

L'assegurança de crèdit. Especial referència a la delimitació de risc¹

Ramon Morral Soldevila²

Abstract

*The notion of credit insurance in the 1980 law Ley de Contrato de Seguro (L.C.S.) (Insurance Contract) refers to insolvency insurance or to credit insurance in the strictest sense regarding the creditor's wish of protection from a debtor's insolvency, by searching for the cover of an underwriter. If the initial intention was to prevent the insolvency of the underwriters themselves, it is now concerned with the prevention of the insured's debtor's insolvency. This protection is sought in the current absence of technical mechanisms and regulations for the protection of the insured, and derives from the imposition on the underwriter of the required solvency to guarantee indemnity payments, should these arise. But control of underwriters is now regulated by the 1995 law on private insurance regulation and supervision in accordance with European Community Directives. The L.C.S. regulated an insurance contract of the insured's cover against the debtor's definitive insolvency. This contrasts with security or surety insurance, in which the risk covered is that of the insured's debtor failure to comply. Insolvency lies at the heart of credit insurance but it is difficult to determine what **insolvency** is, particularly when there is no legal definition of the term. The L.C.S. does not define it: "For insurance credit, the underwriter is obliged, within the limits established by the law and in the contract, to indemnify the insured for ultimate losses that may arise as a consequence of the definitive insolvency of his or her debtors." It refers to **definite insolvency** as a risk in the technical insurable sense without specifying what such a risk consists of and merely gives hypothetical situations. These indicate the debtor's definitive insolvency established "When the debtor has been declared bankrupt through a final judicial resolution." This raises the question of knowing whether, within bankruptcy, it is necessary also to consider a commercial debtor's other economic crises such as temporary receivership, and to include the **crisis situation** of a civil (i.e. non-commercial) debtor, with the civil creditors' meeting or bankruptcy proceedings. The L.C.S. also considers definitive insolvency established "When an agreement of **amount acquittance** [an arrangement with creditors] has been judicially approved and endorsed." Here debtor and creditors agree on a reduction of the sum owed. Also, "When a court order or writ of execution has been served, and the resulting seizure has yielded insufficient free assets to cover the payment in question." An unsuccessful execution of writ or order means that the insufficiency of the debtor's assets required to cover the amount owed is considered a loss or write-off, without judicial declaration of bankruptcy. Finally "When the policy holder and underwriter, in mutual agreement, consider the amount owed to be irrecoverable." Without denying that this rule may only infrequently be efficient, it basically complies with the function of closing and is not juridically **capricious**, but solves the difficulty in contending loss in relation to other hypothetical situations concerning the risk of definitive insolvency.*

1. Conferència pronunciada en el lliurament del VI Premi Ferran Armengol i Tubau. L'acta del jurat i les bases del premi estan publicades a l'*Anuari*, volum 15, 1999, pàgs. 25-28.

2. Professor titular de dret mercantil de la Universitat Autònoma de Barcelona.

L'assegurança terrestre

L'assegurança terrestre és una de les institucions més importants del Dret mercantil. L'afirmació ha d'entendre's en un sentit doble. Així, des d'un punt de vista econòmic, l'assegurança terrestre constitueix un instrument freqüentment utilitzat en tot tipus de transaccions, apareixent, conseqüentment, com un negoci jurídic necessari dins del sector empresarial, al cobrir un elevat nombre de riscos inherents a qualsevol activitat econòmica organitzada. D'altra banda, des del punt de vista jurídic, l'assegurança terrestre presenta tal cúmul d'implicacions jurídiques que la converteixen en objecte de constant estudi per a qualsevol especialista en la nostra disciplina.

Un instrument fonamental

L'estudi de l'assegurança de crèdit, cal situar-la, naturalment, al segon sentit indicat. Es tracta d'un instrument fonamental del tràfic, ja que permet la cobertura de les transaccions comercials que freqüentment es realitzen gràcies a la concessió de crèdit. Com diria el professor Joaquín Garrigues «vivim a base de crèdit» i, efectivament, tots, empresaris i consumidors, vivim atrapats en el crèdit³). Doncs bé, aquesta realitat resulta disciplinada, com tantes vegades succeeix, pel Dret, proporcionant als interessats l'instrument adequat per protegir la relació de confiança que comporta tot crèdit. En aquest sentit, l'assegurança de crèdit juga un paper fonamental, especialment pels empresaris, que poden enfortir les seves relacions comercials i mantenir les seves perspectives d'inversió, sense esperar o sofrir demores incompatibles amb la rapidesa del tràfic mercantil. Sentades les premises anteriors, n'hi ha prou amb indicar, de moment, que l'assegurança de crèdit cobreix el risc d'insolvència definitiva del deutor.

Una forma d'assegurament especialment recent

Dins de les diferents modalitats de l'assegurança terrestre, l'assegurança de crèdit és una forma d'assegurament especialment recent. En efecte, té un origen contemporani i obeeix, fonamentalment, a una finalitat molt específica: la protecció econòmica del creditor davant la possible insolvència del seu deutor. Es comprèn que l'assegurança de crèdit tingui, com a tipus negocial definit i autònom en el context de les diverses modalitats asseguradores, una història recent, ja que està lligada al desenvolupament de les activitats econòmica i comercial, verificada durant els últims dos segles. L'augment de l'intercanvi comercial i, en conseqüència, de les operacions a crèdit incrementen potencialment el nivell de risc assumit pels empresaris i fan necessàries fórmules d'assegurança adequades, capaces de cobrir les noves necessitats del mercat. No obstant, per a una major comprensió del fenòmen sembla necessari acudir a alguns precedents d'aquesta modalitat d'assegurança.

Així, durant la segona meitat del segle XIX apareixen les primeres companyies asseguradores del crèdit a Anglaterra, Estats Units, Alemanya i França. A Espanya, l'aparició de l'assegurança de crèdit pot situar-se a començaments del segle XX. No obstant, en general, poden trobar-se alguns precedents en segles anteriors, l'estudi dels quals permet comprendre millor la institució. Així, com ha indicat Vivante, o posteriorment Garrigues i Donati, l'assegurança de crèdit endinsa les

3. "El crédito en el derecho", a *Temas de derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978, pág. 279.

seves primeres arrels en la denominada *reprise d'assurance* o assegurança subsidiària, que es situa en el segle XVI. Consistia en una segona assegurança que pactava l'assegurador amb un altre assegurador, amb la finalitat de cobrir l'eventual insolvència del primer assegurador, pel cas de que aquest es veiés obligat a indemnitzar el dany sofert per l'assegurador. Es tractava, en definitiva, d'obtenir una cobertura davant la possible insolvència del primer assegurador. Per tant, en l'origen de la institució no és el deutor de l'assegurador l'hipotètic insolvent, sinó el propi primer assegurador. L'afirmació es comprèn fàcilment si es té en compte que, en aquell moment, els asseguradors no operaven sobre bases tècniques. És en l'actualitat quan la solvència dels asseguradors està d'alguna forma garantida per les exigències legals de solvència i la inspecció de les autoritats de control. Resulta fàcil pensar, en conseqüència, que l'assegurança subsidiària es justificu aleshores per la preocupació i desconfiança de l'assegurador cap a la solvència de l'assegurador. Naturalment, els primers precedents legals han de situar-se en relació al Dret marítim, doncs cal recordar que l'assegurança, abans que terrestre, ha estat marítima.

En aquest sentit n'hi ha prou amb recordar els precedents que es troben al *Guidon de la Mer*, cos de normes d'origen consuetudinari l'origen del qual sol situar-se a Rouen (França) l'any 1556; l'Ordenança francesa de la Marina de 1681, impulsada per Colbert. I, més a prop nostre, les *Ordenanzas del Consulado de Bilbao* de 1737.

Període codificador

Pel que fa al període codificador, destaca la regulació de les assegurances terrestres, efectuada per primera vegada en el *Codi de Comerç* de Sainz de Andino de 1829. No obstant, el règim del Codi versava, essencialment, sobre l'assegurança de transport, contemplant-se, encara, l'assegurança subsidiària a la part relativa a l'assegurança marítima (art. 852). Per tant, els antecedents de l'assegurança de crèdit segueixen vinculats a la disciplina de l'assegurança marítima.

El Codi de Comerç de 1885 continua contemplant l'assegurança subsidiària en relació a l'assegurança marítima a l'art. 749. No obstant, en matèria d'assegurança terrestre, l'art. 399, ja derogat per la Llei de Contracte d'Assegurança (LCS), reconeixia implícitament l'assegurança subsidiària. Com afirmava Garrigues «El supòsit —encara que no el nom— de l'assegurança subsidiària està previst i permès al final de l'art. 399 del C. de co.». En fi, el reconeixement exprés de l'assegurança subsidiària en el nostre Ordenament jurídic, dins de l'assegurança terrestre, es produeix només amb l'aprovació del ja derogat Reglament d'Assegurances de 1912. Al perdre vigència aquest Reglament, l'únic precepte relatiu a l'assegurança subsidiària queda ubicat a l'art. 749 C. de co., en relació a l'assegurança marítima. Ha estat la LCS de 1980 la que ha contemplat definitivament i de forma expressa l'assegurança de crèdit, a la vegada que ha derogat la disciplina de l'assegurança terrestre del Codi de Comerç. Així, l'art. 69 LCS defineix ara l'assegurança de crèdit en els termes següents: «Per l'assegurança de crèdit l'assegurador s'obliga, dins dels límits establerts en la Llei i en el contracte, a indemnitzar a l'assegurador les pèrdues finals que experimenti a conseqüència de la insolvència definitiva dels seus deutors».

Com pot observar-se, la noció d'assegurança de crèdit adoptada per la LCS es refereix a l'assegurança d'insolvència o assegurança de crèdit en sentit estRICTE. Aquesta noció és la que es

després dels antecedents històrics, on el creditor vol protegir-se de la insolvència del seu deutor i busca la cobertura d'un assegurador. Com es pot observar, si en les primeres manifestacions de la figura es pretenia prevenir la insolvència del propi assegurador, ara es tracta de prevenir la insolvència del deutor de l'assegurat. Com també s'ha avançat, aquella via de protecció es va buscar davant l'absència, en aquell moment, de mecanismes tècnics i de normes de protecció de l'assegurat derivats de la imposició a l'assegurador d'una determinada solvència que garantis el pagament de la indemnització. Com és de veure, aquesta fonamentació difícilment pot servir per a justificar actualment la figura de l'assegurança de crèdit, en la mesura en que el control de l'accés i de l'activitat dels asseguradors estan convenientment regulats a la Llei d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances Privades (LOSSP) de 1995, d'acord amb les Directives comunitàries. Acceptats els raonaments anteriors, cal analitzar l'assegurança de crèdit des de la perspectiva del deutor de l'assegurat.

Assegurança d'insolvència

D'altra banda, i d'acord amb els precedents, cal preguntar-se, des del punt de vista formal, quina expressió resulta més adequada per a referir-se a l'assegurança de la insolvència del deutor. És a dir, si és correcte adoptar l'expressió legal *assegurança de crèdit* o bé és més exacte referir-s'hi com *assegurança d'insolvència*, expressió que no es contempla a la LCS. En relació a aquest problema compartim plenament la tesi del professor Olivencia i considerem, per tant, més adient l'expressió *assegurança d'insolvència* i no la d'*assegurança de crèdit*, doncs aquesta expressió té, des del nostre punt de vista, un caràcter globalitzador que permet incloure l'assegurança de caució com a modalitat d'assegurança de crèdit.

En altres paraules, pot afirmar-se que l'assegurança d'insolvència i la de caució són classes o modalitats de l'assegurança de crèdit. Nogensmenys, la LCS no ha adoptat aquest criteri proposat a l'Avantprojecte, per la qual cosa va ésser criticat. En aquest sentit és coneguda la frase del professor Olivencia quan afirma que «contraposar l'assegurança de caució a l'assegurança de crèdit és contraposar la part al tot». Malgrat tot, utilitzarem l'expressió *assegurança de crèdit*, donat que és la que utilitza la LCS.

Cobertura de l'assegurat

L'assegurança de crèdit està regulada als arts. 69 a 72 LCS, constitutius de la Secció 7^a del seu Títol II "Assegurances contra danys." Es tracta dels únics preceptes que, des del punt de vista privat, regulen l'assegurança de crèdit i són, en aquesta mesura, del nostre interès.

Sota l'expressió *assegurança de crèdit*, la LCS ha regulat, per primera vegada, una modalitat de contracte d'assegurança caracteritzada per la cobertura de l'assegurat davant la insolvència definitiva del seu deutor. El que contrasta clarament amb l'assegurança de caució, on el risc cobert és l'incompliment del deutor del propi assegurat. Caució i crèdit van units per l'objecte de protecció al que es refereixen però van, netament separats, per la classe de risc del que protegeixen: l'incompliment en un cas i la insolvència definitiva en l'altre.

En aquest sentit, l'aproximació jurídica a la noció d'assegurança de crèdit passa per la distinció respecte d'altres figures jurídiques, que compleixen una funció similar de protecció del crèdit i que no han de confondre's amb la que ara ens ocupa. Algunes d'aquestes institucions tenen naturalesa asseguradora i altres no. Així, principalment, ha de distingir-se entre l'assegurança de crèdit i l'assegurança de caució. Entre d'altres, les diferències rauen essencialment en el tipus de risc a que ambdues assegurances es refereixen —insolvència definitiva i incompliment, respectivament—, però també poden mencionar-se els diferents elements personals integrants de cada contracte (assegurador, assegurat i prenedor) que, per regla general, operen de forma diferent, o bé, la forma d'emetre's la pòlissa, que a l'assegurança de crèdit serà habitualment mitjançant pòlisses d'abonament o flotants i no de forma individualitzada, encara que jurídicament també sigui possible fer-ho així.

En relació a altres figures pròpies de l'assegurança, també pot distingir-se l'assegurança de crèdit, la reassegurança i l'assegurança subsidiària, encara que aquesta modalitat hagi quedat reservada exclusivament per a l'assegurança marítima. En el primer cas, (reassegurança, art. 77 LCS) el contracte té per finalitat protegir a l'assegurador (reassegurat) de l'eventualitat d'haver de realitzar la prestació pactada a l'assegurat en cas de sinistre. Per tant, es tracta d'una modalitat d'assegurança estranya a l'esfera jurídica de l'assegurat. En el segon cas (assegurança subsidiària, art. 749 C. de co.), el risc de la falta de *cobrança* és respecte de l'assegurador i no d'un tercer deutor de l'assegurat. A més, ha de recordar-se que aquesta modalitat d'assegurança ha quedat localitzada exclusivament a l'àmbit de l'assegurança marítima.

Finalment, també cal recordar que, dins el ventall d'institucions alienes a l'assegurança, també existeixen diferències substancials entre l'assegurança de crèdit i el *factoring*, la fiança, l'aval i la comissió de garantia. Algunes d'aquestes institucions compleixen, a més, una funció pròpia de garantia en el sentit més estricte, que no és predicable de l'assegurança de crèdit.

L'insolvència definitiva

En fi, convé insistir en que la insolvència definitiva centra l'essència de l'assegurança de crèdit. La insolvència definitiva, com a risc de l'assegurança de crèdit, i més genèricament, com incident sofert pel deutor, que l'impedeix complir amb el seu creditor, constitueix un element distorsionador del comerç al dificultar la fluidesa i la seguretat de les transaccions comercials. Això no impedeix considerar el crèdit com un element inherent al tràfic mercantil. En realitat, pot afirmar-se sense reserva que el crèdit constitueix un dels mecanismes més importants de l'economia. No obstant, malgrat que el crèdit és confiança, succeeix que el deutor pot trobar-se incapacitat per complir la seva obligació creditícia. Aquesta incapacitat o impotència patrimonial es manifesta per la seva insolvència, que pot ésser conseqüència de l'atzar de l'activitat econòmica o de qualsevol altra causa vinculada a la situació de crisi de l'empresa. En aquest context de risc empresarial és on cap situar l'assegurança de crèdit, que permet aminorar el dany que repercuteix en el patrimoni del creditor.

Ara bé, conceptualment parlant, el risc d'insolvència definitiva no ha de medir-se categòrica-

ment. Una de les majors dificultats consisteix en averiguar què ha d'entendre's per *insolvència*. Es tracta d'una expressió de difícil precisió dogmàtica, però que, a efectes del present estudi, és ineludible. En aquest sentit, la LCS ha optat pel mecanisme de precisar en el context de l'assegurança de crèdit què ha d'entendre's per *insolvència* (*rectius*, *insolvència definitiva*) i no recórrer al més incòmode i arriscat expedient de la definició.

Supòsits d'insolvència definitiva

En efecte, la LCS no defineix què ha d'entendre's per *insolvència*. En realitat, la LCS, quan defineix l'assegurança de crèdit (art. 69), es refereix a la *insolvència definitiva* com a risc característic d'aquest tipus d'assegurança. És a dir, s'aludeix a la *insolvència definitiva* com a risc en sentit tècnic asseguratiu, sense especificar en què consisteix.

La LCS estableix un catàleg de supòsits en base als que considera que existeix la *insolvència definitiva* als efectes d'entendre verificat el sinistre, sense entrar en ulteriors consideracions. Malgrat que els casos on es considera que hi ha *insolvència definitiva* pot ser que no coincideixin amb una hipotètica definició, no és menys cert que d'aquesta manera s'eviten els problemes plantejats per saber si hi ha *insolvència definitiva* en supòsits que podrien resultar dubtosos. Així, per exemple, la simple manca de pagament al venciment de l'obligació pot ésser deguda a la *insolvència definitiva* del deutor, però no ha descartar-se que sigui deguda a altres circumstàncies ben diferents com la del simple retard, la confusió en la data de venciment o la falta de liquidesa transitòria. Per tot això, l'art. 70 LCS adopta la solució de considerar que existeix *insolvència definitiva* en determinats supòsits, dessintint de qualsevol intent de definició abstracta. Naturalment, tampoc s'ha de pensar que aquesta solució estigui exempta de problemes, doncs requereix saber en cada cas si s'ha donat la hipòtesi que descriu el precepte. Però, en qualsevol cas, s'ha de pensar que facilita la identificació del risc o, com ha afirmat Donati, d'aquesta manera s'eviten els litigis.

La pràctica de les pòlisses

Així, doncs, analitzar el risc d'*insolvència definitiva* a l'assegurança de crèdit implica partir de la noció positivitzada a la LCS el que, naturalment, comporta centrar-se en els supòsits contemplats específicament. En aquest sentit, les pòlisses emprades a la pràctica recullen habitualment el contingut de l'art. 70 LCS sense afegir altres hipotètics supòsits de risc d'*insolvència definitiva*. No obstant, a la llum de les noves disposicions de la LCS introduïdes per la LOSSP de 1995, es planteja la qüestió de saber si les parts poden alterar el contingut de l'art. 70 LCS afegint o suprimint els supòsits d'*insolvència definitiva* d'acord amb el principi de llibertat de pactes. En altres paraules, es planteja el problema de si les disposicions reguladores de l'assegurança de crèdit tenen caràcter imperatiu o dispositiu. Especialment, si es té en compte que dels arts. 44.2 i 107.2 b) LCS es desprèn la no imperativitat del règim de l'assegurança de crèdit quan el prenedor exerceix a títol professional una activitat comercial o liberal. Al nostre entendre, encara que en aquest cas les disposicions perdin el caràcter imperatiu, entenem que no podran alterar-se els riscos assegurats quan es desnaturalitzi l'essència del contracte.

Declaració de fallida

Entrant en el contingut de la Llei, l'art. 70 senyala que es reputarà existent la insolvència definitiva del deutor «Quan hagi estat declarat en fallida mitjançant una resolució judicial ferma». Aquesta primera hipòtesi planteja una sèrie de qüestions que es centren en saber si, dins de la noció de fallida, hi cap considerar igualment altres situacions de crisi econòmica del deutor comerciant com la suspensió de pagaments i, si hi cap incloure la situació de crisi del deutor civil, és a dir, l'anomenat concurs civil de creditors.

Pel que fa a la primera de les qüestions plantejades, entenem que si bé és cert que una suspensió de pagaments pot acabar en un procediment consecutiu de fallida, fracassat l'expedient de suspensió de pagaments, i que, freqüentment, darrera de la suspensió de pagaments s'hi amaga una situació de desbalanç, sembla més lògic entendre que, des del punt de vista conceptual, estem en presència d'institucions diferents, a las que el legislador ha dotat d'un règim jurídic diferent. Encara que no pot negar-se que, en aquest cas, també estem en presència d'una institució concursal, els requisits i els efectes són diferents als de la fallida. Així, doncs, el legislador s'ha referit exclusivament a la fallida i amb aquesta referència directa i taxativa sembla que ha exclòs la suspensió de pagaments. En cas contrari, pensem que s'hauria adoptat una expressió comuna, globalitzadora d'ambdues situacions de crisi.

El segon problema plantejat consisteix en saber si cap estendre el risc assecurable a l'assegurança de crèdit al supòsit de concurs civil de creditors. El Projecte de LCS havia contemplat com a primer supòsit d'insolvència definitiva quan el deutor hagués «estat sotmès a procediment concursal». D'acord amb aquesta redacció podria sostenir-se la inclusió del concurs de creditors, però el legislador ha preferit referir-se de forma excloent a la fallida. No obstant, la doctrina (Olivencia) estima que, malgrat això, el precepte ha d'interpretar-se de forma extensiva, incloent-hi el concurs civil de creditors. Des del nostre punt de vista, en una primera aproximació al tema sembla que el legislador ha exclòs qualsevol possibilitat d'incloure altres classes de concurs que no sigui específicament la fallida. No obstant, existeixen tres arguments en favor de l'extensió al deutor civil del primer supòsit de l'art. 70. En primer lloc, l'assegurança de crèdit no és una institució on s'exigeixi que el deutor de l'assegurat sigui un empresari. En la majoria de casos, assegurat i deutor seran empresaris, i el risc assegurat freqüentment sorgirà de la compravenda mercantil. Però això no impedeix que el deutor sigui un no empresari. Per tant, una interpretació adequada del precepte ha d'estimar aquesta possibilitat i pensar que una persona no empresari no pot estar jurídicament en fallida, sinó en concurs. En segon lloc, s'ha de tenir en compte que referir-se a la fallida és incidir en una institució comparable al concurs civil i des d'aquesta perspectiva no veiem una raó per excloure-la, ja que el deutor també es troba en una situació d'impotència patrimonial per complir amb els seus creditors. En tercer lloc, també ha de tenir-se en compte que una interpretació en el sentit indicat és beneficiosa per a l'assegurat. En conseqüència, sembla adequat interpretar ampliament el precepte en qüestió incloent com a risc d'insolvència definitiva el concurs civil de creditors. A més, cal recordar que en aquesta mateixa direcció es centra la desitjada reforma del Dret concursal.

La LCS també considera existent la insolvència definitiva «Quan hagi estat aprovat judicialment un conveni en el que s'estableixi un quitament de l'import». Es fa referència als supòsits en els que el deutor i els creditors acorden una rebaixa dels crèdits.

En primer lloc, cal destacar que la norma es refereix a un conveni de quitament. L'observació no és intrascendent. Parlar de quitament és referir-se, en principi, a un dels possibles continguts del conveni aprovat en un procediment de suspensió de pagaments però, a més, a la institució civil de quitament i espera. Si resulta que el conveni judicial de quitament és, als efectes de l'assegurança, risc d'insolvència definitiva, ha d'entendre's que el conveni a que es refereix l'article és el pactat pel comerciant o deutor civil amb els seus creditors, ja que tots dos tenen possibilitat de fer-ho en els respectius procediments concursals. Tanmateix, des del nostre punt de vista, quan l'art. 70.2 LCS menciona el conveni judicial de quitament s'ha d'entendre referit a les situacions en que això és possible. Així doncs, tant en relació a les crisis concursals dels empresaris com dels no empresaris, el que no exclou la fallida ni el concurs civil.

D'altra banda, el precepte analitzat es refereix al conveni judicial de quitament sense precisar si és necessari que sigui ferm. A diferència del que succeeix en el primer paràgraf amb la resolució judicial ferma de fallida, en el present cas el legislador ha optat pel silenci. Sostenir que no és necessari que el conveni sigui ferm per afirmar el sinistre i, en conseqüència, reclamar la indemnització pot considerar-se jurídicament correcte donat que el precepte no indica el contrari, a més de que sempre serà possible afirmar que es tracta d'una interpretació favorable a l'assegurat. No obstant, aquesta afirmació té alguns inconvenients. En efecte, cal pensar en la impugnació del conveni de quitament. Si es produeix existeixen dues possibilitats. Una, que no prosperi. Amb el qual el conveni de quitament pactat, homologat ja judicialment, serà ferm de manera invariable. L'altra, que fruit de l'oposició, el conveni que en principi era de quitament acabi, per voluntat de les parts, en un conveni dilatori o d'espera. Davant d'aquesta situació considerar que abans de l'oposició al conveni el sinistre ja va succeir pot produir un efecte inadequat entre les parts. Per això, i d'acord amb un postulat de seguretat jurídica, és més raonable exigir que el conveni de quitament sigui ferm per poder afirmar definitivament el sinistre.

Crisi econòmica

El penúltim supòsit d'insolvència definitiva de l'art. 70 LCS es refereix a una situació pròxima al de la crisi econòmica de l'empresari o del deutor civil. Es contempla a l'art. 70.3 LCS i, en concret, considera risc d'insolvència definitiva del deutor «Quan s'hagi despatxat manament d'execució o constrenyiment, sense que de l'embarg resultin béns lliures bastants pel pagament». Es tracta d'un supòsit d'execució infructuosa. En aquest cas, la manca de béns del deutor per a la satisfacció del crèdit és considerat sinistre, sense necessitat de que es sol·liciti i obtingui la declaració judicial de fallida. No obstant, existeixen algunes qüestions que no queden resoltes amb la lectura de l'enunciat legal.

Segons el nostre parer, la Llei tutela aquells casos en que el constrenyiment efectuat sobre el patrimoni del deutor és negatiu, amb independència de qui el faci. Però, a més, entenem que la

Llei també vol que no quedin béns lliures pendents d'embarg i execució o, si més no, que no siguin coneguts per l'assegurador. En cas contrari, qualsevol execució d'un crèdit sense resultat seria considerat com sinistre, el que podria comportar abusos en un contracte on ha d'imperar la bona fe. Pensis, per exemple, un supòsit en el que l'assegurador que no ha intervingut en l'execució coneix altres béns apart del executats o bé que encara que hagi intervingut a l'execució no vol procedir contra altres béns que coneix i prefereix reclamar la indemnització alegant l'execució infructuosa de la seva acció contra el patrimoni del deutor, coneixent l'existència dels béns.

Naturalment, el problema rau en saber si el deutor té més béns apart dels executats, ja que en aquest cas entenem que no ha tingut lloc el sinistre. La qüestió de difícil solució és, no obstant, fàcil de produir-se a la pràctica. En efecte, el creditor té a les seves mans un títol executiu i no sap contra quin patrimoni ha de dirigir-se. Si això és així, entenem que ha d'afirmar-se el sinistre i procedir-se a la liquidació de la indemnització, tret de que l'assegurador pugui indicar a l'assegurador l'existència d'altres béns del deutor. En aquest cas pensem que l'assegurador, en virtut de les facultats que li confereix la LCS, i especialment els arts. 43 i 72, haurà de procedir a la reclamació del crèdit al deutor, sense reclamar res a l'assegurador donat que el sinistre ja va succeir. Des del nostre punt de vista, aquesta solució es justifica en base a la bona fe que ha d'imperar en el contracte d'assegurança (*uberrima bona fidei*), doncs contràriament l'assegurador sempre tindria al seu favor la clau de la indemnització sota l'excusa de la hipotètica existència de més béns del deutor, en perjudici de l'assegurador.

Crèdit incobrable

L'última hipòtesi que configura la LCS com a insolvència definitiva apareix «Quan l'assegurador i l'assegurador, de comú acord, consideren que el crèdit resulta incobrable».

Sense negar l'eficàcia infreqüent que pot tenir la norma, no és menys cert que compleix bàsicament una funció de tancament. Però, això no significa un recurs jurídicament capriciós, sinó més aviat una solució a la dificultat que eventualment pugui existir per afirmar el sinistre en relació als demés supòsits de risc d'insolvència definitiva de l'art. 70 LCS. Cal pensar en un supòsit de declaració ferma de suspensió de pagaments, en una insolvència no declarada judicialment o en un conveni dilatori en un procediment concursal civil de quitament i espera. En tots aquests supòsits, no reconeguts legalment com a risc d'insolvència definitiva i tret de que les parts ho hagin pactat a la pòlissa, l'assegurador i l'assegurador no poden acordar l'existència del sinistre. No obstant, poden recórrer a la via de l'art. 70.4 LCS, que els permet reconèixer el sinistre sense més dilacions.

En conseqüència, en sentit estricte, l'art. 70.4 LCS no constitueix, al nostre parer, una vàlvula d'escapament a fi efecte de que les parts puguin considerar com sinistre qualsevol circumstància, per allunyada que sigui, del problema de la insolvència definitiva. Per exemple, per morositat del deutor. Tècnicament és possible, però legalment el sinistre no serà la morositat, sinó més aviat l'acord entre l'assegurador i l'assegurador. El precepte té el seu propi fonament, el que comporta que, fora dels supòsits en que pot ser eficaç, es fa difícil pensar que les parts, i en concret l'assegurador, arribaran a un acord considerant el crèdit incobrable i, en conseqüència, afirmant el sinistre.

Insolvència provisional

Finalment, juntament amb la insolvència definitiva cal referir-se a la insolvència provisional, que es desprèn de l'últim paràgraf de l'art. 70 LCS. Aquest precepte no utilitza l'expressió *insolvència provisional*, emprada per la doctrina i la pràctica dels formularis, sinó que fa referència a un pagament de caràcter provisional quan es donin determinades circumstàncies. Al produir-se un retard perllongat en el pagament del crèdit es parla d'insolvència provisional del deutor. Però el cert és que ni existeix una situació jurídica d'insolvència, ni s'ha realitzat el risc, ni el pagament té naturalesa indemnitzatòria. La insolvència que permet obtenir la indemnització és la insolvència definitiva, que és la única classe de risc que es contempla a l'assegurança de crèdit i on els supòsits són els de l'art. 70 LCS. La insolvència provisional no és risc de l'assegurança de crèdit, i el seu significat tampoc apareix en la regulació d'aquesta disciplina. I el pagament provisional només és una quantitat a compte d'una possible indemnització, si es realitza el risc. No es tracta, en conseqüència, d'indemnització alguna perquè no ha tingut lloc el sinistre, propi de la insolvència definitiva. Només, davant l'existència de determinades circumstàncies, es concedeix un anticip. Es tracta d'un mecanisme que s'acosta més a l'assegurança de caució que a l'assegurança de crèdit, ja que es produeix un pagament que és més a prop de l'incompliment que de la insolvència definitiva.

Per tot això, sembla molt més correcte referir-se al pagament o abonament provisional, expressió que sí pot trobar-se a l'últim paràgraf de l'art. 70 i no a la insolvència provisional que, a més de no utilitzar-se a l'articulat de la Llei, es presta a confusions innecessàries que convé evitar.