

XXXIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado

La Legislación Concursal: respuestas jurídicas para una crisis

Madrid, 23 y 24 de noviembre de 2011

Sr. D. Mario Garcés Sanagustín

Actualmente Subsecretario de Fomento y Comisionado del Gobierno para las actuaciones derivadas del terremoto de Lorca. En el momento de la exposición era Consejero de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón. Interventor e Inspector de Hacienda.

CONCURSO Y DERECHO PRESUPUESTARIO

Quiero en primer lugar agradecer a la Abogacía General del Estado su invitación a participar en estas jornadas sobre "*La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*", para mí es un honor y un privilegio participar en este foro tan profesional y brillante.

El Derecho Concursal es un derecho fundamentalmente Privado, ello no obstante tiene cierta influencia y proyección desde el punto de vista del Derecho Público, y es lo que realmente nos interesa analizar, pues los participantes de esta jornada nos dedicamos más a la aplicación del Derecho Público, sin olvidarnos nunca que este Derecho Concursal emana de las fuentes del Derecho Privado.

A lo largo de la ponencia voy a poner de manifiesto una circunstancia que va a ser probablemente un problema de primera magnitud en los próximos meses, está ligado al concurso y al sector público de España, y es el caso de las empresas públicas españolas. Creo que es un tema trascendental y crítico, dado que ahora mismo la mayor parte de las empresas públicas del sector público español, sobre todo del sector público autonómico y del sector público local, están en un situación manifiesta de concurso y, sin embargo no tenemos una fórmula adecuada para abordar esta situación. Si utilizamos el instrumento tradicional, la cobertura clásica, que es la Ley Concursal, comprobaremos que estamos desabastecidos de los instrumentos pertinentes y más en estos momentos de crisis. Por eso voy a enfocar la ponencia desde la perspectiva de qué posición tiene

la administración frente a los concursos, y desde esa perspectiva qué es lo que se puede hacer.

Las Administraciones Públicas tienen una fuerte presencia en el Derecho Concursal ya que pueden intervenir en tres posiciones: en concepto de administradores concursales, en concepto de acreedoras, o en concepto de guardianes del interés público. Sin embargo, la única posición que no pueden adoptar es la de ser sujeto pasivo del concurso, por mor del artículo 1.3 de la Ley Concursal que establece expresamente que *"No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público"*.

La razón que se desprende de su exclusión como sujeto pasivo del concurso radica en que las Administraciones Públicas persiguen siempre fines de interés general (artículo 103 CE), por lo que en base al principio de inmunidad de ejecución del Tesoro Público (artículo 30.2.1 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas y 23.1 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria), las Administraciones Públicas no son susceptibles de ser objeto de un procedimiento de ejecución singular que afecte a bienes demaniales, comunales y bienes patrimoniales afectos a un uso o servicio público, y en consecuencia, tampoco pueden serlo de un procedimiento de ejecución colectiva, ni devendrán nunca en una situación de insolvencia. En consecuencia nunca pueden ser sujetos pasivos de un proceso concursal, ya que el servicio al interés general es incompatible con el interés particular inherente a un procedimiento de ejecución -la doctrina mercantilista representada Bercovitz y Sánchez Calero han mantenido esta posición-.

Por lo expuesto, nunca un ente que actúe con sometimiento al Derecho Público puede ser sujeto pasivo de un proceso concursal. Pero ahora bien, nos encontramos con el tema de las empresas públicas, que a mí me suscita en estos últimos tiempos no escasas dudas e inquietudes. Y es que no se puede justificar que una empresa pública no pueda ser sujeto pasivo del concurso porque está sujeta a fines de interés general, dado que nos encontramos en muchas ocasiones que estas empresas públicas son entes que persiguen fines de interés particular o privado revestidas de forma jurídico-pública, escapando del estricto sometimiento del Derecho Privado. Y choca cuando son muchas de estas empresas públicas las que están llevando con su bancarrota a un desastre en la deuda, cuentas, y

presupuesto de la Administración Pública en la que se encuentran incardinadas.

La doctrina mercantilista considera que los organismos autónomos están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Concursal. Aquí empiezo a tener ya mis primeras dudas. En primer lugar, que un organismo autónomo está excluido de la Ley Concursal es algo evidente, pero que una entidad pública empresarial que actúa sujeto a Derecho privado, más allá de lo que diga la Disposición Adicional 12ª de la LOFAGE, deberíamos empezar a cuestionarnos, desde el punto de vista funcional, si tiene o no que estar excluida del ámbito de aplicación de la legislación concursal.

El problema fundamentalmente está en las sociedades mercantiles y en las fundaciones. Si bien el artículo 1.3 de la Ley Concursal no cita en su ámbito subjetivo a las sociedades mercantiles y fundaciones públicas como sujetos pasivos del Derecho Concursal, sin embargo sí que pueden ser declaradas en concurso, dado que se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación (Disposición Adicional 12 de la LOFAGE y artículo 46.7 de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones). Si vamos a una interpretación literal, no funcional, de la LOFAGE, evidentemente están sujetas a Derecho Mercantil, y si están sujetas a Derecho Mercantil aplico Ley Concursal, y en consecuencia se aplica íntegramente el Derecho Privado. Todo ello con independencia de si esa sociedad desempeña o no una función de prestación de un servicio de interés público. Si bien es cierto que hay sociedades que manifiestamente lo que desarrollan, son funciones que imbrican directamente con competencias que corresponden a la Administración General, por ejemplo, una sociedad de aguas de un ayuntamiento está claro que lo que gestiona es en términos de prolongación instrumental, lo que está haciendo es gestionar un servicio público reconocido en la Ley de Bases de Régimen Local. Por tanto, la mera forma jurídica en base societaria de una entidad ¿supone sustraer del ámbito de aplicación de las reglas generales del Derecho Presupuestario a esa entidad?, ¿nos vamos a una regla estrictamente nominal o nos tenemos que ir a un criterio funcional? Considero que los Juzgados de lo Mercantil no lo han valorado y han entrado todos directamente por considerar que si son sociedades mercantiles, de carácter público, todas están cubiertas por el

paraguas de la Ley Concursal, y creo que aquí hay algo que falla en el razonamiento.

Y esto es así, incluso si utilizamos el Derecho anglosajón, que tiene una cláusula de garantía implícita, es el "implicit government warranty", que viene a decir que la administración americana no tiene la obligación de capitalizar a sociedades que están en grave situación de desequilibrio económico patrimonial, pero que se reserva legalmente la posibilidad de poder atender en estos casos los desfases presupuestarios que se puedan producir. En el caso español ¿dónde está el problema? Que al final el concepto de interés público, en el ámbito concursal, al menos, parece que parte de un principio decisionista, qué es interés público y qué no es interés público. ¡Cuidado!, que no estamos aquí en los márgenes del Derecho Comunitario de la contratación pública, y os voy a poner dos casos. Mirad, a principio de años, Boletín Oficial del Estado, 5 de enero del año 2011, la empresa pública Agua de los Verdiales, que es una entidad que gestiona el suministro de agua en las poblaciones ubicadas al sur del Torcal en Málaga, entra en concurso a petición de ENDESA. El Juzgado de lo Mercantil lo admite a trámite, pero fijaros que estamos hablando de una sociedad que gestiona un servicio público, y que en este caso le ha parecido que, al amparo de la Disposición Adicional 12º de la LOFAGE, desde luego tiene cobertura para considerar que es Derecho Mercantil y que se aplica directamente las reglas del Derecho Concursal. Y hay otro caso en Andalucía muy reciente, 27 de septiembre del año 2011, Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, en el que la empresa pública Circuito de Jerez, entra en concurso voluntario.

Por tanto, fijaos que los dos casos son completamente diferentes. El Circuito de Jerez no es una organización pública que preste un servicio de interés público en el concepto tradicional, en el concepto medular del Derecho Comunitario y el Derecho Nacional. Podría no existir perfectamente, es más, yo podría decir que si el circuito de Jerez quiebra ¿yo tengo alguna obligación legal de inyectar capital al circuito? Ninguna, puedo tener una razón de contingencia política, pero no existe una obligación jurídica porque no es una competencia que materialmente tenga que ejercer al abrigo de alguna norma de Derecho Público y al abrigo de ninguna doctrina comunitaria, en cambio una sociedad de aguas sí. Por tanto, aquí intentaría construir una doctrina en términos funcionales. Allí donde una sociedad mercantil es una mera prolongación instrumental u

orgánica de una actividad donde se está prestando un servicio de interés público que apliquen las reglas generales del Derecho Público, ahí donde estamos ante una sociedad que actúa en un mercado imperfecto, pero donde yo no tengo la obligación jurídico material de inyectar capital para sanear esa entidad, aquí no persigue ningún fin de interés público. Es decir, eso no es un fin de interés general, será un fin de interés social, y desde luego no tiene nada que ver con el prurito de gestión de los intereses públicos ni de los intereses generales. Pero, claro, hablamos de contratación pública, pero ese concepto no se ha acuñado ni se ha gestado en el ámbito del Derecho Mercantil, en el ámbito del Derecho del concurso, y entonces por eso algún autor ha venido a decir, en concreto Jiménez Blanco, que el concepto precisamente de interés es hábil, es completamente evanescente, y que va a depender caso por caso de lo queramos que sea interés público o no. Y que por eso al fin y al cabo estamos en el ámbito del puro decisionismo.

Acabo, ¿dónde está el contra paradigma? En Estados Unidos. En Estados Unidos el Acta que regula el Derecho Concursal norteamericano prevé la posibilidad, siempre que los Estados Federados no contengan una previsión en contrario, de que las municipalities puedan entrar en concurso. Incluso en Alemania los propios Länder pueden entrar siempre que no haya una previsión en contrario. Y España, ¿qué? Pues ésa es la última reflexión, España atraviesa una situación crítica, crítica desde el punto de vista económico, España está plagada de todo tipo de protuberancias mercantiles, algunas nacidas al pario de la inquietudes políticas de determinadas formaciones, que han considerado que aquí teníamos capacidad omnímoda para poder crear todo tipo de sociedades, de entidades, fundaciones, el problema es que esas sociedades no tienen capacidad para generar ingresos, y que las comunidades autónomas y las entidades locales no van a destinar recursos más allá de los necesarios para poder capitalizar esas sociedades.

Lo cierto que la situación va a ser crítica, si el año que viene crecemos al 0,5%. Simplemente os dejo con esa reflexión, a lo mejor habría que plantearse instrumentos específicos de concurso para las empresas públicas. A lo mejor la Ley Concursal no es el aparato suficiente y adecuado para el concurso de las empresas públicas, y tendríamos que adaptarlo mediante sistemas de intervención y administración concursal, ligados a algunos órganos de la propia administración.

Concluyo con una cita, si alguien quiere saber algo de literatura y concurso vayan a Balzac. Balzac que era un magnífico empresario tuvo muchísimos problemas pues todas las empresas que constituía quebraban, y cuando quebraba se dedicaba a escribir novelas, en Eugenia Grande y en la Mujer Superior habla de las quiebras y de los concursos, pero hay dos que habla expresamente de ello y es el objeto fundamental, que son César Birotheau e Ilusiones Perdidas, y en Ilusiones Perdidas dice sobre los concursos, en este desastre, en el que se grita el sálvame quien pueda, todo es ilegal y legal, falso y verdadero, honrado y fraudulento. Cuando antes decías, ¿a quién beneficia un concurso?, probablemente habría que consultárselo a Balzac, porque todo es honrado y todo deshonorado a la vez.

Muchas gracias y quedo a vuestra disposición para el debate.