por dichas deudas se vería vulnerada por un acto ajeno a la voluntad del deudor y a la de los acreedores empresariales, como es la ejecución forzosa de la vivienda.

Por último, cabe preguntarse lo que acontece con la exoneración del pasivo insatisfecho contemplada en el art. 178 bis LC y la no sujeción de la vivienda al pago de las deudas empresariales y profesionales del deudor. Sabido es que esta norma, en virtud de la redacción dada por el RDL 1/2015 de 27 de febrero<sup>83</sup>, sólo concede una exoneración de deudas si se satisface un umbral de pasivo mínimo bien de forma inmediata o bien tras el cumplimiento de un plan de pagos. La exoneración del pasivo pendiente se produce tras la liquidación del patrimonio o en los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176 bis.4 LC) que prevé la liquidación de los activos del deudor. Lo normal es que la vivienda habitual haya sido ejecutada para abonar créditos no afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor. En el hipotético caso de que se hubiera satisfecho el umbral de pasivo mínimo exigido por el art. 178 bis LC sin necesidad de ejecutar el inmueble porque el pasivo restante sea sólo de naturaleza profesional o empresarial, podría darse el caso de que el deudor mantuviera su vivienda habitual y se le exonerara del pasivo restante. Creo que no hay incompatibilidad normativa, si bien en la práctica será infrecuente este supuesto, ya que sólo se exonera el pasivo ordinario y subordinado y debería darse la circunstancia de que éste procediera de actividad empresarial o profesional del deudor para que el régimen de segunda oportunidad pudiera operar y a su vez el deudor mantener la titularidad de la

78 FERNÁNDEZ DEL POZO, L, «La efectividad de la limitación de la responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada...», *cit.*, pág. 16. *Conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales*, adoptadas en reunión de 11 de octubre de 2013, apartado IV. En contra, SENES MOTILLA, «Implicaciones procesales...», *cit.*, pág. 4.

79 FERNÁNDEZ DEL POZO, L, *op. cit.*, pág. 8

80 Cfr. CUENA CASAS, M, «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», *Estudios de Derecho Concursal* dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Cizur Menor 2008.

81 En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L, *op. cit.*, pág. 11.

82 *Vid.*, MUÑOZ GARCÍA, A, «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada», *Diario La Ley* núm. 8230, 16 de enero de 2014.

83 CUENA CASAS, M, «Régimen Jurídico e impacto económico del aparente régimen de "segunda oportunidad" introducido por el RDL 1/2015 de 27 de febrero», *Actas del II Congreso sobre Presente y futuro del mercado hipotecario. La segunda oportunidad para consumidores y empresas*, Thomson-Aranzadi, en prensa, «¿Una segunda oportunidad?» *El Notario del S XXI*, núm. 60, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportuni-dad>

vivienda. Creo que cuando se admite una inembargabilidad de un bien aunque sea por razones personales, el efecto debe operar en sede concursal y no veo incompatibilidad con el régimen de segunda oportunidad.

## V. REFLEXIÓN FINAL

Con todo y como se puede apreciar de esta somera referencia al régimen del emprendedor de responsabilidad limitada, es evidente su carácter restrictivo por las razones apuntadas, lo que justifica el fracaso de la figura: hasta la fecha, sólo 51 empresarios se han acogido a este régimen<sup>84</sup>. España está muy lejos de los países de nuestro entorno y lo más grave es que la falta de protección de la vivienda se ha erigido en argumento de un radicalismo político que puede desestabilizar el sistema. Bien es verdad que ha tenido por base el sobreendeudamiento hipotecario, pero considero que es preciso idear fórmulas que permitan una especialización del principio de responsabilidad patrimonial universal y que la vivienda deje de ser el soporte para el acceso al crédito y se instaure un sistema que tenga por base el comportamiento crediticio para lo cual es necesario que circule la información crediticia positiva dotándose de una regulación a los ficheros de solvencia positivos. Lo decisivo para acceder al mercado crediticio no tiene que ser necesaria y exclusivamente el patrimonio del solicitante, sino también su historial crediticio. El buen comportamiento crediticio debe erigirse en criterio relevante en la concesión de crédito<sup>85</sup>.

Las bondades de la información positiva en orden a la mejora del acceso al mercado crediticio parecen haber sido asumidas por el legislador. Buena prueba de ello son las novedades introducidas en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (LFE). Sólo para el caso de que la entidad crediticia extinga el flujo de financiación a la PYME, la entidad de crédito proporcionará gratuitamente a la pyme un documento denominado «Información Financiera-PYME» basado en toda la información que hubiere recabado de ella en relación con su flujo de financiación y que se especifica en el propio precepto (art. 2 LFE). En lugar de que los bancos compartan información positiva con oficinas privadas de información crediticia (tal y como sucede en muchos ordenamientos), sólo comparte ese historial con el empresario y no en todo caso, sino en determinados supuestos tasados. De esta forma, el Gobierno protege la competencia de las entidades financieras dominantes: que no compartan información positiva de sus clientes (y sí la negativa, que es la que puede perjudicar) con «otras entidades» solo beneficia al banco y nada al cliente bancario. Creo que son necesarios cambios legales en el terreno del sistema de información crediticia, los cuales deben llevarse a cabo con base en los principios enunciados por el Banco Mundial<sup>86</sup>. Un adecuado sistema de información crediticia evitará que cualquier medida de protección del deudor<sup>87</sup> pueda tener un impacto negativo en el mismo y produzca una ralentización y encarecimiento del crédito que no es nada deseable en el contexto económico actual.

En España, queda mucho por recorrer en este terreno. Basten estas líneas que describen lo que acontece en otros ordenamientos de nuestro entorno para poner de manifiesto la práctica desprotección de la vivienda familiar en España, a pesar de los distintos instrumentos hábiles que existen.

84 <https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/2014/EstadisticaMercantil2014.pdf>

85 Un tratamiento general de esta cuestión puede verse en CUENA CASAS, M. y PRATS ALBENTOSA, L., (coordinadores) «Préstamo responsable y ficheros de solvencia», Thomson Aranzadi, 2014.

86 BANCO MUNDIAL, *General principles for credit reporting*, 2011. [http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/Credit\\_Reporting\\_text.pdf](http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/Credit_Reporting_text.pdf)

87 Más extensamente, CUENA CASAS, M., «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar», en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, coordinado por Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, L, Cizur Menor, 2014, págs. 21 y ss.