

**CONFERENCIA**  
**«Reflexiones de Derecho Administrativo Económico**  
**sobre concurso y segunda oportunidad»**

Mesa redonda: «Derecho Administrativo y concurso»

XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado

“La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis”

**I.- Introducción.-** En la Disposición Adicional Única de la Ley 38/2011, de reforma concursal, de 10 de octubre, se dispone:

*El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.*

*Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza.*

Esta escueta referencia, junto con algunas especialidades del procedimiento abreviado, abre el camino a la posible introducción en nuestro derecho concursal de unas efectivas directrices de “segunda oportunidad”.

Dentro del campo definido por el título de la mesa redonda (Derecho Administrativo y Concurso), deseo abordar esta materia con enfoque distinto al de las otras ponencias. Cómo el derecho administrativo ó el derecho público económico debe intervenir en la configuración de este tipo de “medidas” para el cumplimiento de los fines de interés general o de servicio público que concurren con los propios del derecho concursal. En particular en uno de los objetivos o finalidades que el derecho concursal debiera tener, como

son las políticas de segunda oportunidad. Esto es, que instrumentos tiene el derecho administrativo para regular o sostener ese marco legal o potenciar estas políticas de segunda oportunidad.

**II.- Noción de Segunda oportunidad.** Dentro de la configuración del derecho concursal, la mención a las políticas de segunda oportunidad vienen referidas a aquellos mecanismos o instituciones que buscan que los concursados “honestos”, luego de un procedimiento concursal (preferiblemente breve), puedan volver a una efectiva participación en el tráfico jurídico en condiciones de igualdad con los restantes intervinientes en el mismo<sup>1</sup>.

Ahora bien, dentro de esta noción general, las políticas de segunda oportunidad suelen responder a un elemento subjetivo más limitado. Esencialmente vienen referidas a las personas naturales, ya sea en su condición de consumidores o de empresarios o profesionales.

**2.1.-** Para ello se parte de constatar como, en los supuestos de liquidación, en el caso de las personas jurídicas la extinción de esta supone, en la práctica, la simultánea extinción de los derechos de crédito que no hayan sido satisfechos. Así, siempre que no exista una responsabilidad de los administradores sociales, se produce un efecto de “exoneración de deudas residuales” que constituye un elemento esencial para que los integrantes de la persona jurídica continúen participando en el tráfico jurídico.

A través de este tipo de políticas, se trata de valorar en que condiciones este efecto jurídico es trasladable a las personas naturales<sup>2</sup>, sin imponer la creación de una forma jurídica intermedia<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Para una visión más completa, me remito al análisis del apartado relativo a la Exoneración de las deudas residuales cuando el deudor sea persona física recogido en el Apartado VI, (páginas 331 y ss) de la Guía legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de 2004 que fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en lo sucesivo la Guía UNCITRAL. La guía está disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html).

<sup>2</sup> Sobre los distintos criterios para la aplicación a las personas naturales, me remito al Apartado VI, punto 1.b/ (páginas 331 y ss) de la Guía UNCITRAL (ya citada).

No obstante, estas políticas de segunda oportunidad no solo se fundan en la existencia de una exoneración de las deudas residuales. También son indispensables el conjunto de medidas que permiten que pueda desarrollarse una posterior puesta en funcionamiento (un nuevo comienzo) en condiciones similares o iguales a los restantes operadores del mercado. En este punto, son de destacar la supresión o reducción de las prohibiciones o restricciones vinculadas a la declaración de concurso; o la regulación que permita un efectivo acceso a la contratación pública, las subvenciones o las condiciones de acceso al crédito.

**2.2.-** Estas políticas deberían tener un lógico acomodo en el sistema de nuestra ley concursal, en la medida en que se asienta sobre el principio de unidad subjetiva (art 1.1.) además del de sistema y legal<sup>4</sup>. Pese a este pronunciamiento general, la aplicación práctica desmiente la existencia de un principio de unidad subjetiva efectivo o real. Así se comprueba por el tipo de deudores que lo emplean, y su comparación con el número de empresarios o deudores personas naturales que operan en el tráfico<sup>5</sup>; en la complejidad y costes del

---

3 Un intento previo de trasladar este efecto a los pequeños y medianos empresarios está en la base de las Sociedades de Capital Nueva empresa, previstas en la Ley 7/2003 de 1 de abril; o en la actualidad como modalidad de la sociedad de responsabilidad limitada en los artículos 434 y ss del RDL 1/2010 de 2 de julio. Parten de un régimen propio de las sociedades de capital, aunque simplificado o más flexible destinado a recoger la actividad económica de las pyme's o profesionales. Flexibilidad que se destina a mantener las condiciones propios del carácter individual del empresario, como el mantenimiento obligatorio del nombre y apellidos en la denominación social, el carácter unipersonal desde el inicio de la constitución de la sociedad, o que solo puedan ser socios las personas físicas. No obstante, el escaso uso de esta forma jurídica no ha permitido la extensión de este efecto. Sobre todo, en la medida en que la práctica del acceso de este tipo de sociedades al crédito suele venir acompañada de exigencias de garantías personales de entidades de crédito o financiadores a los propios socios, pese a contar con una forma social.

4 Sobre los distintos sistemas concursales y los deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia, me remito al Apartado I.A.1 (páginas 46 y ss) de la Guía legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de 2004 (ya citada). No se discute la bondad de estos distintos sistemas, pero es denunciante que nuestro sistema concursal que se funda en la unidad subjetiva y de sistema, presente una serie de ineficiencias para tratar y resolver la situación de los deudores personas naturales.

5 La posición de la persona física empresario en nuestra economía es muy elevada, ya que representa un 54% respecto del total de empresas. Porcentaje que notablemente mayor en las microempresas (de 0 hasta 10 trabajadores). Por su parte, el nivel de endeudamiento de los hogares es también muy elevado según los datos del Boletín Trimestral del Banco España.

Frente a estos datos, es significativo el muy reducido número de concursos de personas físicas, sean o no empresarios, que se presentan en España, respecto del ya escaso número de concursos que se han presentado en los últimos cuatro años y el elevado nivel de endeudamiento visto.

desarrollo del proceso concursal y en los esquemas convencionales de solución, fundado en la viabilidad empresarial, que son o incompatibles o de muy difícil aplicación para las personas naturales<sup>6</sup>.

Así, para las personas físicas NO empresarias:

Años	Nº total de concurso	Concursos de PF NO empresaria	%
2011(3T)	5063	749	14,7936006
2010	5803	905	15,5231561
2009	6197	1022	16,4918508
2008	2902	374	12,8876637
2007	976	96	9,8360655
2006	906	53	5,8498896
2005	1001	74	7,3926073

A lo que se puede añadir que un nutrido grupo de estos supuestos son concursos “vinculados” a una actividad empresarial, bien de personas físicas administradores bien de sus cónyuges o de personas vinculadas que tratan de paliar las acciones ejecutivas derivadas de fianzamientos dados a la empresa.

En el caso de la persona física empresaria, el porcentaje de empleo del concurso es menor todavía:

Años	Nº total de concurso	Concursos de PF empresaria	%
2011(3t)	5063	187	3,69346237
2010	5830	245	4,20240137
2009	6197	285	4,59899951
2008	2902	108	3,72157133
2007	976	26	2,66393443
2006	906	18	1,98675497
2005	1001	25	2,4975025

Nuevamente ese dato contrasta con el total de personas físicas empresarios. Y sobre todo, con el elevado porcentaje de bajas empresariales de personas físicas, que ronda en esos años el 70% respecto del total del censo empresarial. Sobre los datos de los ejercicios 2005 a 2009 para los empresarios individuales, puede comprobarse en el cuadro 5 del trabajo “THE SPANISH BUSINESS BANKRUPTCY PUZZLE AND THE CRISIS” (Celentani, Miguel García-Posada, Gómez) de marzo de 2010, disponible en [www.crisis09.es/monografia2009/pdf/puzzle.pdf](http://www.crisis09.es/monografia2009/pdf/puzzle.pdf)

6 Sintetizando las razones de ese limitado empleo se pueden destacar los siguientes puntos críticos:

1º.- En relación con el presupuesto de acceso, el principio de unidad (art 2) recoge una concepción amplia que no discriminaría a estos colectivos. Sin embargo, sí se produce esta discriminación de forma indirecta por los complejos requisitos formales de acceso y los costes del proceso.

2º.- Respecto de los efectos de la fase común, para la persona física no empresaria no cabe hablar de una continuidad de la “actividad económica o profesional” por lo que algunas de los efectos más relevantes de esta fase (56 LECO) quedan excluidos.

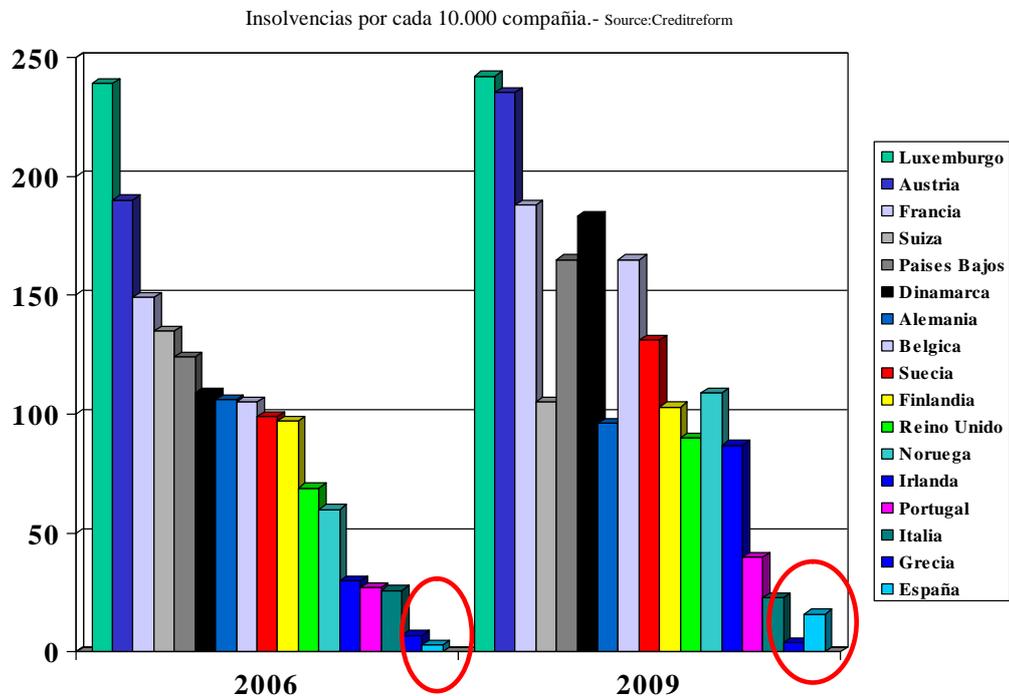
3º.- En particular, por la estructura de la financiación exterior de los hogares en la zona euro y especialmente en España, el crédito hipotecario constituye el medio prioritario de financiación para la persona física no empresario. E igualmente para la persona física empresaria, la última posibilidad de acceso a la financiación de su empresa ante la aparición de problemas de solvencia. Por ello, no solo se agrava el defecto anterior, sino que el concurso no constituye un medio efectivo de solución de la situación de la insolvencia para el deudor por el carácter privilegiado y de no paralización de la acción ejecutiva del acreedor hipotecario.

4º.- Por la inexistencia de una continuidad de actividad económica o empresarial generadora de recursos,

2.3.- Esta situación tiene una especial incidencia en el efecto escaso (o desincentivador) que el actual esquema concursal tienen en el fomento del espíritu emprendedor.

Una comparación de nuestro sistema concursal con el de la mayoría de los países europeos pone de relieve el escaso uso del procedimiento de insolvencia como herramienta para proceder a la baja de la empresa. Así como la ineficacia de la Ley concursal para lograr una equiparación en sus primeros años de funcionamiento.

Ratio de procesos de insolvencia en Europa 2006-2009



la solución convencional carece de viabilidad económica para los acreedores (liquidación) los acreedores pueden no solo recuperar parte de su créditos sino también mantener los derechos de créditos no satisfechos frente al deudor, luego de realización íntegra del patrimonio del concursado.

5°.- Además, en el caso de la persona física empresaria, el régimen de subordinación de los créditos previstos para las personas especialmente relacionadas (92 y 93), determina que tampoco el concurso pueda suponer una vía de solución “convencional” cuando se ha acudido a una financiación externa en el entorno familiar o de personas vinculadas.

6°.- Por otra parte, en caso de liquidación, no se establece ningún tipo de supuesto en que la persona física (empresaria o no) pueda obtener la exoneración o “descarga” de las deudas restantes luego de concluido el proceso de liquidación. Ausencia de descarga que:

- Para la persona física supone un riesgo de exclusión social.
- Para la persona física empresaria, supone un desincentivo para afrontar una nueva actividad empresarial o profesional ya que estará lastrada de inicio. Y, o bien no se desarrollará o bien se realizará acudiendo a algún sistema de “ocultación” patrimonial de su resultado.

Es cierto que existen otros elementos también relevantes en ese menor uso. Algunos propios del sistema como el excesivo coste vinculado al marco legal, la escasa tasa de recuperación de los créditos concursales ó la incidencia de las normas contables de las entidades de crédito. O también otros de carácter cultural, como los asociados al estigma de la quiebra ó a la falta de una cultura empresarial en el empleo del proceso concursal para resolver problemas de solvencia. O la falta de mecanismos públicos de apoyo a las empresas que tratan de volver a comenzar.

Sin embargo, basta con comprobar el porcentaje de procedimientos de insolvencia individuales en otros países de nuestro entorno<sup>7</sup>, para comprender que, pese a la voluntad del legislador, el proceso concursal español no se utiliza como vía de solución para las situaciones de insolvencia de las personas naturales (sean o no empresarios).

**2.4.-** El riesgo de esta ineficacia es diverso. En primer lugar, el reconocimiento de la falta de cumplimiento del objeto del proceso concursal con la paradoja para el concursado persona física que su finalización es el presupuesto de su inicio<sup>8</sup>. Por otra parte, el

7 La recopilación de datos es compleja, ya que en algunos países las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares se resuelve a través de una previa fase administrativa. A los efectos de esta nota y por su “cercanía” al sistema unitario español, puedo remitirme a los datos estadísticos del servicio estadístico alemán ([www.destatis.de](http://www.destatis.de)). En comparación con el sistema español, la diferencia es evidente en relación con los tres últimos años:

	2008	%	2009	%	2010	%
Empresas	29.291	19	32.687	20	31.998	19
Personas naturales como miembros de sociedades y similares	1.590	1	1.676	1	1.814	1
Autónomos y profesionales	23.926	15	24634	15	23065	14
Consumidores	98.140	63	101.102	62	108.798	64
Herencias	2.255	1	2.808	2	2.783	2
<b>TOTAL</b>	<b>155.202</b>		<b>162.907</b>		<b>168.458</b>	

En cuanto al sistema francés, me remito a la estadística de las Comisiones de Sobreendeudamiento que gestiona el Banco de Francia ([www.banque-france.fr/fr/institut/protection\\_consommateur](http://www.banque-france.fr/fr/institut/protection_consommateur)). Datos a comparar con la información de los procedimientos colectivos abiertos en los Tribunales de Comercio en [www.greffes.com/fr/statistiques](http://www.greffes.com/fr/statistiques). O a la que facilita la Agencia inglesa de Insolvencia, en [www.insolvencydirect.bis.gov.uk/otherinformation/statistics](http://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/otherinformation/statistics).

8 Que acertadamente describe el Auto de 26 de octubre de 2010 del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona en sus fundamentos 17 y siguientes, recurriendo al mito de Sísifo, aunque también haciendo un brillante análisis de la paradoja que se produce para los acreedores.

mantenimiento de estas deudas sin patrimonio realizable tiene un efecto directo de desincentivo al consumo, con la consiguiente minoración de la demanda interna. Desincentivo que es especialmente grave en el caso de las PYME's que constituyen una de las principales fuentes de generación de empleo.

Desincentivos que tienen un efecto indirecto en el estímulo al desarrollo de actividades de economía sumergida o acudir a figuras de administradores de hecho con las que sortear la "losa" que se mantiene sobre el patrimonio del deudor tras el cierre del concurso.

Algunos datos económicos o estadísticos revelan la importancia de la cuestión:

**2.4.1.- En relación con las condiciones de vida de las personas naturales.** Los últimos datos de la Encuesta de Condiciones de Vida del 2011 del INE<sup>9</sup>, pone de relieve los datos siguientes:

- El 35,9% de los hogares afirma que no tiene capacidad para afrontar gastos imprevistos en 2011.
- El 26,1% de los hogares manifiesta llegar a fin de mes con dificultad o mucha dificultad en 2011.
- El 21,8% de la población residente en España está por debajo del umbral de riesgo de pobreza. En 2010 este porcentaje se situó en el 20,7%.

Estos datos constituyen una base suficiente para generar una situación de sobreendeudamiento que justificaría unos porcentajes de procesos muy superiores a los actuales<sup>10</sup>, en especial por comparación a los países de nuestro entorno<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Disponible en [www.ine.es](http://www.ine.es)

<sup>10</sup> Este datos es relevante para trasladar el concepto de sobreendeudamiento. Así se recoge en el Informe "El sobreendeudamiento de los Particulares" elaborado con el Consejo Económico y Social Europeo en 2007 dependiente del Consejo de Europa. Informe que recoge la situación en los distintos países europeos, si bien este criterio subjetivo: se entiende sobreendeudamiento como la situación en la que se encuentran todas las personas mayores de 18 años que viven en un hogar en la que el cabeza de familia declara, según las encuestas nacionales, que tiene dificultades para pagar sus deudas. Esta información figura igualmente en el informe de la Asamblea Nacional nº1769, de fecha 18 de junio de 2009 (pag 39), adoptado sobre el Proyecto de Ley acordado por el Senado relativo a la reforma del crédito al consumo.

Situación que tiene su reflejo judicial en el incremento significativo de los procesos de ejecución hipotecaria<sup>12</sup>, habiendo pasado de un total de 25.943 en 2007, a 58.686 en el año 2008, 93.319 en el año 2009 ó en el 93.636 del año 2010.

#### **2.4.2.- En relación con el fomento del espíritu empresarial.**

A) Las pequeñas y medianas empresas constituyen la columna vertebral de la economía europea, ya que representan más del 90% de todas las empresas y proveen unos 75 millones de trabajos<sup>13</sup>.

B) Que los empresarios que empiezan un nuevo negocio ponen en riesgo tanto su reputación como su dinero y propiedades. Y que la principal preocupación de los emprendedores se centra en como podrán sobreponerse sus familias si se declaran insolventes<sup>14</sup>.

En concreto, el riesgo de la quiebra es los que los europeos más temen al comenzar una nueva empresa. Así, según las estadísticas disponibles, un 48% de Europeos renunciarían a comenzar una empresa por el temor al fracaso, frente a tan solo un 19% en Estados Unidos<sup>15</sup>.

Ante este tipo de temor, un estudio encargado en 2005 por la Agencia de Insolvencia Inglesa, acreditó que la existencia y duración de los procesos de exoneración de las deudas residuales tienen un efecto muy elevado sobre el fomento del espíritu empresarial<sup>16</sup>.

---

11 Para un análisis sociológico más detallado sobre el perfil del sobreendeudamiento, me remito a los estudios elaborados anualmente por el Banco de Francia. Para el año 2010, se puede consultar en [http://www.banque-france.fr/fr/instit/telechar/services/enquete\\_typo2010\\_surendettement.pdf](http://www.banque-france.fr/fr/instit/telechar/services/enquete_typo2010_surendettement.pdf)

12 Datos de la Estadística del CGPJ, disponibles en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

13 Información facilitada por la Comisión Europea en su página <http://ec.europa.eu/sme2chance>

14 Información extraída del trabajo "Attitudes to Bankruptcy" Publicado por la Agencia inglesa de Insolvencia (The Insolvency Service, London) ya citado

15 Flash Eurobarometer "Entrepreneurship" No 192, European Commission, 2007

16 Bankruptcy Law and Entrepreneurship, J. Armour and D. Cumming, University of Cambridge Centre for Business Research Working Paper No. 300, 2005

C) Cada año, en Europa se producen unos 135.000 procedimientos de insolvencias de empresas que implican la pérdida de 1,4 millones de empleos<sup>17</sup>.

Si se busca estimular el espíritu emprendedor, el fracaso de hoy no debe considerarse como una cadena perpetua ante nuevas actividades, sino como una oportunidad de aprender y de permitir una nueva actividad empresarial, siempre que no haya existido un comportamiento deshonesto en la causa del fracaso inicial. En especial, dado que es un dato constatado que los empresarios que vuelven a comenzar tienen un índice de fracaso mucho menor en el nuevo proyecto y paralelamente les permite un crecimiento más rápido que en los anteriores<sup>18</sup>.

**2.4.3.- Incidencia económica de las políticas de segunda oportunidad en una situación de crisis con restricción del gasto público.** Por último, quiero llamar la atención sobre algunos aspectos económicos que se han puesto de relieve en el informe elaborado por la Asamblea Francesa acerca del proyecto de ley sobre la reforma del crédito al consumo<sup>19</sup>.

Se apoya el establecimiento de una política de segunda oportunidad (exoneración de deudas residuales) para supuestos de sobreendeudamiento pasivo, sobre la base de los dos elementos siguientes:

---

<sup>17</sup> Fuente: Insolvencies in Europe 2006/07, survey by Creditreform (incluye los Estados de la UE más Suiza y Noruega, 2002-06). También citado en la información disponible en <http://ec.europa.eu/sme2chance>

<sup>18</sup> E. Stam, D. B. Audretsch and J. Meijaard, "Renascent Entrepreneurship", ERIM, 2006. Datos igualmente recogidos en el Informe del Grupo de Expertos convocado por la Comisión Europea sobre "Una segunda oportunidad para los emprendedores: Prevención de la insolvencia, simplificación de procedimientos de insolvencia y apoyo al nuevo comienzo" de Enero de 2011, disponible en <http://ec.europa.eu/sme2chance>. De forma más amplia, y recogiendo estudios económicos referidos también a los EEUU, podemos señalar el documento de la OCDE CFE/SME(2006)3 que recoge el Informe Final de indicadores de las legislaciones de insolvencia en las economías de los países miembros y no miembros de la OCDE (en especial, en los apartados 26 a 31 del Informe).

<sup>19</sup> Informe de la Asamblea Nacional n°1769, de fecha 18 de junio de 2009, adoptado sobre el Proyecto de Ley acordado por el Senado relativo a la reforma del crédito al consumo.

Primero.- Como mecanismo que permita el incremento de la demanda de los hogares escasa en el horizonte económico de los próximos años. El restablecimiento de la disciplina presupuestaria conforme a los criterios de la Unión Europea, supondrá:

- a) una demanda de los hogares (consumidores y empresarios individuales) que se está viendo minorada por las exigencias de minoración del gasto, incremento del paro y previsiones negativas de la evolución económica.
- b) Una mayor incidencia de la recesión económica y la contracción del crédito en ciertos sectores económicos, muy vinculados a la figura del deudor individual (Consumidores y empresarios individuales)

Segundo.- En este escenario, conviene abordar un acceso fluido al crédito, no solo como un interés macroeconómico inmediato (sostener la demanda que haga crecer la economía) sino también permitir el crecimiento potencial económico en el sector privado de aquellos emprendedores que tenderán a complementar o suplir las restricciones del gasto público

2.5.- Es en este contexto, las políticas de segunda oportunidad están llamadas a reequilibrar o asegurar el cumplimiento de los fines propios del concurso para las personas naturales. A la par que busca alcanzar dos finalidades de interés general complementarias:

- Servir como instrumento de mejora y promoción del espíritu emprendedor.
- Evitar situaciones de exclusión social.

2.6.- Por último, este tipo de políticas tienen también una serie de riesgos que deben ser ponderados para su aplicación efectiva.

En primer lugar, el riesgo de abuso del mecanismo de exoneración, que se han manifestado en derecho comparado<sup>20</sup>. También el riesgo

---

<sup>20</sup> Como caso más característico, la Ley USA de 17 de abril de 2005 de Prevención de Abuso de Quiebra y Protección al Consumidor, que modificó la legislación federal de quiebras de EEUU y que entró en

de empleo de este beneficio a favor de deudores que no hayan tenido un comportamiento previo diligente (deudores deshonestos o supuestos de sobreendeudamiento activo)<sup>21</sup>. O que durante el período de descarga no desarrollen una actuación de buena fe para lograr la satisfacción de sus acreedores en la mayor medida posible.

En segundo lugar, no podemos también olvidar que la posible sobrecarga de los juzgados de lo mercantil ante un efecto llamada de estas vías de solución rápida de la insolvencia<sup>22</sup>.

Por último, ponderar el efecto de estas políticas en los balances de las entidades de crédito, en cuanto principales financiadores de las empresas y consumidores españoles<sup>23</sup>. Y muy particularmente, sobre la posible paralización de las acciones de ejecución de garantías reales mientras se tramitan estos procedimientos. En este

---

vigor a los seis meses luego de su aprobación, el 17 de octubre de 2005. Norma que trata de objetivar el acceso a los mecanismos automáticos de descarga de los consumidores a través de un sistema no federal de examen de medios económicos (“means test”).

21 Sobre el origen e incidencia de estos supuestos de sobreendeudamiento “culpable” o activo, podemos remitirnos al estudio recogido por el Banco de Francia en su Encuesta tipológica del sobreendeudamiento del año 2007 (disponible en [www.banque-france.fr/fr/institut/telecharger/services/enquete\\_typo2007\\_surendettement.pdf](http://www.banque-france.fr/fr/institut/telecharger/services/enquete_typo2007_surendettement.pdf)) que para ese país recogía los supuestos siguientes según el estudio de los expedientes tramitados por las Comisiones de Sobreendeudamientos:

Tipo	Origen	2001	2001	2004	2004	2007	2007
ACTIVO	Abuso de crédito	19,4	36,4	14,6	27,1	13,6	25,4
	Mala gestión	7,7		6,4		6,0	
	Residencia onerosa	3,1		1,2		1,2	
	Exceso de cargas	2,2		1,4		1,3	
	Otros	4,0		3,5		3,3	
PASIVO	Jubilación o Paro	26,5	63,6	30,8	72,9	31,8	74,6
	Separación/Divorcio	15,5		14,7		14,7	
	Enfermedad/accidente	9,1		10,8		11,3	
	Perdida de ingresos	6,9		6,2		6,2	
	Muerte	2,5		2,4		2,5	
	Otros	3,1		8,0		8,1	

22 No obstante, la variedad de medidas que pueden adoptarse pueden permitir “diversificar” la responsabilidad de la gestión y tramitación de los procedimientos de prevención o solución de insolvencia de las personas naturales o pequeños empresarios. Como ejemplo, podríamos señalar el ejemplo del artículo 1244 del Código Civil Francés que contempla la aprobación de un plan de reestructuración singular por el Juez que conoce del proceso de ejecución singular, cuando se alega la concurrencia del presupuesto de aplicación de la segunda oportunidad (deudor de buena fe, sobreendeudamiento pasivo, capacidad limitada de pago).

23 Una aproximación económica sobre el mayor rigor o control por las entidades de crédito, se puede consultar en “Bankruptcy and Small Firms’ Access to Credit” de los profesores Jeremy Berkowitz y Michelle J. White

punto, no obstante, debe salirse al paso sobre determinadas prevenciones que se están generalizando en nuestra doctrina y que ya han tenido respuesta judicial<sup>24</sup>.

La exoneración de las deudas concursales no satisfechas constituye una excepción al 1911 CC y al derecho de propiedad de los acreedores. No obstante, responden a unos fines legítimos como son:

- En el caso de la persona física no empresaria, la protección de los consumidores (artículo 51 CE) evitar las situaciones de exclusión social del consumidor y su familia ante situaciones de insolvencia o endeudamiento excesivo.
- Para la persona física empresaria o profesional, además concurren los principios de protección de la pequeña empresa y fomento del espíritu empresarial (principio II del Acta europea de la pequeña empresa).

Sobre esta base, las medidas que se pueden adoptar en materia de segunda oportunidad deben guardar una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir, evitando que se imponga sobre los acreedores una carga desproporcionada. Proporcionalidad en la que también cabe ponderar la tasa de riesgo asumida por el acreedor, incluidas las estrategias comerciales que han podido suponer una concesión abusiva de crédito. Considerada esta proporcionalidad genérica en las medidas adoptadas, el TEDH ya ha sentenciado<sup>25</sup> que un efecto de exoneración que responda a esas finalidades es proporcional y no constituye una carga excesiva. Como elemento formal, en el procedimiento debe concederse al acreedor una oportunidad razonable de conocer e impugnar el plan de pagos y el efecto de exoneración.

Cumplidas estas condiciones, el TEDH<sup>26</sup> ha concluido que es lícito el efecto retroactivo de este tipo de legislaciones de ajuste de cuentas sobre los contratos o derechos de crédito contraídos previamente.

---

<sup>24</sup> Caso de Bäck contra Finlandia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 20 de julio de 2004.

<sup>25</sup> Caso de Bäck contra Finlandia antes citada

<sup>26</sup> Caso de Bäck contra Finlandia antes citada, en cuyo apartado 68 se indica: 68. Turning to the retroactive effect of the 1993 Act, the Court notes that neither the Convention nor its Protocols preclude the legislature from interfering with existing contracts (Mellacher and Others v. Austria, judgment 19 December 1989, Series A no. 169, § 50). The Court considers that a special justification is required for such interference, but accepts that in the context of the 1993 Act there were special grounds of sufficient importance to warrant it. The Court observes that in remedial social legislation and in particular in the field of debt adjustment, which is the subject of the present case, it must be open to the legislature to take

**III.- La política de segunda oportunidad como criterio de política legislativa derivada de la UE.** De estos dos pilares (protección de los consumidores, evitando situaciones de exclusión social; fomento del espíritu emprendedor), la Disposición Adicional Única de la Ley 38/2011 de Reforma Concursal aparentemente solo haría mención al primero de ellos (se habla de personas físicas y sus familias ó de consumidores y sus familias). Sin perjuicio de las imprecisiones del texto, si quiero destacar que en estas medidas es también necesario incluir a las personas naturales empresarios o profesionales y, con las debidas precisiones y en cuanto no estén ya incluidos, a las pequeñas y medianas empresas. Y ello por imperativo de las directrices de política legislativa derivadas del derecho comunitario.

**3.1.-** Estas directrices son desarrollo de la Carta Europea de la pequeña empresa, que fue adoptada por el Consejo Europeo celebrado en Santa María de Feira (Portugal) los días 19 y 20 de mayo de 2000. Esta Carta se configura como un instrumento de carácter no vinculante por el que los Estados miembros se comprometen a emprender acciones de apoyo a favor de las pequeñas empresas, mejorando su entorno y su espíritu emprendedor.

Uno de los principios de la Carta se define del modo siguiente: **“Consideramos que un cierto grado de fracaso acompaña a la iniciativa responsable y al riesgo, y que ha de enfocarse como una oportunidad de aprendizaje”**. Principio que se materializa en unos compromisos de los Estados suscribientes de la Carta, del que destaca el de *“forjar un marco normativo, fiscal y administrativo que propicie la actividad empresarial, y mejorar la posición de los empresarios”*

---

measures affecting the further execution of previously concluded contracts in order to attain the aim of the policy adopted. Also other Council of Europe member states such as Norway and Sweden have introduced legislation allowing for the adjustment of debts contracted prior to its entry into force.

Este principio se materializa en unas líneas de actuación, siendo una de ellas la de “Mejorar la legislación y la reglamentación”, que se describe de la manera siguiente:

*Hay que evaluar las normativas nacionales en materia de quiebra desde la óptica de la buena práctica. Lo que pueda aprenderse de las evaluaciones comparativas deberá conducirnos a mejorar las prácticas que rigen actualmente en la UE...*

**3.2.-** En ejecución de estos principios se aprobó un Programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las pequeñas y medianas empresas (2001-2005), adoptado por Decisión del Consejo de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2000 (DOCE de 29/12/2000). Y en este marco tuvo lugar una serie de iniciativas de las que podemos destacar dos proyectos “Best”<sup>27</sup>:

A) El proyecto “Best” sobre “Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo” (2002- 2003) en que se analizaron cuatro asuntos principales:

1º) Un sistema de **alerta temprana**, centrado en la disponibilidad de mecanismos de alerta y en la prevención del concurso. En este punto, el éxito dependería de un reconocimiento temprano del peligro y de la disponibilidad de información. El acceso al apoyo también es importante, pues una empresa que se enfrente a problemas financieros difícilmente contará con los medios necesarios para pagar el asesoramiento (que puede ser caro).

2º) El **sistema legal**. La disponibilidad de procedimientos legales de salvamento y reestructuración es crucial. Los sistemas legales deberían ofrecer una opción de reestructuración. Muchos de los procedimientos de rescate fracasan, lo que se debe, entre otras causas, a la falta de información sobre su existencia, a las elevadas exigencias para iniciar el procedimiento, al impacto

---

<sup>27</sup> Fundado en un Programa anual de trabajo de la Comisión, estos proyectos buscan la elaboración de un informe para la determinación e intercambio de buenas prácticas conforme al procedimiento “Best” descrito en la Comunicación de la Comisión, de 26 de abril de 2000. Estos dos proyectos son impulsados por la Dirección General de Empresa de la Comisión Europea; y por parte de España, con la coordinación de la Dirección General de Política de la Pequeña y la Mediana Empresa (hoy en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), con la intervención del Ministerio de Justicia. Otras iniciativas relevantes son el Seminario sobre fracaso empresarial (DG ENTR.B.1/FvH D(2001), celebrado en Noordwijk (Países Bajos) en mayo de 2001; un estudio sobre quiebra y nuevo comienzo en los países UE; la Conferencia de mayo de 2006 sobre insolvencia y nuevo comienzo. Documentos disponibles en [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/policy\\_structure/support\\_for\\_policy\\_development/reference\\_documents\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/policy_structure/support_for_policy_development/reference_documents_en.htm)

negativo que la publicidad de la decisión judicial puede tener en la empresa y en la eficacia del proceso, al coste, al grado de protección excesivo del que determinados grupos de acreedores pueden gozar durante el procedimiento o a la experiencia y la eficacia administrativa de los tribunales competentes.

3º) El **nuevo comienzo**. En cierta medida, los sistemas legales pueden ser un impedimento para un nuevo comienzo. Por lo general, los empresarios que fracasan aprenden de sus errores y tienen más éxito en posteriores intentos<sup>28</sup>. La posibilidad de seguir con el negocio o poner en marcha uno nuevo se ve afectada tanto por las consecuencias generales del concurso como por las inhabilitaciones y restricciones impuestas a quienes están sometidos a procedimientos concursales. En la actualidad no se distingue entre concursados por cuestiones ajenas a su voluntad y concursados “culpables”, y se presta poca atención, en términos de calificación, a los hechos concretos de cada caso. Si se calificara individualmente a los deudores de un modo proporcionado y adecuado, los concursados honestos no resultarían estigmatizados a causa de la asociación con los que han cometido un fraude.

4º) Las **actitudes sociales negativas** frente al concurso y en los medios para cambiarlas. La legislación sobre insolvencia puede influir en la opinión de la sociedad acerca de las situaciones concursales y el estigma. En principio, las comunidades financiera y empresarial no asocian tanto ese estigma a las empresas en concurso como lo hacen los consumidores y la comunidad en general.

Aspectos que dieron lugar a un informe del grupo de expertos en el que se analizaban y definían las buenas prácticas sobre esta materia.

B) El proyecto sobre ““Estigma asociado a la quiebra y preparación de materiales de alerta temprana” (2002- 2003) del que se derivaron dos instrumentos relevantes:

1º) La preparación de una Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico Social Europeo y al Consejo de las Regiones, sobre Superar el estigma del fracaso empresarial, por una política de segunda oportunidad. Documento que sirvió de base a la posterior SBA.

---

<sup>28</sup> De acuerdo con un análisis del Boston Consulting Group presentado en el seminario organizado los días 10 y 11 de mayo de 2001 en Noordwijk (Países Bajos) por la Comisión Europea y el Ministerio de economía neerlandés, los empresarios que fracasan aprenden de sus errores y tienen más éxito en posteriores intentos. Documento disponible en la página indicada en la dirección de la nota anterior.

2º) La puesta en funcionamiento de una serie de herramientas de comunicación que sirvan a los dos objetivos del grupo. Sobre la preparación de materiales de alerta temprana, la puesta en funcionamiento de una herramienta informática anónima que permita un chequeo de la salud empresarial<sup>29</sup>. Sobre la superación del estigma del fracaso empresarial, la preparación de una serie de documentos de comunicación (posters, anuncios) ó de ejemplos de superación que permitieran la difusión del mensaje<sup>30</sup>

**3.3.-** Fruto de estos trabajos, se aprobó la SBA, esto es, la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES<sup>31</sup>: «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas

Esta SBA crea un nuevo marco político que integra los instrumentos estratégicos existentes en materia de política de empresa. Y sobre esta agenda, la Comisión propone una asociación política entre la UE y los Estados miembros que permita construir un marco político completo para la UE y sus Estados miembros mediante una serie de diez principios que guíen la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los Estados miembros.

En nuestro caso, es relevante el punto II

*“II Garantizar que los empresarios honestos que hayan hecho frente a una quiebra tengan rápidamente una segunda oportunidad”*

Para traducir este principio en la práctica, la SBA establece las siguientes actuaciones

---

<sup>29</sup> Sistema disponible en [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/entrepreneurs\\_structure/test\\_your\\_business/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/entrepreneurs_structure/test_your_business/index_en.htm). Sistema que sigue otras herramientas similares que se han puesto en funcionamiento (Francia ó Australia).

<sup>30</sup> Estas herramientas de comunicación se recogen en la página web de la DG Empresa de la Comisión . Los documentos se pueden obtener en [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/policy\\_structure/communication/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/policy_structure/communication/index_en.htm)

<sup>31</sup> Bruselas, el 25 de junio de 2008 (COM(2008) 394 final). Disponible en la página web indicada en la nota anterior.

\* Para la Comisión:

- continuará promoviendo una «política de segunda oportunidad», facilitando intercambios de buenas prácticas entre los Estados miembros;

\* Se invita a los Estados miembros a:

- promover una actitud positiva en la sociedad hacia los empresarios que quieren volver a empezar, por ejemplo mediante campañas públicas de información;
- **intentar limitar a un año la duración del conjunto de procedimientos jurídicos de liquidación de una empresa, en caso de quiebras no fraudulentas;**
- **garantizar que los empresarios que vuelven a empezar disfruten del mismo tratamiento que las nuevas empresas, incluso en lo relativo a los sistemas de apoyo.**

El Consejo Europeo de diciembre de 2008 confirmó los principios recogidos en la SBA. Ello supone que los Estados miembros asumen la implantación de estos principios. La Comisión Europea comprobará el progreso de esta implantación dentro de los instrumentos de la Estrategia de Lisboa. En especial, a través de los informes anuales que los Estados miembros deben presentar sobre sus progresos.

**3.4.-Revisión de la SBA.** No obstante, la profundidad de la actual crisis económica ha obligado a una cierta revisión de este principio. Conforme a la nueva Comunicación de la Comisión de 23 de febrero de 2011<sup>32</sup> al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico

---

<sup>32</sup> Comunicación de la Comisión de 23 de febrero de 2011 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas 23.2.2011. COM(2011) 78 final, sobre revisión de la Small Business Act para Europa

y Social Europeo y al Comité de las Regiones, realiza una revisión importante de este segundo principio.

Recordando que las PYME'S son los principales creadores de empleo en la UE, también se constata que la crisis económica ha supuesto la desaparición de más de 3,25 millones de empleos en este tipo de empresas.

Por ello, se propone junto con otras líneas de actuación de fomento del espíritu emprendedor, las siguientes relacionadas con el proceso de insolvencia:

- Continuar la simplificación de las condiciones administrativas y procedimientos necesarios para liquidar una empresa en dificultades.
- Se añade como nueva línea de actuación la correspondiente a la enajenación de la empresa. Y ello en atención a la previsión de que en la UE y en el próximo decenio hasta 500.000 de empresas que dan empleo a unos 2 millones de personas se procederán a transmitir cada año<sup>33</sup>, por lo que deben mejorarse las condiciones de este tipo de transmisiones.

Sobre esta base, se invita a los Estados Miembros a poner en marcha desde ahora y hasta el 2013 la recomendación de la SBA de permitir **una segunda oportunidad para los empresarios honestos que hayan sido declarados en concurso, si bien limitando a un máximo de tres años el plazo de rehabilitación y del plan de pagos de las deudas.**

E igualmente se informaba de la presentación por la Comisión un conjunto de recomendaciones estratégicas sobre la base de un estudio que analiza la amplitud de los concursos y los procesos de insolvencia y el problema de la segunda oportunidad.

---

<sup>33</sup> [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/documents/transfers/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/documents/transfers/index_en.htm).

**3.5.- Recomendaciones.** Estas recomendaciones han sido provisionalmente recogidas en un posterior documento<sup>34</sup> de enero de 2011, que establece las siguientes:

**Primera Recomendación.-** Teniendo en cuenta los programas y políticas disponibles y los resultados que pueden ser conseguidos, los Estados miembros deben dar prioridad en sus intervenciones en apoyo de las SME en el siguiente orden:

- 1º.- prevención o sistemas de alerta temprana
- 2º.- situación posterior al concurso y segunda oportunidad;
- 3º.- acuerdos extrajudiciales de prevención o remoción del concurso;
- 4º.- procedimientos ante el tribunal

**Segunda Recomendación .-** La exoneración de las deudas es fundamental para la segunda oportunidad: una exoneración tras 3 años y un acuerdo sobre la deuda deberían ser el límite máximo para un empresario honesto y tan automático como fuera posible.

Es fundamental enviar el mensaje de que la capacidad empresarial no puede terminar con una "Cadena perpetua" en el caso de que las cosas vayan mal. En caso contrario, este hecho actúa como un eficaz factor disuasorio de la capacidad empresarial.

**Tercera Recomendación .-** Deben desarrollarse actuaciones decididas para distinguir claramente entre concursos honestos y deshonestos.

---

<sup>34</sup> Documento derivado de un Grupo de Trabajo (2009-2010) de “Coordinadores nacionales sobre concurso y nuevo comienzo” con la Dirección General de Empresa de la Comisión Europea. Documento disponible en [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/policy\\_structure/main\\_policy\\_recommendations/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/policy_structure/main_policy_recommendations/index_en.htm). Junto a ello, la Comisión también procedió a la publicación de un Estudio sobre Dinámica de los negocios, en cuyos dos últimos apartados se realiza un estudio comparativo de la situación y efectos económicos de los sistemas legales de insolvencia y de las medidas existentes en materia de segunda oportunidad. Documento titulado “Business Dynamics: Start ups, Business Transfers and Bankruptcy”. The economic impact of legal and administrative procedures for licensing, business transfers and bankruptcy on entrepreneurship in Europe, disponible en [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/business\\_dynamics\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/business_dynamics_final_report_en.pdf)

Es mejor suponer en principio que todos son honestos y luego identificar a los supuestos deshonestos y perseguirlos y sancionarlos.

Los sistemas de insolvencia deberían diferenciar entre deudores que han actuado honestamente en su conducta o que han caído en un excesivo endeudamiento, de aquellos otros que han actuado deshonestamente y contener normas que permitan que el deliberado incumplimiento de sus obligaciones por un deudor pueda ser objeto de sanción civil o, en los casos oportuno, penal

**Cuarta Recomendación .-** La reorganización puede ser sumamente costosa para las micro y pequeñas empresas y el proceso de quiebra puede ser la única alternativa viable.

El legislador debe establecer soluciones que permitan unos menores gastos de reorganización para las SME. La limitación de honorarios puede ser una solución.

También pueden serlo los procedimientos alternativos a la reorganización proporcionados al tamaño de la empresa.

**Quina recomendación.-** Los procedimientos extrajudiciales deben poder ser empleados por todo tipo de deudores con independencia de las cantidades que puedan ser abonadas por el deudor.

**Sexta Recomendación.-** Los procesos de insolvencia deben ser juzgados por jueces especialistas. Teniendo a su disposición o como Administradores a profesionales con formación adecuada.

**IV.- Enfoque iuspublicista.** Establecidas las bases de las medidas o recomendaciones a las que debiera adaptarse nuestro derecho concursal para permitir una efectiva “segunda oportunidad”, debo centrarme en el enfoque iuspublicista de las mismas. Esto es,

identificados unos fines o principios de interés general en el concurso y en estas recomendaciones de segunda oportunidad, como para la consecución de estos fines puede intervenir o contribuir el derecho público. Así responde más a un concepto de “ordenación” que de mera intervención, en atención al conjunto de intereses en juego en el concurso, al tipo de intervención “pública” que la Ley Concursal atribuye a la administración concursal de suerte que este tipo de actividad privada tiene una directa incidencia en un servicio público esencial como el de la administración de justicia; y finalmente por el necesario respecto de derechos o principios constitucionales que deben inspirar la actuación de los poderes públicos 35.

Enfoque que puede abordarse bajo dos pilares.

Primero, en cuanto los poderes públicos son responsables de asegurar la eficacia de la actividad “pública” que se desarrolla en torno al proceso concursal. Y que motivaría, por razones de interés general, la intervención de las mismas cuando se produzcan determinados supuestos de ineficacia o insuficiencia del sistema. Especialmente, en cuanto una de los órganos necesarios del concurso, la Administración Concursal, se encomienda a “profesionales” para el desarrollo de funciones jurídicas, contables ó de gestión empresarial que afectan a la totalidad de los afectados por el concurso.

---

35. Este enfoque se inspira en el concepto de la regulación pública de la economía, tanto para asegurar en determinadas áreas corregir determinadas ineficiencias que afectan a un servicio de interés general desarrollado por el mercado, como el control de determinadas actividades privadas que constituyen un monopolio natural y, por lo tanto, un servicio de interés económico general. En nuestro caso, el “monopolio” atribuido a la administración concursal (sector privado) de una parte de la gestión del proceso concursal (Administración de Justicia) implica un caso singular que acentúa la existencia de un servicio público esencial que no es de titularidad exclusiva de la Administración pública. Estaríamos ante un servicio público de carácter objetivo (Gaspar Ariño “Sobre el significado actual del Servicio Público y su régimen jurídico” en la obra colectiva “El nuevo Servicio Público” Ed Marcial Pons). Situación que impondría una actuación de los poderes públicos que excederá de la mera intervención para extenderse a la Ordenación de esta actividad. En este sentido, me remito Martín Retortillo en su “Derecho Administrativo Económico”, 1ª Edición, La Ley; Muñoz Machado en “Servicio Público y Mercado”; ó Del Guayo Castillo en su artículo “La regulación económica como alternativa” en REDA nº 130/2006.

Segundo, como las políticas de segunda oportunidad, que tienen un expreso amparo en derechos o principios constitucionales cuya tutela se encomienda a los poderes públicos, como pueden ser:

- La dignidad de la persona (artículo 10)
- Los principios de libertad de empresa “garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad (art 38 CE)
- La existencia de procedimientos eficaces que garanticen la defensa de los intereses económicos de los consumidores (artículo 51)

**4.1.- Foro permanente concursal.** Siendo el derecho concursal la norma de cierre del derecho patrimonial de los deudores de derecho privado y por su naturaleza universal, supone la afectación a los distintos intereses, públicos o privados, que confluyen en los integrantes de la masa pasiva ó en los sucesivos proveedores, contratantes o entidades públicas que luego de la declaración concurso tengan relaciones jurídicas con la masa activa o el concursado.

**4.1.1.-** Sujeto por esta “vis atractiva concursal” se produce una incidencia en los intereses generales y servicios públicos que subyacen no solo en los créditos de derecho público que se reclaman sino también las actividades intervenidas o reguladas que pueda pretender desarrollarse por la concursada. Sujeción que igualmente se produce para los restantes acreedores (trabajadores, entidades de crédito, acreedores ordinarios, etc..). En el caso de los créditos de derecho público, las ponencias anteriores han sido buena exposición sobre algunos de estos efectos (ej: art 67 de la LECO).

Ahora bien, junto a estos intereses públicos afectados por el proceso concursal, a través del Concurso, en si mismo considerado, se persigue alcanzar unos fines colectivos que pueden precisar de una intervención que es también pública. Regulación de estas situaciones en que la Administración Pública no actuará como mero “usuario del proceso”, sino como responsable de una regulación de la

actividad que se desarrolla en torno al proceso concursal y que, por razones de interés general, justifica esta intervención. Por ello, más allá de la defensa de los distintos intereses de los acreedores interesados en la litis (ad litem, de Salgado de Somoza), los poderes públicos deberían dar cauce a la legítima expresión de los distintos intereses individuales o colectivos que tienen su encuentro en sede concursal.

Cauce que responde a una “insatisfacción” de muchos de los interesados en el concurso por las soluciones que establece la Ley y por la falta de adaptación o de respuesta a los intereses que no son estrictamente mercantiles.

A esta insatisfacción contribuye en gran medida que, antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, nuestra legislación sectorial prácticamente hubiera eliminado el carácter universal del proceso concursal (quiebra ó suspensión de pagos) o de alguno de sus efectos<sup>36</sup>. Esta regulación asistemática (con leyes sucesivas y sin la necesaria trabazón), determinaba una situación de “caos”<sup>37</sup> en la

---

36.- Sin hacer un examen pormenorizado, destacaré:

\* La Disposición Adicional 8ª de la Ley 40/94 de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, que atribuye a los titulares de los créditos derivados de la titulación de los derechos de compensación por la moratoria nuclear **derecho absoluto de separación “ex” artículos 908 y 909 del Código de Comercio en caso de situación concursal de la entidad eléctrica o de las participantes en el proceso; al mismo tiempo que limita el ejercicio de la acción de retroacción.**

\* La Disposición Adicional primera.2º de la Ley 28/98 de 13 de julio de Venta a plazos de bienes muebles, respecto a los acreedores por arrendamiento financiero;

\*La Disposición adicional décima de la Ley 37/98 de 16 de noviembre de Reforma de la Ley del Mercado de Valores, en cuanto a las operaciones de los partícipes en mercados organizados,

\*La Disposición adicional 10ª de la Ley 46/98 de 17 de diciembre, sobre introducción al Euro, en cuanto a las garantías en operaciones con el Banco de España, Banco Central Europeo y otros.

\* La Disposición adicional 3ª de la Ley 1/99 de 5 de enero sobre regulación de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras (BOE del 6, vigor el 6 de abril de 1999), que contiene una regulación parcial de determinadas cesiones de crédito (factoring), en sus apartados 3º y 4º.

\*Los artículos 11 a 14 de la Ley 41/99 de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.

37.- Que con acierto describe el Jose María Garrido en su artículo “El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra”, dentro de la obra colectiva en homenaje al Profesor D. Aurelio Menéndez, Tomo III, págs 3575 y ss, Ed Civitas.

regulación de la prelación de los derechos de crédito. Caos de prelación y falta de sistema de los procedimientos de ejecución que, aparentemente satisfacía a los acreedores beneficiados, pero que en la práctica revelaba una enorme ineficacia<sup>38</sup>.

Uno de los efectos más relevantes del nuevo derecho concursal es la sujeción a la disciplina concursal de determinados sectores del ordenamiento jurídico que han tenido una función tuitiva o garantizadora de unos concretos intereses que el legislador ha considerado, y sigue considerando, necesitados de especial protección. Así, a diferencia de la situación concursal anterior a la LECO en que la huida del derecho concursal era la norma general, en la regulación actual este enfoque se ha cambiado y, al menos, en lo relativo a la Administración Pública y los trabajadores es clara la voluntad legal de fomentar la intervención de estos colectivos en el proceso concursal.

En los problemas de acomodación de estos sectores del ordenamiento jurídico tienen con la nueva herramienta del proceso concursal es donde encontramos esta insatisfacción<sup>39</sup>. Esta concurrencia de intereses genera una situación de conflicto que se solventa conforme a los criterios de la Ley Concursal. Ahora bien, la experiencia desde el 2004 acredita que la puesta en marcha de esta rama del derecho concursal se ha realizado bajo unos “principios de estanqueidad” que han sometido a los distintos acreedores a situaciones complejas o a veces, insolubles en sus respectivas legislaciones.

Frente a ello, si el derecho concursal es la norma de cierre de un sistema patrimonial eficaz y moderno, la concurrencia de todos los acreedores no puede desconocer que en algunos de ellos también

---

<sup>38</sup> Por ejemplo, y con las debidas matizaciones, el crédito tributario prácticamente ha sido reducido a una situación cercana a la de un acreedor ordinario, ya que a través de las tercerías de mejor derecho, los conflictos de jurisdicción o las técnicas de cesión de bienes a Comisiones Liquidadoras, el reconocimiento de un derecho de abstención se convertía en un título formal o vía muerta en la que el procedimiento de apremio no podía continuar la ejecución.

<sup>39</sup> Esta queja no es privativa de las Administraciones Públicas como acreedores. También se ha producido en el seno de otros operadores jurídicos, por ejemplo los jueces y abogados de la jurisdicción laboral ó penal, Sindicatos, que también ponen de relieve estos problemas de acomodación.

el legislador, constitucional, interno, comunitario o internacional, ha advertido una serie de intereses o derechos que se deben preservar. Y que expresamente, en la misma ley concursal que “arracima” a tales acreedores en torno a sus masas activa y pasiva y al proceso de reparto, se contempla una serie de normas que trata de garantizarlos o preservarlos. Que se entienda el sentido de estas especialidades (privilegios en el sentido estricto de De Castro) y que no amparen más supuestos que los debidos es labor del Jurista que usa la ley concursal, aunque ello le aleje momentáneamente de la seguridad del estanque concursal o de una visión exclusivamente mercantil o de un proceso civil. Fuera de los aspectos patrimoniales propios del concurso, que existen también otra serie de intereses sociales, privados, públicos o generales que precisan mantener unas normas de protección o que aseguren su vigencia. Pretender sin más ignorarlos o cercenarlos o incluso releerlos bajo un exclusivo prisma concursal como un elemento extraño a la regla no solo olvida el sentido global del ordenamiento jurídico sino que, como ya sucedió con Procusto, anticipa el fin que Teseo dio a quien pretendía acomodar toda diversidad a su regla predeterminada.

**4.1.2.-** En todo caso, en la génesis de la última reforma y el actual grado de interés de todos los operadores jurídicos por la materia concursal, se puede apreciar no solo un mero interés por la propia situación crediticia sino también por el valor del proceso concursal como mecanismo jurídico de primer nivel ante situaciones de insolvencia.

Aprovechando esta pluralidad de intereses, uno de los objetivos de esta regulación publicista sería asegurar que existen foros o instituciones de carácter estable en los que los principales protagonistas del derecho concursal puedan intervenir o colaborar en el análisis y propuestas de mejora que la práctica concursal pueda ir aconsejando. Regulación que será tanto más relevante, en la medida en que se busquen a través de las políticas de segunda oportunidad alcanzar también finalidades concurrentes con la satisfacción de los acreedores, que tienen un amparo en derechos

constitucionales o intereses generales propios (dignidad de la persona, protección de los consumidores, etc..).

En este punto, puede considerarse una buena práctica mínima la del Consejo Noruego de asesoramiento en materia de quiebra<sup>40</sup>. Se trata de un órgano de asesoramiento nombrado por el Ministro de Justicia. Está integrado por representantes de los tribunales, abogados, auditores de cuentas ó economistas, la autoridad administrativa y el fiscal, siendo de cuenta del Ministerio de Justicia la secretaría del Consejo.

Su función es estrictamente de asesoramiento y formula recomendaciones sobre la necesidad de cambios en el sistema de Quiebra de Noruega, y en el ejercicio de la misma. Sobre esa misma función, propone medidas para fomentar la armonización de la práctica de insolvencia en el país en general. También hay que destacar la coordinación de las actividades de los distintos departamentos o instituciones públicas relacionadas con las solicitudes de quiebra y los procedimientos subsiguientes<sup>41</sup>.

## **4.2.- Regulación pública del Servicio Público de los Administradores concursales.**

**4.2.1.-** El proceso concursal presenta la singularidad de que una de sus funciones esenciales se atribuye a un profesional: el administrador concursal se configura como un órgano necesario del proceso concursal. No es un mero colaborador, sino que ejerce una función “oficial” en el proceso. Función que tiene como finalidad la defensa y gestión de unos gestión de “intereses generales” o colectivos. Por ello, el Administrador concursal viene obligado a la

---

40 Más información sobre este órgano puede obtenerse en inglés en su página web en <http://www.konkursradet.no/English/>

41 En esa misma página puede comprobarse los modelos de comunicación de créditos y demás proformas que existen a disposición de los acreedores. En concreto, las autoridades públicas noruegas no solo facilitan la información de los concursos a través de un Registro Público ([www.brreg.no/kunngjoring](http://www.brreg.no/kunngjoring)) sino que, además, establecen un voluntario sistema de comunicación telemática para la mayor parte de los trámites del proceso concursal, disponible en <https://at06.altinn.basefarm.net/> ó en <https://www.altinn.no/>.

gestión del concurso para la satisfacción de los intereses “del concurso” y de los principios rectores del proceso concursal. Así la satisfacción de los acreedores, la protección de la masa activa pero también realizar o asegurar una gestión económica eficiente del patrimonio del concursado. Precisamente por ello, la ley concursal en muchos aspectos (como en la clasificación y reconocimiento de los créditos, aunque no en todos como por ejemplo en la aprobación del plan de liquidación) atribuye una decisión “sustantiva” del proceso judicial a la Administración Concursal. Y solo atribuye una función de revisión judicial ante la existencia de un previo conflicto planteado por las partes.

Órgano necesario del concurso que no se concibe como un mero colaborador o técnico o auxiliar dependiente del órgano judicial. Es un órgano independiente del juez del concurso. Y por lo tanto, los criterios decisorios de las competencias jurídicas, contables o económicas que se le atribuyen deben ser criterios propios e independientes del criterio judicial. Independencia que también se concreta en la legitimación que se atribuye a la Administración Concursal para recurrir las resoluciones judiciales. Ciertamente la Administración Concursal está sujeta a la supervisión de la Autoridad judicial. Pero esta supervisión debe considerarse como un elemento de control del debido impulso y gestión del proceso concursal que siempre estará bajo la supervisión o competencia judicial. O de cooperación en la adopción de las principales decisiones que la Administración Concursal deba adoptar Sin embargo, los criterios de fondo del ejercicio de las competencias que la ley concursal atribuye la gestión de estas competencias NO puede considerarse como un elemento sujeto a “revisión” judicial, fuera de los supuestos en los que expresamente lo disponga la ley.

**4.2.2.-** Desde una óptica del derecho público, esta capacidad de gestión y decisión de un sujeto privado en decisiones de una colectividad, en atención a criterios marcados por la Ley y dentro del seno de un proceso judicial se configura como un servicio público de carácter objetivo. Servicio público que determina una

necesaria ordenación de los poderes públicos respecto, al menos, los siguientes aspectos:

- A) De los presupuestos básicos de este tipo de actividad (formación, criterios deontológicos de actuación, retribución). De estos, creo que un campo de actuación pública prioritaria es el relativo a las exigencias de formación y conocimientos de los Administradores Concursales que se deben tener para dar una adecuada respuesta a las funciones que la ley (y especialmente la Ley 38/2011) les asigna. Formación en materia jurídica, de asistencia jurídica en tribunales, ó contable. Pero también gestión económica que se revela esencial para asegurar las posibilidades de conservación o mantenimiento de la actividad empresarial o profesional de la concursada ante las consecuencias de estigmatización y pérdida de reputación que lleva implícita la declaración de concurso. La importancia del servicio público que desarrollan ponen de relieve que el mero compromiso de formación o el sistema de mera publicación en listas, sin un control público previo, puede resultar insuficiente para ofrecer un servicio eficiente a la gestión procesal y económica del concurso. En este aspecto, la ordenación de los poderes públicos debe garantizar que estos agentes económicos que actúan a través de este procedimiento judicial concursal, con grandes prerrogativas, tengan no solo los conocimientos jurídicos y contables sino también de gestión empresarial que garanticen una adecuada satisfacción o utilidad. Así como el mantenimiento de estos conocimientos.
- B) De las ineficiencias que la actuación privada sujeta a las reglas del mercado supone para la debida presencia de una Administración Concursal en los términos definidos por la Ley concursal. En concreto, se trataría de poder detectar o corregir situaciones como las siguientes:
- Situaciones de monopolio de facto en algunos tipos de concursos,
  - Falta efectiva de profesionales adecuados para otros,

- Asignación de concursos a profesionales que se deben de gestionar de forma gratuita, en contra del propio sistema legal.
- Falta de control efectivo sobre las retribuciones efectivamente percibidas
- Falta de control o cauces de investigación y sanción de determinados comportamientos,

**4.3.- Deficiencias del sistema concursal respecto de su aplicación a las personas naturales.** Junto a las observaciones generales anteriores, las deficiencias o ineficacias del sistema concursal son cualitativamente más relevantes para las situaciones de insolvencia de las personas naturales. Como elementos más relevantes, podemos señalar:

- La falta de sistemas de alerta temprana o de institutos preconcursales efectivos aplicables o a disposición de los consumidores o de pequeñas o micro empresas.
- El coste excesivo o falta de adecuación del proceso general a la situación y necesidades de los consumidores o de los microempresarios.
- La falta de soluciones convencionales o de vías de reestructuración de deuda “adaptadas” a los recursos disponibles de estos.

En todos estos casos, la insuficiencia de los instrumentos de derecho privado (concursal) para remediarlos, justifican la existencia de unos fundamentos de interés público que justifican una “regulación” por los poderes públicos o actividad administrativa. En especial en la medida en que puede comprometer algunos derechos o principios constitucionales cuya tutela se encomienda a los poderes públicos, como pueden ser:

- La dignidad de la persona (artículo 10)

- Los principios de libertad de empresa “garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad (art 38 CE)
- La existencia de procedimientos eficaces que garanticen la defensa de los intereses económicos de los consumidores (artículo 51)

Siguiendo el esquema de las recomendaciones apuntadas por la Comisión Europea, podemos hacer una primera aproximación a los posibles campos de ordenación o actuación de los poderes públicos para suplir estas ineficiencias.

#### **4.3.1.- Promover un marco suficiente para permitir resolver las situaciones de sobreendeudamiento en régimen de reestructuración similar al de los acuerdos de refinanciación.**

Una de las primeras desigualdades del actual diseño paraconcursal se centra en que el régimen legal actual no garantiza que los procedimientos extrajudiciales puedan ser empleados por todo tipo de deudores con independencia de las cantidades que puedan ser abonadas por el deudor. Pese a su aparente neutralidad económica, el régimen de la Disposición Adicional Cuarta de la anterior regulación ó la del apartado 6 del artículo 71 (con el complemento de la nueva DA4<sup>a</sup>) no es accesible ni a los consumidores personas naturales ni a las micro o pequeñas empresas.

Esta desigualdad debería corregirse estableciendo sistemas de reestructuración voluntaria de la deuda de personas naturales o pequeñas empresas. Sistemas que se fundaran en:

- Unos esquemas administrativos o corporativos previos que facilitaran este tipo de sistemas, reduciendo el coste que debe satisfacer el deudor y garantizando una ayuda profesional o de asesoramiento suficiente. En este sentido, una estructura como las comisiones de sobreendeudamiento francesas sería óptima. O a falta de un mecanismo similar, puede acudirse a unas vías alternativas fundadas en las instituciones de consumo o de las cámaras de comercio u organizaciones empresariales.

- A falta de un procedimiento propio (como en el caso francés) se podría acudir en estos sistemas al procedimiento de mediación. Procedimiento que debería quedar reforzado por una serie de estímulos indirectos en vía judicial. Estímulos que permitieran, caso de no haber acudido previamente a un procedimiento extrajudicial de reestructuración, someter a la decisión judicial del juez de la ejecución, con suspensión de esta, alguno de las posibilidades de renegociación de la deuda.

**4.3.2.- Minoración de costes y duración del proceso concursal para persona natural.** En este punto, la intervención de los poderes públicos debiera asegurar la posibilidad de un sistema de cobertura mínima de Administradores concursales, incluso de carácter oficial, para los supuestos en los que no exista un incentivo económico suficiente para el desempeño de tal función en el mercado.

Por otro lado, la minoración de costes podría completarse con una adecuación del sistema de justicia gratuita para el desarrollo de alguna de las funciones que pueden suponer mayor coste del proceso. Aunque en este punto, la experiencia de derecho comparado ha revelado que la asunción de este tipo de costes de manera indiscriminada por parte del Erario Público determina unos claros riesgos de saturación<sup>42</sup>

Minoración de costes que igualmente puede vincularse a la regulación de un procedimiento simplificado propio, limitado a los deudores personas naturales de buena fe, que permitiera en un plazo limitado y con una dirección mayor del Administrador concursal, determinar y aplicar la solución final del concurso (convencional o de plan de pagos).

Finalmente, en este esquema también cobra especial importancia el sistema de difusión y acceso telemático a este esquema concursal. De esta manera, además de los Servicios

---

<sup>42</sup> Me refiero a las reflexiones existentes en el Derecho Alemán, a raíz de la modificación del artículo 4 de la IO de 1994.

telemáticos de publicidad edictal y registral del concurso, los poderes públicos deberían asegurar unos modelos simplificados de presentación telemática de este tipo de procedimientos simplificados o un cauce común telemático en un portal público de las comunicaciones posteriores con el juzgado.

**4.3.3.- Distinción de deudores honestos o deshonestos.** Como he señalado previamente, un presupuesto esencial para la aplicación de políticas segunda oportunidad, debería ser una rápida y previa determinación de las condiciones que han motivado el endeudamiento de la persona natural.

En este caso, la rapidez del procedimiento y la limitación de su duración aconsejarían que este control previo se situara como elemento previo o, al menos, al principio al procedimiento.

Este control previo precisaría igualmente de una estructura administrativa que permitiera un examen y comprobación de las circunstancias del endeudamiento, a fin de justificar su condición de “deudor honesto” o que pueda ser beneficiado por este procedimiento simplificado.

**4.3.4.- Exoneración de deudas residuales.** Como ya indiqué, el núcleo esencial de las políticas de segunda oportunidad se funda en una exoneración de las deudas residuales para los supuestos en que el proceso concluya con una solución de liquidación de los bienes y derechos, aunque sometida a determinadas condiciones.

Por su propia naturaleza, y en cuanto constituye un sacrificio expreso de los derechos patrimoniales de terceros, exigirán una expresa intervención judicial que, previa audiencia, valore la proporcionalidad o ponderación de la medida conforme a los criterios legales.

Ello no excluye, sin embargo, que pueda quedar fuera la función de la Administración Pública en este tipo de esquemas procesales.

Especialmente si se establece una fase administrativa que pueda realizar una comprobación previa de los datos económicos de la solicitud presentada. O en todo caso, permitiendo una labor de confirmación posterior de estos datos.

**4.3.5.- Reducción de los efectos estigmatizadores del concurso: restricciones, inhabilitaciones y prohibiciones.** A diferencia del supuesto anterior, el papel de los poderes públicos juega un papel más relevante en la reducción de determinados efectos estigmatizadores del concurso.

En una fase formativa previa, mediante la preparación de campañas publicitarias que pongan en valor el espíritu empresarial y que, salvo los supuestos fraudulentos o deshonestos, el fracaso del proyecto empresarial es un riesgo implícito en este tipo de actividad que debe ser considerado como una oportunidad de aprendizaje.

Junto a ello, plantearse una modificación del conjunto de normas que en la práctica restringen el acceso al mercado a los concursados una vez superado el procedimiento en las condiciones vistas. Es lo cierto que en los últimos años se ha avanzado significativamente en esta línea<sup>43</sup>. Sin embargo, para el caso en que el concurso

---

43 Las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 6/2010 en la Ley de Contratos del Sector público y en la Ley General de Subvenciones supusieron un importante avance en la traslación de las políticas de segunda oportunidad, en la medida en que se modificaron los criterios de acceso a la contratación pública y a las subvenciones de los concursados que tuvieran un convenio aprobado, facilitando una salida de la situación concursal.

*A) Sobre Contratos del Sector Público*

- se excluyó la prohibición de contratar en caso de convenio aprobado.
- se limitó la pérdida de garantía en caso de resolución del contrato por concurso a los supuestos en que el concurso se declarara como culpable
- se amplió la cesión del contrato en caso de concurso del contratista, incluso en caso de liquidación (matizando la resolución obligatoria en tal caso).

*B) Subvenciones:* Se reconoce la capacidad para ser beneficiario o entidad colaboradora de la subvención o la percepción de pagos anticipados a los concursados con convenio aprobado.

La valoración de esta reforma es positiva. Especialmente cuando la falta de estas normas imposibilitaban el uso del concurso por empresas contratistas de obra o servicios públicos. No obstante, se constata una serie de defectos en la norma que pueden, sin embargo, salvarse por vía de interpretación:

1º) Defectos en la norma. En primer lugar, el presupuesto de hecho de las normas es variado (eficacia de un convenio, calificación culpable, cesión del contrato aún en fase de liquidación). Pero tienen como elemento común que la situación de concurso del contratista. Ahora bien, en ninguna norma de las

---

modificadas se limita la aplicación de estas reglas al concurso voluntario, o dicho en otros términos, se aplica también al concurso necesario.

Esta precisión es relevante ya que la exposición de motivos del RD Ley contiene un error grave en la explicación de la norma, al limitarlo en dos de los supuestos (prohibición y cesión) solo al concursado que haya solicitado concurso voluntario.

*En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas **que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario** y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 por 100 de su importe, si éste **hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario**.*

*A su vez, en el artículo 5, de forma equivalente, se modifica la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, para permitir la continuidad de las subvenciones concedidas a las empresas **que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario** y que éste haya adquirido la eficacia en un convenio*

Sin embargo, basta analizar el texto legal para comprender que las reformas se aplicarán sea el concurso voluntario o necesario, lo haya solicitado o no el concursado.

2º) Defectos sobre contratos anteriores y derecho intertemporal. La segunda, es que el Real Decreto Ley no contiene una disposición transitoria específica que regule el derecho intertemporal de las situaciones o procedimientos nacidos conforme a la regulación anterior.

Omisión de compleja integración cuando la regla común de derecho de contratación pública y de subvenciones es la integración por la legislación vigente al momento de su aprobación o inicio (DT1ª de la Contratos del Sector Público 30/200743 y la DT2ª de la Ley General de Subvenciones).

Esta omisión, sin embargo, puede integrarse a favor de una interpretación retroactiva por varios elementos:

a) En primer lugar, la naturaleza urgente y excepcional de la norma. La propia naturaleza urgente y excepcional del instrumento normativo se recogen en su exposición de motivos. En ella, se recoge el antecedente del Pacto de Zurbano y la adopción “... **con carácter inmediato, con el fin de que incidan cuanto antes en el proceso de recuperación económica, de las medidas surgidas de esa ronda de negociaciones mediante los correspondientes acuerdos, normas reglamentarias o iniciativas legislativas. El presente Real Decreto-ley recoge de entre esas medidas las que unen a su carácter urgente la exigencia de rango legal.**

*De acuerdo con la finalidad expuesta, el Real Decreto-ley aborda reformas en diferentes ámbitos que, bien por su incidencia sobre el conjunto del sistema productivo español, bien por su peso específico en el mismo o bien por su relevancia **en el actual momento de estabilización y recuperación, resultan especialmente relevantes en este momento**”*

Por lo tanto, si la norma tiene una vocación de urgencia y excepcionalidad, para su aplicación “cuanto antes” y de “forma inmediata” (“en este momento”), no parece que tenga mucho sentido acudir a una integración por una norma que diferiría esta finalidad.

Criterio que se confirmaría por el propio tenor de la denominación del artículo 4 del RDL, que reza “**Continuidad de los contratos públicos en determinadas situaciones concursales**”.

b) Este carácter excepcional se ha recogido en la **Disposición Final tercera. Entrada en vigor**, al establecer que:

concluyera con una solución no convencional, estas limitaciones se mantendrían. Por ello, y para el caso en que se permitiera una solución por vía de un plan de pagos con un efecto de exoneración de dudas, podría plantearse:

\* Ampliar el régimen de acceso a la contratación con el sector público o de acceso a las subvenciones, no solo al supuesto de convenio en cumplimiento sino también con un plan de pagos en cumplimiento, alcanzado a través de un procedimiento simplificado como el analizado previamente

\* Establecer un sistema de intervención u ordinación de los sistemas de Registros negativos de acceso al crédito, que permitan delimitar la situación de estos concursados en cuanto a las limitaciones que se publican sobre su acceso al crédito. Ordenación que se centraría tanto en las condiciones de entrada y duración temporal (limitada) de tal publicidad.

\* La puesta en funcionamiento de mecanismos de colaboración publico-privada para acceso a crédito que apoyara el nuevo comienzo, en especial a través de sistemas de aval o apoyo financiero del crédito oficial. En este punto, podemos poner de relieve que los sistemas de apoyo financiero para relanzar la actividad de este tipo de empresas en Países Bajos<sup>44</sup> han tenido un éxito suficiente para permitir su autofinanciación.

---

*Este Real Decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*

Entrada en vigor al día siguiente que debe entenderse con el carácter urgente y excepcional antes visto, lo que permitiría al menos sostener la aplicación de una retroactividad media.

e) En todo caso, algunas de las normas modificadas tienen la naturaleza de normas prohibitivas, por lo que puede fundarse en todo caso una retroactividad implícita en la derogación de estas prohibiciones o limitaciones, al menos respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas.

c.3) Falta de adecuación de certificación administrativa. Sin embargo, esa reforma no abordó otra cuestión polémica y de aplicación multisectorial, como es la adecuación de la regulación de la certificación administrativa de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la seguridad social con los efectos propios del proceso concursal. Adecuación que no desconocimiento que, en ocasiones, es lo que se pretende.

44 En el caso de Países Bajos, es de destacar el proyecto de la fundación SVO de apoyo a pymes. Los

\* Por último, a través de una coordinación de las legislaciones sectoriales con los criterios consolidados de la legislación concursal, en especial en lo relativo a determinados requisitos u obligaciones de carácter formal. Y ello a fin de evitar que estas obligaciones formales puedan convertirse en un obstáculo indirecto para el posterior desarrollo de la actividad. En este punto, debiera abordarse específicamente la adecuación a estos supuestos de los requisitos necesarios para la expedición de una certificación justificativa de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.

**4.3.6.- Educación sobre un nuevo comienzo.** Además de las anteriores indicaciones sobre la necesidad de trasladar el fomento del espíritu emprendedor a los planes de estudio, también puede tener la formación específica un papel relevante en estas políticas de nuevo comienzo.

En concreto, la experiencia de Luxemburgo pone de relieve que los pequeños empresarios que cuentan con una formación empresarial especializada presentan un porcentaje de éxito superior a otros que han iniciado su actividad sin ella<sup>45</sup>. Ello unido a la constatación de que muchos de los fracasos empresariales provienen de algunos problemas vinculados con la gestión empresarial ordinaria<sup>46</sup>.

Sobre esta base, se podría plantear que, además del cumplimiento de un plan de pagos, el deudor que pretenda beneficiarse del efecto de exoneración de las deudas residuales pudiera recibir una formación especializada que le permitiera detectar más adecuadamente y superar los defectos que le han llevado a esa situación.

---

datos sobre este proyecto se pueden consultar en [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/charter/conf2009/ws0502\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/charter/conf2009/ws0502_en.pdf)

<sup>45</sup> En el informe “Faillites 2005” elaborado para la Chambre des Metiers de Luxemburgo por Tom Wirion y C. Bassange disponible en [www.cdm.lu](http://www.cdm.lu).

<sup>46</sup> Singularmente la falta de seguimiento de los pagos o la falta de un plan de empresa.

**V.- Medio organización administrativa.** Determinada la existencia de una necesidad de regulación de estos elementos de servicio público que circundan el concurso, especialmente en caso de desarrollo de políticas de segunda oportunidad, pueden plantearse algunas reflexiones finales sobre la estructura administrativa que mejor pueda atenderlas.

**5.1.-** Como primera reflexión, la importancia y trascendencia del servicio público que se presta por los administradores concursales y los demás elementos de interés general vinculados al concurso hacen claramente insuficiente el marco regulatorio actual.

En primer lugar, es claramente insuficiente que una actividad profesional “oficial” de la importancia de la administración concursal para el desarrollo del proceso de insolvencia solo tenga un marco regulatorio incompleto y fragmentado de distintas Administraciones corporativas. Marco regulatorio que no alcanza a todos los que pueden desarrollar este tipo de actividad (los designados por los propios acreedores de no ser profesionales, los supuestos en los que no es precisa una colegiación). Ni se aborda con un carácter único y homogéneo, como profesión unitaria, sino en atención a una parte limitada de los conocimientos o formación exigible. Carácter fragmentario que deja fuera, además, determinados aspectos de la función a desarrollar sin ningún tipo de regulación.

La segunda reflexión proviene de la insuficiencia de la regulación o ordenación que puede derivarse de una hipotética administración corporativa única. Ciertamente esta hipótesis podría salvar gran parte de los problemas antes apuntados, en especial los relativos a la formación o al régimen deontológico o disciplinario propios de una actividad privada regulada. Ahora bien, la reflexión surge del posible exceso de los fines propios de este tipo de Administración Corporativa para alcanzar la totalidad de la regulación previamente descrita. En concreto, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, con la reforma de 2009, establece en su artículo 1, apartado 3, que “Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las

profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional”.

Sin embargo, las funciones desarrolladas por las administraciones concursales exceden de la mera gestión de intereses económicos propios o de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de los colegiados. Su función como órgano necesario del concurso y sus funciones se imponen a la totalidad de los afectados por un proceso concursal, entrando en la gestión o desarrollo de un servicio público de carácter objetivo. Por lo tanto, estaría más acomodado a este tipo de servicio la existencia de una directa regulación y supervisión por un órgano de la Administración Pública y no por la mera delegación de funciones que implica la Administración Corporativa.

**5.2.-** Esta gestión por una entidad integrada en la Administración Pública no excluye que su estructura deba responder a un régimen de Administración independiente. De esta manera, se trataría de asegurar el alejamiento de la posición acreedora que puede ostentar la Administración General del Estado de la regulación y ordenación a desarrollar por esta entidad.

Por otro lado, su dependencia correspondería a la Administración General del Estado, al derivarse de una regulación y ordenación de una serie de actuaciones vinculadas a la tramitación del proceso concursal, que responde a una competencia estatal conforme a los puntos 6º y 8º del apartado 1 del artículo 149 de la CE. Sobre este punto, esta competencia exclusiva estatal no quedaría afectada porque parte de estas medidas vinieran vinculadas a la protección de los consumidores. Como reconoce la STC (Pleno) núm. 62/1991 de 22 marzo (RTC 1991\62), éste se trata de un título competencial complejo dado que por el carácter pluridisciplinar de la materia

viene a configurarse como una suerte de competencia concurrente<sup>47</sup>:

*“Pero asimismo, en razón del carácter pluridisciplinar del conjunto normativo que tiene por objeto la protección del consumidor (STC 71/1982, fundamento jurídico 2.<sup>o</sup>), resultante de normas sectoriales reconducibles a otras materias sobre las que el Estado tiene atribuidas competencias, la competencia exclusiva de Galicia en la defensa del consumidor y usuario queda limitada por la competencia exclusiva estatal en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes constitucionales (art. 149.1.1.<sup>a</sup> C.E.), y las competencias reservadas sobre distintas materias (legislación civil y mercantil, protección de la salud, etc.) en diferentes números del art. 149.1 C.E., o por decirlo en los términos de la STC 15/1989, «ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía» (fundamento jurídico 1.<sup>o</sup>).*

*De toda esta pluralidad de títulos competenciales que asisten al Estado en esta heterogénea materia, que es el consumo, cobran singular relieve los referentes a la legislación mercantil y civil (art. 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>) que, como se ha dicho, actúan como límite a la competencia exclusiva de la Comunidad gallega en la defensa del consumidor. En la medida, pues, que las normas del Estatuto gallego del consumidor y usuario no vengan a consagrar (o a reproducir de la legislación estatal) nuevos derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil, incidan sobre materias de la competencia de la Comunidad gallega o vengan a arbitrar medidas de carácter administrativo tendentes a proteger al consumidor ninguna tacha de*

---

47 Sin embargo, esta conclusión inicial puede exigir una matización a la luz de la nueva redacción de los títulos competenciales en los vigentes Estatutos de Autonomía. En el caso del Estatuto de Cataluña de 2006, por ejemplo, la protección de los consumidores y usuarios es objeto de un doble tratamiento en los artículos 28, 49 (Protección de los consumidores y usuarios) y 123 (Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de consumo, incluyendo la regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo).

*inconstitucionalidad hemos de apreciar en el examen de cada uno de los preceptos impugnados.*

Por último, la sede natural de ese tipo de organismo público sería la del Ministerio de Justicia. No obstante, también podría plantearse una dependencia de tutela respecto del Departamento responsable del desarrollo de fomento empresarial de las Pymes.

**VI.- Conclusión.-** La situación de crisis económica que estamos viviendo ha puesto de manifiesto una clara disfunción e insuficiencia de la regulación del proceso concursal en lo relativo a las personas naturales y a las micro y pequeñas empresas. Para suplir estas carencias las políticas de segunda oportunidad, aún con algún tipo de riesgos consustanciales que pueden ser corregidos por medidas legislativas, se han revelado efectivas para permitir que los este tipo de deudores honestos puedan volver al desarrollo de su actividad empresarial o actividad económica en condiciones iguales o similares al resto de los operadores jurídicos. Necesidad jurídica que se complementa con los efectos económicos favorables que pueden suponer para la economía nacional la recuperación de estas personas o empresas. Dentro de este tipo de medidas de política legislativa, es esencial abordar también las vinculadas al derecho público económico. Esto es, a la “ordenación” y regulación de aquellos aspectos del proceso concursal más vinculados con un concepto de servicio público en sentido objetivo. Servicio público destinado tanto a asegurar la audiencia y asesoramiento de los principales intereses afectados por el sistema concursal; a permitir una efectiva prestación del servicio público de la Administración concursal, superando disfunciones o ineficacias que este tipo de actuación profesional pueda suponer; o finalmente asegurar el necesario respecto de derechos o principios constitucionales que deben inspirar la actuación de los poderes públicos en las políticas de segunda oportunidad.

Actuación de regulación y ordenación que tendría como medio más eficiente un esquema de agencia pública o administración independiente, de competencia estatal, que

permitiera superar las limitaciones actuales del sistema de supervisión parcial y fragmentada de la Administración Corporativa.

En Burgos, a 23 de octubre de 2011

Fdo.: Luis Gonzaga Serrano de Toledo