

## *Tarea urgente: el concurso personal<sup>1</sup>*

---

La vigente ley concursal, aunque tiene poco más de 8 años, ya ha sido modificada de forma importante en dos ocasiones. La crisis económica nos encontró mal preparados también en lo concursal, aunque por fortuna no hemos tenido que lidiar con la destrucción de empresas provocada por la crisis con la normativa –kafkiana en su conjunto– del Código de Comercio y de la Ley de Suspensión de Pagos. La última reforma concursal ha entrado en vigor el 1 de enero de este año. No vamos a hacer aquí un repaso ni un juicio de la misma, simplemente tratamos de poner de relieve un olvido importante, imperdonable casi.

La reciente reforma concursal pretendía confesadamente –así lo dice el Preámbulo– afrontar algunas disfunciones en la operativa del concurso manifestadas o, al menos, acentuadas, por la crisis económica, con el fin de obtener mejoras en la eficacia del concurso, tanto en lo relativo al proceso en sí mismo –mayor rapidez, menor congestión de los juzgados de lo mercantil– como en la tasa de satisfacción de los créditos a los acreedores y, sobre todo, en la conservación de la empresa y de su actividad productiva. Lo último es probablemente un objetivo tan deseable como inalcanzable, pues dejando aparte el caso norteamericano, tan especial en esto como en tantas cosas, las tasas de liquidación de empresas que entran en concurso no son tan distintas en España y en otros países de nuestro entorno<sup>2</sup>.

De la reforma, junto a algunos sonados *gaffes*, como el de las prendas en garantía de créditos futuros (art. 90.1.6º LC), acaso lo más destacable sea el invitado que nunca acudió, el concurso individual. La insatisfacción con la regulación española en materia de concurso de personas físicas no es un secreto. Como aprecia a simple vista incluso un lego en Derecho al leer el art. 178 LC, cuando se declara la conclusión de un concurso de persona jurídica, por liquidación o por insuficiencia de bienes, el juez acuerda la extinción de la persona jurídica. En cambio, para las personas físicas la ley declara que “el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes”. Ya ha habido voces denunciando el régimen legal vigente y postulando soluciones de *fresh start*: Matilde CUENA en estas mismas páginas de *InDret*, Rodrigo TENA en *¿Hay Derecho?* El famoso y discutido Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 26.10.2010, (Magistrado ponente: José María FERNÁNDEZ SEIJO) que declaró, al poner fin al concurso voluntario de una pareja de pensionistas, que se debían tener por extinguidas las deudas

---

<sup>1</sup> Agradecemos a Miguel GARCÍA-POSADA su inestimable colaboración en la preparación de gráficos y tablas.

<sup>2</sup> Véase Marco CELENTANI / Miguel GARCÍA-POSADA / Fernando GÓMEZ POMAR, “El enigma de los concursos empresariales en España y la crisis”, *La crisis de la economía española. Análisis económico de la gran recesión*, capítulo 7, Fedea Monografías.

concursoales que no habían podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso, planteó la cuestión y justificó su solución en estos términos:

“Conforme a esta interpretación parece acorde con una interpretación armónica de las normas citadas entender que aunque la liquidación del concurso de persona física no permita la extinción de dicha persona física ni extinción física ni extinción moral por medio de la exclusión social o de dejar al sujeto al albur de la beneficencia pública o privada, haya de optarse por una interpretación de la norma que permita cumplir con los fines del concurso y garantizar sino la extinción de la personalidad, cuando menos la extinción de los créditos concursales una vez que se han agotado todas las vías concursales para la satisfacción de los créditos”.

La preocupación social y mediática por el destino de los deudores personas físicas no ha hecho sino aumentar, si bien suele concentrarse en las consecuencias del impago de hipotecas<sup>3</sup>.

En estas líneas pretendemos poner de manifiesto como el concurso individual y el concurso empresarial se hallan estrechamente relacionados en lo que se refiere a las pequeñas empresas y, por tanto, como el régimen –severísimo en España– en materia de concurso personal afecta a los incentivos a la creación y la actuación de las pequeñas –y no tan pequeñas– empresas. En definitiva, que nuestro régimen legal del concurso individual influye de manera importante sobre el tejido empresarial español y los motores para recuperarlo. Las ideas principales ya han sido expuestas recientemente en un post de *Nada es Gratis*<sup>4</sup> y aquí nos limitaremos a referirlas sintéticamente.

El punto de arranque es una observación no apreciada, sin embargo, suficientemente: en cuanto a insolvencias legalmente declaradas, España ocupa un lugar peculiar en el contexto internacional, al menos por dos datos. El primero es que somos uno de los países con menores tasas de concursos empresariales en el mundo. El segundo es que la LC española es una de las más severas en el contexto comparado para con las personas físicas. Parece evidente que un régimen de concurso individual riguroso y nada caritativo se espere que venga acompañado de muy bajas cifras de concursos personales. Un deudor persona física lo plantearía en estos términos: ¿para qué solicitar el concurso, con los gastos e inconvenientes que comporta, si de todos modos tengo que pagar lo que debo durante el resto de mi vida, salvo prescripción de los créditos? La respuesta no es difícil de anticipar y no es por ello una sorpresa que en España, en plena crisis, en el 2009 solo hubiera 1002 concursos individuales, por 131.583 en Inglaterra y Gales (Reino Unido sin Escocia e Irlanda del Norte, que tienen un régimen diverso del general).

En términos de tasas de concurso individual por población, el resultado de la comparación es igualmente abrumador.

---

<sup>3</sup> EL PAÍS, *El hipotecado no es el moroso (pero está al límite)*, 24.1.2012.

<sup>4</sup> Marco CELENTANI / Fernando GÓMEZ, “Por qué y cómo reducir el castigo concursal a los emprendedores”, *Nada es Gratis*, 29.12.2011.

Tasas de concursos individuales (por cada 10.000 adultos)		
	España	Inglaterra y Gales
2005	0,03	16,2
2006	0,02	25,4
2007	0,04	25,1
2008	0,14	24,9
2009	0,34	31,1

Tabla 1

Lo que parece en principio más curioso es que el rigor del régimen del concurso personal pueda estar relacionado con el concurso empresarial, pero vamos a mostrar cómo y por qué creemos que ambas observaciones anteriores sobre España no son independientes.

En la Figura 1 comparamos la tasa de concursos empresariales en España con la de otros países.

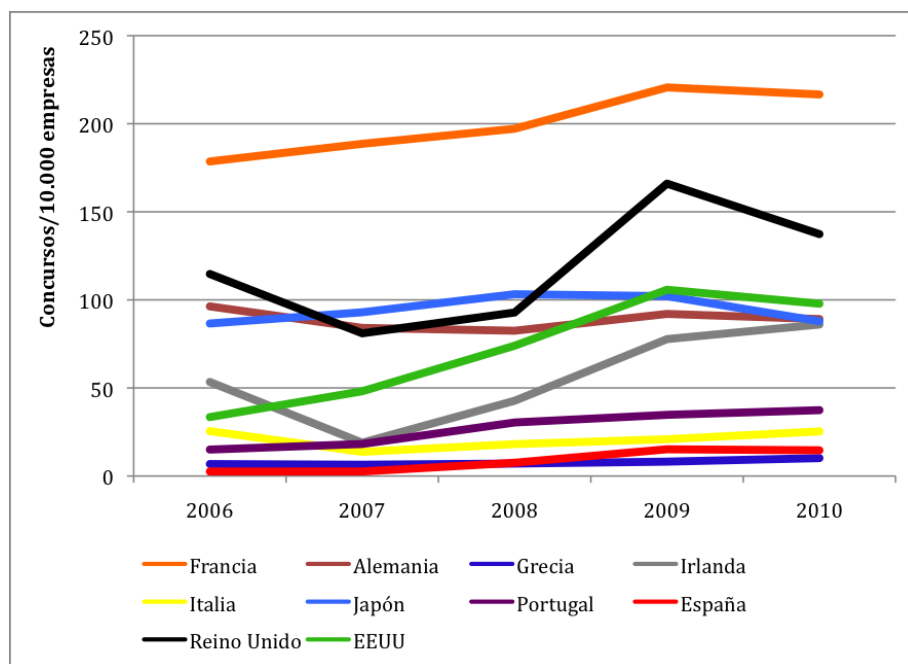


Figura 1

Merece la pena destacar algunos hechos: (a) los cuatro países –de los analizados– con tasas de concursos más bajas son Portugal, Italia, Grecia y España; (b) incluso dentro de este grupo de países España ocupa un lugar destacado. Antes de estallar la crisis, la tasa de concursos empresariales en España era aproximadamente una décima parte de la de Italia. Solo recientemente España ha dejado a Grecia el honor del último lugar en tasas de concursos<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Para ulteriores detalles, véase Marco CELENTANI / Miguel GARCÍA-POSADA / Fernando GÓMEZ POMAR, “El enigma de los concursos empresariales en España y la crisis”, *La crisis de la economía española. Análisis económico de la gran recesión*, capítulo 7, Fedea Monografías.

En la Tabla 1 comparamos las tasas de concursos en España, Francia y Reino Unido para el total de empresas y también para el conjunto de empresas con al menos un empleado. La limitación a estos tres países obedece simplemente a la disponibilidad de datos desagregados sobre concursos empresariales. La Tabla 1 sugiere que una parte significativa de la excepcionalidad española tiene que ver con las tasas de concursos de empresas muy pequeñas (al menos en 2010).

	2006		2010	
	Todas las empresas	Empresas con al menos un empleado	Todas las empresas	Empresas con al menos un empleado
España	2.6	5.4	14.6	29.4
Francia	178.6	246.6	216.6	280.1
UK	114.7	112.9	137.3	110.4

Tabla 2

Los datos anteriores (y otros en la misma línea) sugieren de manera clara no solo que las tasas de concursos agregadas en España son notoriamente inferiores a las tasas de concursos en otros países, sino que aún más singular es la bajísima frecuencia con que las empresas pequeñas acuden a los mecanismos concursales en relación con las empresas comparables de otros países europeos. La razón estriba, a nuestro juicio, en la responsabilidad limitada “imperfecta” con que operan las pequeñas –y algunas no tan pequeñas– empresas en España, por mucho que hayan adoptado la forma jurídica de SL.

En efecto, en esas empresas la separación entre los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta. Una de las razones es que con elevada frecuencia los acreedores de la empresa pequeña exigen de los dueños garantías personales o garantías reales sobre activos que forman parte de su patrimonio personal. De hecho, tampoco es infrecuente, ni mucho menos, esta separación “imperfecta” en las relaciones con las administraciones públicas, pues la Agencia Tributaria suele mirar con total desconfianza y considerar, casi indiscriminadamente, como simuladas, la creación de sociedades patrimoniales y las transacciones vinculadas de la persona física y la sociedad patrimonial. En otras palabras, que en España no son tantos los que creen y confían, con hechos y no solo con palabras, en la responsabilidad limitada.

Esto quiere decir que un procedimiento concursal para una empresa pequeña, con muy alta probabilidad precipita también a su propietario a una situación de insolvencia. A su vez esto implica que para una empresa pequeña un concurso empresarial es tanto menos atractivo ante una situación de dificultad financiera cuanto más duro y menos generoso es el concurso individual en el que casi seguro se verá involucrado el propietario.

De hecho, la actitud de las microempresas de rehuir el concurso al máximo es muy racional, dados los beneficios y los costes de la decisión de solicitar la declaración de concurso. Los costes fijos de acudir a la vía concursal son altos: abultados honorarios de abogados, coste de poner la

contabilidad en estado de revista, so pena de ser calificado el concurso como culpable, horas y costes de oportunidad de colaborar en el proceso concursal. Por el contrario, los beneficios para el propietario de la empresa de su concurso como persona física son casi nulos. Como es sabido, en otros lugares hay mecanismos de distintas clases conducentes a la liberación total o parcial de deudas. Entre nosotros, el concurso personal no viene acompañado de ningún tipo de liberación de obligaciones, aparte de la que los acreedores se avengan voluntariamente a aceptar –y pocos incentivos tienen para hacerlo, la verdad, pues nada pierden de no hacerlo– en un convenio con el deudor concursado.

Se observa aquí muy claramente la diferencia entre el resultado del concurso de una sociedad con (verdadera, no falsificada a través de garantías personales de los socios) responsabilidad limitada respecto del concurso individual. En el primer caso, una vez cerrado el concurso por liquidación de todos los activos, o por insuficiencia de los mismos, la sociedad se extingue, y los socios, en principio, pueden empezar de nuevo. Desde cero. En el caso de la persona física, la conclusión del concurso por liquidación o por falta de bienes, deja al deudor indefinidamente sujeto a las acciones ejecutivas y los embargos que sobre sus futuros ingresos y bienes decidan intentar los acreedores. Algunos tal vez renuncien y se olviden para siempre de este pequeño empresario, pero otros mantendrán viva la amenaza potencial sobre su futuro económico. Cualquier comienzo de proyecto empresarial, a partir de aquí, arranca con menos de cero.

En la reforma concursal, una vez más, el legislador español se ha olvidado de los datos de la realidad económica. Y eso que el Preámbulo de nuestra última reforma concursal presumía de que la “ley asume el impulso que se ha venido dando desde el Gobierno a la evaluación económica de las normas, que en este caso ha sido prioritaria”. Es urgente que este asunto no se le traspapele al nuevo legislador en su larga lista de deberes por entregar.

Fernando Gómez Pomar  
Marco Celentani