

Panorama general de las llamadas «políticas de segunda oportunidad» para las pequeñas y medianas empresas (Overview of the so-called «second chance politics» for small and medium-sized enterprises)

Javier Larena Beldarrain¹
Universidad de Deusto

Recibido: 02.06.2014
Aceptado: 12.09.2014

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de segunda oportunidad «fresh start». III. Inconvenientes de estas políticas. IV. El «fresh start» como política europea. V. Distintos indicadores. Aplicación al ordenamiento español. 5.1. Consecuencias del concurso. 5.2. Restricciones, inhabilitaciones y prohibiciones. 5.3. Distinción entre concursos forzosos y culpables. 5.4. Remisión o quita de las deudas pendientes. VI. Actitudes sociales negativas hacia el concurso. VII. Propuestas para favorecer la segunda oportunidad. VIII. Criterios de política legislativa en materia concursal a nivel europeo. IX. Conclusiones.

Resumen: Las pequeñas empresas son, sin duda alguna, las que de manera más intensa están padeciendo las consecuencias negativas de la crisis económica actual. El concepto de «fresh start» o «segunda oportunidad del concursado», alude al conjunto de mecanismos o instituciones cuyo objetivo fundamental es conseguir que, si se dan ciertos requisitos, pueda llevar a cabo nuevamente una participación efectiva en el tráfico jurídico, en condiciones de igualdad con los restantes intervinientes en el mercado. Resulta evidente que la concepción actual del concurso ejerce un efecto claramente desincentivador del espíritu emprendedor. Esta es la razón fundamental que justifica la escasa utilización del mismo como cauce para dar respuesta a las dificultades financieras de las empresas.

Palabras clave: Concurso, «Fresh start», PYMES.

Abstract: Small businesses are without doubt those that are most intensely suffering the negative consequences of the current economic crisis. The concept of «Fresh Start» or «Second Chance of the Insolvent Debtor» refers to the set of mechanisms or institutions whose main aim is to ensure that, if certain requirements are met, effective participation on legal affairs can take

¹ Correo electrónico: javier.larena@deusto.es

place again, on an equal footing to other market stakeholders. It is obvious that the current concept of creditor insolvency has a clear discouraging effect on the entrepreneurial spirit. This is the main reason that justifies its little use as a means to respond to the financial difficulties of businesses.

Key words: Creditor insolvency, «Fresh Start», Small and Medium Sized Enterprises.

I. Introducción

La casi totalidad de las empresas que forman parte de nuestro tejido empresarial pueden encuadrarse dentro de las llamadas microempresas o pequeñas empresas (PYMES), siendo precisamente este tipo de entidades las que de manera más intensa están padeciendo las consecuencias negativas de la devastadora crisis económica actual.

Efectivamente, el cierre de miles de negocios y empresas de «reducido tamaño» ha golpeado directamente a los empresarios emprendedores, que indudablemente constituyen la base de la recuperación económica de nuestra sociedad. Aún más, la realidad es que dichos empresarios han sido aniquilados desde el punto de vista civil, con lo que no parece factible que podamos contar con su participación activa en el panorama económico de los próximos años².

La mayor dificultad para que estos emprendedores, esenciales para la recuperación económica, puedan volver a operar, reside en el hecho de que no se les haya otorgado una segunda oportunidad; esto es, que no cuenten con una opción clara de rehabilitación a todos los niveles posibles.

Sirvan estas afirmaciones para evidenciar la necesidad de llevar a cabo una decidida reforma normativa en materia de insolvencia, promovida desde la instituciones comunitarias —sobre todo en lo relativo a personas físicas, autónomos y pequeños empresarios— que apueste inequívocamente por la citada recuperación de dichos sujetos, al hilo de lo dispuesto en otros países de nuestro entorno como es el caso de Francia o Alemania³.

A fin de cuentas, como nos recuerda SERRANO DE TOLEDO, una de las principales finalidades que debiera tener el Derecho concursal es, precisamente, la de las llamadas «políticas de segunda oportunidad»⁴.

² Así lo considera, entre otros, CARLOS GUERRERO, como puede verse en su blog <http://www.carlosguerrero.es/2012/03/12/un-nuevo-procedimiento-concursal-para-familias-y-emprendedores-como-reforma-estructural>.

³ A este respecto, pueden verse PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley/Ramón y Cajal, Madrid, 2005, pp.202 y ss.; VICENT CHULIÁ, F, «El concurso de la persona jurídica», en AA. VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2.394-2.395; SCHMIDT, K., «Fundamentos del nuevo Derecho Concursal alemán», en AA. VV. *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002, pp. 35-37; y ZABALETA DIAZ, M., «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 888-907.

⁴ Vid. SERRANO DE TOLEDO, L. G., «Reflexiones de Derecho Administrativo Económico sobre concurso y segunda oportunidad», *La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*, XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado, Burgos, 2011, pp. 1-2.

II. Concepto de segunda oportunidad («fresh start»)

El término «segunda oportunidad del concursado» alude al conjunto de mecanismos o instituciones cuyo objetivo fundamental es conseguir que el, podríamos decir, «concurado honesto», pueda llevar a cabo nuevamente una participación efectiva en el tráfico jurídico, en condiciones de igualdad con los restantes intervinientes en el mercado.

No se trata, en modo alguno de un concepto novedoso. De hecho la idea de admitir la liberación en relación con los deudores honestos, siquiera para la persona física, ya estuvo presente en la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal de 2003, dado que se presentaron dos enmiendas (números 560 y 561 del Grupo Catalán) dirigidas a «introducir un régimen de exoneración para aquellos concursados personas naturales honestos, en relación con las deudas que no hubieran sido satisfechas con el producto de la liquidación concursal, para procurar a estos deudores honestos una segunda oportunidad, un *fresh start*, como ocurre en otros ordenamientos como el norteamericano, el alemán, el francés o el portugués», pero dicha propuesta no prosperó⁵.

La introducción en nuestro Derecho concursal de unas directrices efectivas de la referida segunda oportunidad, para este tipo de personas, tiene como punto de partida la referencia establecida en la Disposición Adicional Única de La Ley 38/2011, de Reforma Concursal, de 10 de octubre, la cual dispone que:

«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.»

⁵ Así lo reflejan BELTRÁN, E.-MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «Comentario del art. 178 de la LC», en AA. VV., *Comentario de la Ley Concursal*, vol. II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2.644. A nivel doctrinal, propusieron su introducción, durante la tramitación parlamentaria de la reforma, CERDÁ ALBERO, F.-SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos (claves para la reforma concursal)*, La Caixa, Barcelona, 2001, pp. 121 y 135.

De hecho, resulta muy significativo el dato de que resulte tan reducido el número de concursos de personas físicas que se presentan, sean o no empresarios, máxime si tenemos en cuenta el elevado nivel de endeudamiento existente a ese nivel.

La explicación a tal realidad es evidente: el actual mecanismo concursal actúa como un componente profundamente desincentivador del espíritu emprendedor⁶. Es más, en muchas ocasiones son los propios sistemas legales los que actúan como un obstáculo insalvable para que pueda tener lugar un nuevo comienzo.

En consecuencia, ya sea la continuidad del negocio actual, ya la puesta en funcionamiento de una actividad empresarial nueva, se ven directamente afectadas por las consecuencias generales del concurso, dadas las restricciones e inhabilitaciones que se aplican a quienes están inmersos en dicho procedimiento. Todo ello, sin tener en cuenta la anteriormente aludida «honestidad» que caracteriza a algunos deudores y que debería ser un factor a considerar de cara a evitar su estigmatización para poner en práctica proyectos empresariales futuros.

Es a través de las políticas de segunda oportunidad, en sentido amplio, tendentes a hacer posible una «rehabilitación» del concursado, como se consigue reequilibrar la situación anterior y garantizar el cumplimiento de los fines propios del concurso. En este sentido la «rehabilitación» debería entenderse no sólo como la recuperación de las facultades de representación y administración de patrimonios ajenos, allí dónde hubieran sido suspendidas, sino la recuperación del empresario honesto para el mercado. Ello pasa no sólo por la remoción de los obstáculos que puedan obstaculizar el ejercicio de su actividad profesional o empresarial, sino también por la creación de un «escenario amable» que les permita desarrollar aquélla. De manera singular, facilitar un acceso fluido al crédito para dar respuesta a las

⁶ No se debe obviar el hecho de que también otros factores —si bien en menor medida— influyen en esta falta de utilización de los mecanismos concursales. Así, siguiendo a SERRANO DE TOLEDO, podemos citar el excesivo coste de tal procedimiento, la escasa tasa de recuperación de los créditos concursales, la incidencia de las normas contables de las entidades de crédito; e incluso habría que tener en cuenta algunos factores de carácter cultural, como es el caso de aquellos que van ligados al estigma de la quiebra o a la falta de una cultura empresarial en el uso del esquema concursal para tratar de poner solución a los problemas de insolvencia. Por último, no podemos olvidar también la lamentable falta de apoyo por parte de los poderes e instituciones públicas a aquellos empresarios cuyo objetivo es volver a iniciar su actividad. *Vid.* SERRANO DE TOLEDO, L. G., «Reflexiones de Derecho Administrativo Económico sobre concurso y segunda oportunidad», *La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*, *op. cit.*, p. 6.

nuevas perspectivas de todos aquellos empresarios emprendedores que han salido fortalecidos, aprendiendo de sus errores, de una situación de crisis financiera.

III. Inconvenientes de estas políticas

Las políticas de segunda oportunidad sirven indudablemente como instrumento de mejora y promoción del espíritu emprendedor, evitando asimismo la concurrencia de posibles situaciones de exclusión social. Dichas políticas no se agotan, como veremos, en la llamada exoneración o liberación de deudas, aunque ésta constituye el aspecto más urgente, o necesitado de reforma en la regulación actual. Avanzadas las ventajas de esta media, sin embargo, cabe señalar, una serie de desventajas o riesgos:

- Los mecanismos de exoneración de las deudas residuales no deben ser empleados de manera descontrolada y, en todo caso, no han de suponer una carga desproporcionada para el acreedor.
- Del mismo modo, no es justificable la aplicación de los mismos a aquellos deudores que no hayan puesto de manifiesto su «carácter honesto» en el sentido que hemos descrito anteriormente. Dicho de otra manera, no deben ser beneficiarios de los mecanismos de segunda oportunidad, los deudores que hayan carecido de un previo comportamiento diligente, dando lugar a indeseables situaciones de sobreendeudamiento activo.
- Finalmente, hay que tener en cuenta también el efecto que estas actuaciones de rehabilitación pueden tener en los balances de las entidades de crédito, en la medida en que ellas constituyen los principales vehículos de financiación de los empresarios y consumidores últimos en nuestra sociedad⁷.

⁷ Así, habrá que ponderar el efecto de medidas típicas de rehabilitación, como es el caso de la suspensión de aquellas actuaciones que conllevan la ejecución de garantías reales, mientras se esté llevando a cabo la aplicación de políticas de segunda oportunidad. No hay que olvidar que la mera exoneración de las deudas concursales no satisfechas, constituye una excepción al artículo 1.911 de nuestro Código Civil y, sobre todo, al derecho de propiedad de los acreedores. *Vid.* SERRANO DE TOLEDO, L. G., «Reflexiones de Derecho Administrativo Económico sobre concurso y segunda oportunidad», *La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*, *op. cit.*, p. 12.

IV. El «fresh start» como política europea⁸

La Carta Europea de la Pequeña Empresa adoptada en el año 2000, se configura como punto de partida de las políticas europeas de segunda oportunidad, en tanto en cuanto constituye un instrumento no vinculante por el que los Estados miembros se comprometen a llevar a cabo acciones de apoyo a favor de las PYMES, alcanzando así una mejora de su entorno y favoreciendo, en la medida de lo posible, el espíritu emprendedor que subyace en el origen de las mismas⁹.

Partiendo del hecho de que ya en uno de los principios enunciados en la citada Carta Europea se reconocía que la iniciativa emprendedora va siempre acompañada —como ineludible consecuencia del riesgo que entraña— de una cierta dosis de fracaso, lo cual sirve en muchas ocasiones como una extraordinaria oportunidad de aprendizaje, se aprobó un Programa Plurianual para las pequeñas y medianas empresas que actuase como marco normativo favorecedor de la actividad empresarial e impulsor de mejoras en lo tocante a la posición de los empresarios emprendedores¹⁰.

A partir de aquí, se producen distintos hitos, algunos de ellos muy recientes, en lo relativo a estas políticas:

- a) El Informe final del «Proyecto Best» de la Comisión Europea sobre «Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo» publicado en septiembre de 2003 tiene como eje central del mismo el nuevo comienzo y el estigma asociado al fracaso empresarial¹¹. Para el nuevo comienzo, se recomienda fomentar la posibilidad de seguir adelante con la empresa o crear una nueva tras el proceso

⁸ Sobre este aspecto, *vid.* SERRANO DE TOLEDO, por la sencillez y exhaustividad en el análisis del tema planteado. *Vid.* SERRANO DE TOLEDO, L. G., «Reflexiones de Derecho Administrativo Económico sobre concurso y segunda oportunidad», *La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis, op. cit.*, pp. 13-26.

⁹ Más en concreto, esta Carta Europea fue adoptada por el Consejo Europeo celebrado en Santa María de Feira (Portugal) los días 19 y 20 de mayo de 2000.

¹⁰ Este Programa fue adoptado por Decisión del Consejo de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2000 (DOCE de 29/12/2000) y ha sido objeto de aplicación durante el quinquenio 2001-05.

¹¹ La Dirección General de Empresa de la Comisión Europea ideó una metodología conocida como «Procedimiento Best». Dicho Procedimiento consiste en la realización de evaluaciones comparativas en cuestiones que se consideran cruciales para alcanzar el objetivo de Lisboa e incluye la definición de indicadores de resultados, patrones de comparación y objetivos operativos de mejora. El Proyecto «Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo» iniciado en 2002 dentro del marco del «Procedimiento Best» consistió en una serie de reuniones entre la Comisión Europea y un grupo de expertos, resultado de lo cual es el Informe final que se cita en el texto.

concurstal, para lo cual han de darse dos condiciones: a) la exoneración del deudor de las deudas pendientes; b) la limitación de las restricciones impuestas al deudor individual en los concursos no culpables («bona fide»). Por lo que respecta al estigma asociado al fracaso empresarial, se recomienda: a) fomentar la publicidad de la «no culpabilidad» del concursado; b) desarrollar programas informativos y educativos contra el estigma asociado al fracaso empresarial; c) prestar especial atención a los intereses de aquellas que, en el ámbito empresarial y financiero, tratan de ayudar a las empresas en apuros a salir adelante; d) promover, en general, que los empresarios que no son culpables de su insolvencia comiencen de nuevo.

- b) En el año 2007, la Comunicación de la Comisión «Superando el estigma del fracaso empresarial para una política de segunda oportunidad; implementando el acuerdo de Lisboa para el crecimiento y empleo» declara que los países de la Unión Europea deberían facilitar una «segunda oportunidad para los emprendedores que han fracasado o están en riesgo de hacerlo». Con este propósito invita a los Estados miembros a emprender acciones en orden a reducir la estigmatización del fracaso empresarial.
- c) De forma paralela, el proceso iniciado con la Carta Europa culmina en el año 2008, con la aprobación de la *Small Business Act* para Europa. Dicho texto supone el desarrollo de una iniciativa en favor de las pequeñas empresas, creando así un nuevo marco político integrador de los instrumentos estratégicos existentes en materia de política de empresa¹².

En su punto II, refiere el documento citado la necesidad de «garantizar que los empresarios honestos que hayan hecho frente a una quiebra tengan rápidamente una segunda oportunidad». Para ello, establece como actuación más inmediata para la Comisión, la de continuar promoviendo una política adecuada en aras a alcanzar la consecución del objetivo propuesto, facilitando en todo caso la actividad de intercambio de buenas prácticas entre los Estados miembros. Estos últimos tendrán que promover una actitud positiva en la sociedad —por ejemplo, a través de campañas públicas de información— hacia todos aquellos suje-

¹² Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa. Bruselas, 25 de junio de 2008 (COM(2008) 394 final). Vid. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/policy_structure/communication/index_en.htm.

tos emprendedores que quieran volver a dar comienzo a su actividad empresarial.

Asimismo, se invita a los Estados miembros a intentar limitar a un año la duración del conjunto de procedimientos jurídicos de liquidación de una empresa, en aquellos supuestos en los que se produzca una quiebra de carácter no fraudulento, y se les solicita también que traten de garantizar que aquellos empresarios que inicien de nuevo su actividad reciban idéntico tratamiento al que se dispense a las nuevas empresas, incluso en lo referente a los sistemas de apoyo que se les brinden¹³.

d) Este aspecto fue abordado en un nuevo Informe «Una segunda oportunidad para los emprendedores: prevención de la insolvencia, simplificación de los procedimientos y apoyo para un nuevo comienzo» (enero de 2011)¹⁴. Con arreglo a dicho informe, elaborado por un Grupo de expertos constituido para el intercambio de buenas prácticas entre los Estados Miembros, se establecen, entre otras, las siguientes recomendaciones:

- La exoneración de las deudas es fundamental para la implementación de los mecanismos de rehabilitación, *fresh start* o segunda oportunidad.
- La aplicación de criterios bien definidos que sirvan para distinguir claramente entre aquellos concursos en los que estén inmersos emprendedores caracterizados por la honestidad de su gestión, y aquellos procesos concursales en los que se vean involucrados empresarios que no puedan presumir de tal calidad en lo que a su decantación por la vía concursal se refiere.

Es esta distinción la que determina que los sistemas de insolvencia deban clasificar a los deudores en virtud de si han actuado honestamente aun cuando hayan caído en un endeudamiento excesivo, o bien si han actuado de manera deshonesto, incumpliendo intencionadamente sus obligacio-

¹³ Todos los principios recogidos en la Small Business Act fueron confirmados por el Consejo Europeo de 2008, lo cual implica el compromiso de su implantación por parte de los Estados miembros.

¹⁴ Este informe ha sido el resultado de un Proyecto sobre «Insolvencia y Segunda oportunidad» («Bankruptcy and Second Chance») desarrollado entre los años 2008 y 2010. *Vid.* «A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start», en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/policy_structure/main_policy_recommendations/index_en.htm.

nes, razón por la que habrán de ser objeto de sanciones de carácter civil o, incluso, de índole penal.

— Los procesos —liquidativos— de insolvencia pueden constituir la opción más acertada cuando la aplicación de un proceso de reorganización resulte inasumible por entrañar un coste excesivo para las PYMES. En este sentido, hay que emprender cuantos cambios legislativos sean precisos para minimizar la cuantía de dichos gastos.

e) Esta clara apuesta europea en favor de las políticas de segunda oportunidad, ha sido revisada posteriormente como consecuencia de la actual situación de crisis económica. Así, la Comunicación de la Comisión 23 de febrero de 2011 lleva a cabo una revisión de la «Small Business Act», con la recomendación a los Estados Miembros de «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»¹⁵.

f) Recientemente, una nueva Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, el Consejo y el Comité europeo económico y social: «Un nuevo enfoque europeo al fracaso empresarial y la insolvencia» publicada el 12 de diciembre del 2012, junto con una nueva regulación de las insolvencias transfronterizas, ha abordado este aspecto¹⁶.

Conforme a dicha Comunicación, las limitaciones más relevantes para el acceso a una segunda oportunidad efectiva son las siguientes:

1. La existencia de procedimientos largos y costosos.
2. El hecho de que los empresarios honestos estén sujetos a las mismas limitaciones que los empresarios que hayan actuado con culpa o fraude, con el resultado de que los primeros no sólo se enfrentan al mismo estigma social derivado del con-

¹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: «Review of the «Small Business Act» for Europe», en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/index_en.htm.

¹⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: «A new European approach to business failure and insolvency», en http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm.

curso, sino también a los mismos obstáculos legales y administrativos para emprender un nuevo negocio.

3. La existencia de dificultades para acceder a nueva financiación, a pesar de que la realidad evidencia que quienes intentan reiniciar su actividad empresarial han aprendido de sus errores y experimentan un crecimiento más rápido que los nuevos empresarios.

A la vista de estas limitaciones, a juicio de la Comisión, aparte de que las legislaciones de los Estados miembros contemplen una clara diferenciación entre el empresario honesto y deshonesto, cualquier tipo de acción o programa encaminado a favorecer un nuevo comienzo deberían estar basados en esta distinción. De manera singular, las medidas más significativas que deberían adoptarse para reforzar la segunda oportunidad son: –la existencia de procedimientos de liquidación separados para empresarios honestos y deshonestos; –la posibilidad de procedimiento de liquidación abreviados («fast track») para empresarios honestos.

Asimismo, recuerda que el Consejo de Competitividad, en sus conclusiones de 31 de mayo de 2011, invita a los Estados miembros a armonizar el plazo fijado para la exoneración de deudas («time to discharge»), a un plazo inferior a tres años para el 2013¹⁷. Señala en este sentido que el acortamiento y armonización del plazo para la exoneración sería un paso decisivo para la creación de un entorno empresarial «más amable», y un primer paso para una aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en esta materia.

V. Distintos indicadores. Aplicación al ordenamiento español

A nivel comunitario, se han identificado algunos indicadores que permiten analizar en qué medida los sistemas jurídicos pueden ser disuasorios para un nuevo comienzo. No se ha especificado el valor relativo de cada uno, ni qué grado de cumplimiento debe darse para poder hablar de un marco legal favorecedor de la segunda oportunidad. Pero en todo caso, el análisis de dichos indicadores en relación con la Ley concursal vigente es imprescindible para determinar qué aspectos de la misma favorecen un nuevo comienzo y cuáles son susceptibles de ser removidos en ulteriores reformas.

¹⁷ Vid. Conclusión n.º 14 del Anexo «Council Conclusions on the Review of the «Small Business Act», en «Register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st10/st10975.en11.pdf».

Según el Informe final del Grupo de Expertos publicado en septiembre de 2003, anteriormente citado, dichos indicadores son los siguientes:

- Consecuencias del concurso
- Restricciones, inhabilitaciones y prohibiciones
- Distinción entre concursos fortuitos y culpables
- Exoneración de las deudas pendientes

V.1. *Consecuencias del concurso*

Las consecuencias del concurso son especialmente negativas en el caso del empresario individual, ya que éste ha de recurrir a todas sus propiedades, incluidos sus ingresos futuros para saldar su deudas (incluso, si el régimen matrimonial así lo exige, las propiedades de su cónyuge). Tratándose de empresario persona jurídica, lo que sucede es que los bancos suelen exigir garantías personales a los propietarios y administradores de la sociedad, o a personas relacionadas con éstos (familia y amigos).

En Derecho español no se ha implementado ninguna medida que impida estos resultados.

V.2. *Restricciones, inhabilitaciones y prohibiciones*

Las legislaciones reguladoras de la insolvencia suelen imponer restricciones, inhabilitaciones y prohibiciones a los deudores sujetos a un procedimiento concursal o a sus representantes legales. Sin embargo, en la medida que suponen un obstáculo para reiniciar la actividad empresarial deben estar sometidas a unos límites razonables.

Una de las novedades de la Ley concursal 22/2003 fue, precisamente, la eliminación de los aspectos represivos y puramente sancionadores de la insolvencia.

De acuerdo con lo establecido en dicha Ley:

- La mera declaración de concurso no afecta a los derechos y libertades fundamentales del concursado sino que la Ley confiere al juez del concurso amplias facultades para acordarlas y adecuarlas a las circunstancias concretas de cada caso. En la medida que tales limitaciones afectan a los derechos fundamentales, su regulación se realiza a través de una de una Ley Orgánica (LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la LOPJ).

- La «inhabilitación» del concursado (así como de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores) tampoco es un efecto inmediato de la declaración de concurso sino que está vinculada a que dichas personas estén afectadas por la calificación culpable del concurso (ex art. 172.2.1.º y 2.º LC, conforme a la redacción dada a estos preceptos por la Ley 38/2011). La «inhabilitación» impide administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona, exclusivamente durante un periodo concreto, entre dos o quince años, en función de la gravedad de los hechos, la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos (cfr. nueva redacción art. 172.2.2.º LC).
En concordancia con lo establecido en este precepto, únicamente quienes hayan sido «inhabilitados», al haber sido afectados por la calificación culpable de concurso, no podrán ejercer el comercio ni ser administradores de una sociedad mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia (cfr. arts. 13.2 CCom y 213 LSC, respectivamente), al igual que establece la legislación específica para el ejercicio de otros cargos.
- Sin embargo, la imposibilidad de administrar bienes ajenos integrados en el patrimonio de una persona física no depende de la calificación del concurso como culpable sino de la mera apertura de la liquidación (cfr. arts. 244.5.º, 291 y 301 CC en relación con la Disp. Adic. regla 3.ª LC). Asimismo están vinculadas con la mera apertura de la liquidación, y no con la declaración culpable del concurso, las prohibiciones para desempeñar determinados cargos establecidas para el quebrado bajo la legislación anterior que no hayan sido expresamente modificadas por la Ley concursal vigente (cfr. Disp. Adic. 1.ª, regla 3.ª).

V.3. *Distinción entre concursos fortuitos y culpables*

La regulación de la insolvencia debe establecer una distinción clara entre las medidas aplicables a los concursos fraudulentos o u culpables y los fortuitos.

Como se ha visto en el apartado anterior, la legislación española anuda la «inhabilitación», entendida como la imposibilidad de administrar bienes ajenos integrados en el patrimonio de una persona jurídica, así como de representar a cualquier persona, al hecho de que determinadas personas hayan sido declaradas afectadas por la calificación cul-

pable del concurso. Pero, además, la Ley concursal establece la pérdida de cualquier derecho que dichas personas tuvieran como acreedores concursales o de la masa (cfr. art. 172.3 LC). Por otra parte, contempla la posibilidad de que, cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la liquidación, se condene a todos o alguno de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales que hubieran sido afectadas por la calificación, al pago de los créditos que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa (cfr. nuevo art. 172 bis).

Así, en principio, en nuestro Derecho concursal actual es la sección de calificación el espacio destinado a valorar la conducta del deudor o, en su caso de sus administradores o liquidadores¹⁸. Sin embargo, debe observarse que la conducta del deudor es valorada, más allá de la pieza de calificación, en el supuesto de que aquél opte por una solución concreta en el concurso, que es la propuesta anticipada de convenio. En efecto, el establecimiento de una serie de prohibiciones que impiden a determinados deudores presentar dicha propuesta (cfr. art. 105 LC, drásticamente reducidas tras la reforma introducida por el RD 3/2009, de 27 de marzo, que eliminó cuatro de los seis supuestos), son restos de la expresión de un beneficio conferido al «deudor honesto», en el sentido de que sólo puede acogerse a las ventajas que ofrece dicha propuesta quien no ha incurrido en ciertas conductas¹⁹.

Pero lo que no se ha hecho, pesar de la recomendación que contempla la reciente comunicación de la Comisión de 12 de diciembre de 2012, es establecer un procedimiento de liquidación abreviado para los empresarios honestos. La versión original de la Ley concursal 22/2003 señalaba que el juez podía aplicar, con carácter potestativo, el procedimiento abreviado regulado en la misma cuando el deudor pudiera presentar balance abreviado y la estimación inicial del pasivo no superarse un millón de euros. La reforma llevada a cabo por el RD 3/2009, de 27 de marzo, introdujo dos modificaciones, al elevar el señalado límite cuantitativo a diez millones de euros, y establecer su carácter obliga-

¹⁸ *Vid.*, en este sentido, JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, Madrid, LA LEY, 2012, pág. 200.

¹⁹ *Vid.*, en este sentido, PULGAR EZQUERRA, J., «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2005, pág. 444. No obstante, lo entiende de manera distinta, JACQUET YESTE, quien considera que son las deficiencias de información las que justifican la imposición de las restricciones subjetivas para presentar la propuesta anticipada de convenio (*La propuesta...*, *op. cit.*, págs. 200-202).

torio, y no meramente potestativo. La última reforma introducida por la Ley 38/2011, de una parte, atribuye al juez la facultad de aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso «no reviste especial complejidad» atendiendo a las circunstancias que la propia ley recoge; así como en el caso de que el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo o pasivo (cfr. art. 190.1 y 2 LC). De otra parte, establece la obligación de aplicar imperativamente este procedimiento en otros dos supuestos específicos (cfr. art. 190.3), que nada tienen que ver con la culpabilidad del concurso.

V.4. Remisión o quita de las deudas pendientes

La rápida liberación de responsabilidad por deudas pendientes es decisiva para promover un nuevo comienzo y la actividad empresarial. La exoneración automática del pasivo no satisfecho está prevista en algunos países, aunque la mayoría acepta la liberación, total o parcial, después de seguir un procedimiento especial vinculado a la noción de concurso «inocente», o después de cierto periodo de tiempo durante el cual el empresario demuestra un buen comportamiento. El periodo de tiempo que debe transcurrir para alcanzar dicha liberación es distinto en cada país.

En nuestro ordenamiento, la Ley concursal distingue entre la solución de convenio y la de liquidación.

La aprobación del convenio produce un efecto novatorio de las obligaciones afectadas que se mantiene en caso de cumplimiento (ex art. 136 LC), aunque si el mismo se incumple, desaparece la eficacia extintiva de los créditos afectados por la quita.

En caso de liquidación, la Ley 38/2011 unifica los efectos de la conclusión del concurso por liquidación con pasivo insatisfecho y por insuficiencia de masa activa. En ambos casos, el deudor seguirá siendo responsable del pago de los créditos restantes, de tal modo que los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, a cuyos efectos la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme, sin perjuicio de que dicha posibilidad cese si se acuerda la reapertura del concurso, si se dieran las circunstancias, o se declara uno nuevo (cfr. art.178.2 LC). En todo caso, dicho efecto se ve muy matizado en el caso de las personas jurídicas como consecuencia de que la extinción, y consiguiente cancelación de su inscripción en los Registros, que lleva aparejada la conclusión del concurso

en ambos casos (cfr. art. 178.3), todo lo cual supone que la subsistencia de la responsabilidad no opere del mismo modo en el caso de las personas jurídicas y de las personas físicas.

VI. Actitudes sociales negativas hacia el concurso

En relación a este punto, el Informe final del grupo de expertos de 2003 intenta definir diferentes modos de modificar las actitudes sociales negativas que suscitan las empresas que han sido declaradas en concurso.

La primera conclusión que resulta de los debates del grupo es que la legislación sobre insolvencia de los Estados Miembros puede influir en la opinión de la sociedad acerca de las situaciones concursales y, en consecuencia, sobre el estigma social del concursado. En el apartado anterior se han analizado algunos indicadores definidos por este grupo a la luz de la Ley concursal española, con el objeto de identificar aquellos aspectos de nuestra regulación que pudieran ser mejorados para favorecer una segunda oportunidad del concursado, que es un aspecto esencial para erradicar una actitud negativa hacia el concurso.

Pero hay otros aspectos de la legislación que favorecen dicha actitud, al margen de las consecuencias que puedan tener para un nuevo comienzo del concursado. Así, de acuerdo con dicho Informe, los legisladores han de ser conscientes de que pueden propiciar el «estigma» del concurso algunas de las siguientes medidas:

- sanciones impuestas a los concursados
- prohibición de desarrollar actividades económicas
- publicidad negativa hacia el concurso
- invocación de la responsabilidad personal de los directivos y la cobertura del seguro de la que se pueden beneficiar
- en general, confusión entre concurso fraudulento y no fraudulento

Al margen de las decisiones de política legislativa que cabe adoptar en esta materia, las autoridades nacionales o autonómicas deben favorecer la eliminación de una actitud negativa hacia el concurso. Entre las medidas que cabría llevar a cabo para modificar las actitudes sociales negativas o el «estigma» del concurso, tomando como base lo establecido en dicho Informe, cabría señalar las siguientes:

1. Favorecer que las empresas concursadas comiencen de nuevo, estableciendo las condiciones necesarias para el reinicio de la actividad y eliminando trabas administrativas y restricciones en este sentido.

2. Llevar a cabo campañas informativas sobre el significado de la insolvencia y sus consecuencias. De manera singular, sobre los beneficios del nuevo comienzo, en cuanto los concursados aprenden de sus errores y tienen más éxito en posteriores intentos.
El acento de dicha campaña debería ponerse en establecer una distinción clara entre el deudor honesto y el fraudulento o culpable. Así, al hacerlo, podría mejorar indudablemente la actitud de los terceros hacia el primero.
La información debería articularse en distintos niveles: el concursado y su entorno (círculo empresarial y financiero), y el público en general, sobre la base de que los primeros suelen tener un mayor grado de conocimiento de la insolvencia y sus consecuencias.
3. Tratamiento adecuado de la información relativa al concurso en la vida pública y en los medios de comunicación. Concienciar a los agentes sociales del daño que el mal uso de la información sobre los concursos puede causar a los empresarios que pasan por esta situación y, por ende, a la economía.
4. Desarrollo de programas concretos de formación y educativos sobre las situaciones concursales, dirigidos a los empresarios y su entorno (trabajadores y sector financiero).
5. Aplicar criterios de máxima transparencia e información en las empresas con dificultades financieras, con el fin de garantizar el apoyo de todos los agentes implicados (clientes, proveedores, trabajadores y acreedores financieros) en caso de que llegara a declararse el concurso
6. Arbitrar los medios necesarios para la publicidad de la decisión en la que el concurso se declare «no culpable» sin coste para el empresario.

VII. Propuestas para favorecer la segunda oportunidad

A la vista del análisis realizado, cabría proponer una serie de modificaciones de la regulación concursal vigente, con el fin de facilitar la segunda oportunidad del concursado. Así, de mayor o menor grado de «necesidad», cabría señalar las siguientes:

- Una adecuada política de segunda oportunidad pasa necesariamente por la exoneración de las deudas residuales —e incluso, cuando resulte procedente, su extinción— en aquellos supuestos en los que se proceda a la liquidación de los bienes del concursado, persona física o jurídica, de buena fe.

De establecerse dicha exoneración deberían establecerse límites o contrapesos razonables, como limitar la posibilidad de acudir a la vía concursal durante un periodo temporal razonable, a partir del momento de la conclusión del concurso.

- En segundo lugar, resultaría muy recomendable establecer, con carácter imperativo, un procedimiento concursal orientado a la liquidación abreviado o simplificado —dentro de la propia Ley Concursal, para respetar en todo caso el principio de unidad legal— sencillo, rápido y con un coste muy reducido, por razón de la clase de sujeto declarado en concurso, con el objetivo de suprimir trámites innecesarios.

Este mecanismo especial se aplicaría a las personas físicas consumidores y empresarios o profesionales, así como, dentro de los límites que se fije, a las pequeñas y medianas empresas.

Esta medida dotará, indudablemente, de una mayor flexibilidad y rapidez al procedimiento²⁰.

- Finalmente, dadas las dificultades para lograr la aprobación de un convenio sería deseable que el juzgador pudiera imponer un «plan de pagos forzoso», siquiera en aquellos casos en los que la mayoría de los acreedores no votasen a favor.

Dicha medida puede ir ligada, aunque no necesariamente, a una fase previa de mediación voluntaria, de manera que de no obtenerse un acuerdo por esta vía, el juez podría imponer el plan de pagos.

En todo caso, cualquier de las medidas que puedan adoptarse en este ámbito han de guardar una relación de proporcionalidad entre el objetivo que se persigue y los medios utilizados para ello, ya que, de otro modo, no resultaría justificable la imposición de una carga desproporcionada sobre los acreedores.

VIII. Criterios de política legislativa en materia concursal a nivel europeo

La modernización de la regulación de la insolvencia a nivel comunitario, con el objeto de facilitar la supervivencia de las empresas y favorecer una segunda oportunidad para los emprendedores, ha sido identificada

²⁰ Aunque para algunos no sea tan claro lo acertado de proceder a la simplificación y agilización del procedimiento... *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, M., «Los motivos de la reforma de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, *op. cit.*, p. 26.

como una acción clave para mejorar el funcionamiento del mercado interior. Así, recientemente, el 12 de diciembre del 2012, la Comisión Europea ha publicado, junto con una nueva propuesta de regulación de las insolvencias transfronterizas, algunos criterios de política legislativa que pretende desarrollar en materia concursal (*vid.*, en este sentido, la reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social Europeo «Una nueva aproximación al fracaso empresarial y a la insolvencia», de 12 de diciembre de 2012).

De manera singular, se presta especial atención a la situación de las SMEs («small business»). En particular a la necesidad de favorecer el acceso a la segunda oportunidad («second chance»), aspecto que ya había sido objeto de atención especial por la Comisión en la Revisión del «Acta de la Pequeña Empresa» de 23 de febrero de 2011, y que fue posteriormente incorporado a las conclusiones del Consejo de Competitividad sobre dicha revisión el 31 de mayo de 2011. De forma paralela, el mismo día 12 de diciembre, como se ha dicho, la Comisión publica una nueva propuesta de «Regulación del Parlamento Europeo y del Consejo modificando la Regulación del Consejo n.º 1346 sobre procedimientos de insolvencia», que está inspirada en este nuevo enfoque de la insolvencia.

Los criterios generales de política legislativa no sólo son aplicables a las SMEs, sino a todos los procedimientos de insolvencia, al igual que sucede con los tenidos en cuenta para la nueva propuesta de Regulación de las insolvencias transfronterizas. Sin embargo, no puede concluirse un estudio de esta naturaleza sin que dichos cambios sean tenidos en cuenta, ya que determinan las grandes líneas por las que necesariamente deberán discurrir la futura armonización del Derecho concursal europeo, que dados los términos en los que se pronuncia la Comisión en esta Comunicación es algo que no parece tan lejanos. En particular, lo relativo a la necesidad de armonizar el plazo para la exoneración del pasivo pendiente («time to discharge») a un plazo inferior a tres años para las pequeñas empresas que el Consejo invita a los Estados miembros a cumplir para el 2013 (pueden verse a este respecto las conclusiones del Consejo de Competitividad de mayo de 2011 sobre la revisión del Acta de la pequeña Empresa Europea, anteriormente citado).

Según dicha Comunicación, la respuesta debería ser una regulación común que permitiera a las empresas sobrevivir a la crisis financiera, operar de forma más eficiente y, cuando fuera necesario, un nuevo comienzo, que fuera aplicable no sólo a las grandes multinacionales sino —sobre todo— a los 20 millones de pequeñas empresas, que constituyen el tejido empresarial de la economía europea. Sin embargo, la

regulación del Consejo n.º 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia es mucho más limitada. No lleva a cabo una armonización de las diferentes legislaciones de los Estados Miembros sino que únicamente se ocupa de los casos que tengan algún elemento internacional («cross-border cases»). Una regulación común de la insolvencia en los Estados Miembros de la Unión, más allá de las insolvencias transfronterizas, ayudaría a las empresas a sobrevivir y animaría a los emprendedores a lograr una segunda oportunidad. Dicha regulación debería asegurar que los procedimientos rápidos y eficientes, en beneficio del deudor y de los acreedores, ayudar a salvaguardar los puestos de trabajo y viabilidad de las empresas.

En este contexto, la Comisión Europea ha señalado que la reforma de las legislaciones internas constituye una herramienta importante para promover la recuperación económica. El reto, se dice, es encauzar de manera rápida y adecuada las dificultades financieras, al tiempo que se protege el interés legítimo de los acreedores a ver satisfechos sus créditos y se asegura el acceso a la justicia de todas las partes implicadas.

Durante los últimos veinte años, la idea del mercado común único se ha entendido, simplemente, como un espacio sin fronteras, que permite un amplio reconocimiento de los efectos de los procedimientos de insolvencia transfronterizos. Sin embargo, la existencia de una regulación común implicaría un mayor grado de confianza para las empresas y emprendedores que operan en el mercado interior y, en consecuencia, mejoraría el funcionamiento del mismo, con remoción de los obstáculos que conducen al problema del «forum shopping». Según el criterio de la Comisión, una segunda oportunidad para reiniciar empresas viables y la salvaguardia del empleo son los elementos claves de una nueva aproximación al fracaso empresarial y la insolvencia en el ámbito de la Unión Europea. Así, la propuesta para la reforma de la regulación de los procedimientos de insolvencia transfronteriza, adoptada en paralelo, se basa ya, como veremos, en este nuevo enfoque. Al igual que lo hará el próximo Plan de Acción para la iniciativa empresarial europea. Sobre esta base, se pretende la identificación de aquellos aspectos en los que este nuevo enfoque debería centrarse con el fin de desarrollar la cultura del rescate y recuperación de las empresas en los Estados miembros.

A este respecto, se han tomado en consideración los numerosos informes e investigaciones llevados a cabo por la Comisión y por el Parlamento Europeo sobre las diferentes legislaciones adoptadas los Estados miembros. En concreto la Comisión ha estudiado recientemente las llamadas «dinámicas empresariales». Este estudio revela que el grado de eficiencia de los procedimientos de insolvencia viene determinado por provisiones específicas, tales como la posibilidad de acuerdos extrajudi-

ciales, procedimientos simplificados para las pequeñas empresas, sistemas de «alarma temprana», y sobre todo oportunidades para una segunda oportunidad.

La Comisión ha identificado algunas áreas en las que las diferencias entre las legislaciones internas pueden crear inseguridad jurídica y un entorno hostil para las empresas.

Estas áreas son las siguientes:

1. La «Segunda oportunidad» para emprendedores honestos.
Como se explica con detalle en un apartado específico, el principio II de la Small Business Act for Europe, tras su última revisión en 23 de febrero de 2011, promueve la llamada segunda oportunidad para empresarios honestos, es decir, en aquellos supuestos en los que el fracaso empresarial no se ha debido a culpa del empresario o sus administradores, en contraposición a aquellos casos en los que el concurso ha sido fraudulento o culpable.
2. Desiguales oportunidades para la reestructuración debido a las diferentes reglas para iniciar un procedimiento de insolvencia.
Existen diferencias significativas entre los Estados Miembros en relación al momento en que cabe iniciar un procedimiento de insolvencia (si se exige una insolvencia actual o cabe una insolvencia inminente), así como en los diferentes requisitos exigibles («insolvency test»). Asimismo hay diferencias en relación al plazo del que dispone el deudor para cumplir con su deber de instar el concurso, cuando la amplitud del mismo puede influir en su capacidad para resolver sus dificultades financieras.
3. Diferencias relativas a la legitimación para instar un procedimiento de insolvencia
En todos los Estados Miembros están legitimados el deudor (persona natural o jurídica, pública o privada), y los acreedores, aunque algunos ordenamientos exigen requisitos específicos en este último caso. Estas restricciones pueden dar lugar a diferencias de trato injustificadas cuando se pretenda iniciar diferentes procedimientos contra el mismo deudor en diferentes Estados Miembros.
4. Incertidumbre para los acreedores en cuanto a la forma de hacer valer sus derechos en el concurso.
Los Estados miembros regulan este aspectos de forma muy diferente. Las diferencias se refieren no sólo al plazo para comunicar sus créditos y hacer valer sus derechos en el concurso, sino también a la disponibilidad y modo de acceder a la información relativa al concurso, así como a las consecuencias derivadas de no hacer valer sus derechos en plazo.

5. Reglas relativas a los convenios

Existen diferencias importantes en cuanto a su contenido y los requisitos exigibles para la aprobación. Las diferencias más significativas se refieren a quién está legitimado para presentar la propuesta de convenio —mientras que la legitimación del deudor es generalmente aceptada, no sucede lo mismo respecto de los acreedores—, así como a las reglas relativas al procedimiento para su aprobación, de manera singular si los acreedores están divididos en categorías y las mayorías requeridas. También es distinto el grado de discrecionalidad atribuido al juez para su aprobación.

En relación a las SMEs, la Comisión establece algunos criterios de política legislativa que deben ser tenidos en cuenta para satisfacer las necesidades específicas de este tipo de empresas. Así, considera que, además de favorecerse la segunda oportunidad, debe prestarse el apoyo necesario para prevenir la insolvencia de estas empresas, facilitar la adopción de acuerdos extrajudiciales y el diseño de procedimientos judiciales adecuados al tamaño y recursos de las mismas.

De forma más concreta, señala que los costes de los procedimientos de reorganización que contemplan las legislaciones son demasiado elevados para las SMEs, lo que provoca que a menudo la única solución viable sea la liquidativa. Sobre esta base, plantea la aplicación de tarifas máximas («capped fees») para este tipo de empresas, así como la búsqueda de procedimientos alternativos que supongan un menor coste. De manera singular, menciona los procedimientos extrajudiciales, que deberían estar abiertos a todo tipo de deudores, con independencia de los fondos disponible, cuyo porcentaje de éxito está por encima del 50% a pesar de que el proceso de negociación de estos acuerdos es relativamente corto.

Por otro lado, se apunta que las SMEs también pueden verse afectadas por las dificultades económicas como acreedores, debido a que con carácter general adolecen de privilegios. Sobre esta base, se plantea la posibilidad de «explorar» si cabría mejorar la condición de las SMEs como acreedores.

La Comisión, como primer paso, ha propuesto la modernización de la Regulación sobre procedimientos transfronterizos de insolvencia. Asimismo anuncia su intención de adoptar un Plan de Acción sobre el espíritu empresarial europeo («European Entrepreneurship Action Plan»), que incluirá acciones específicas para la promoción de procedimientos de insolvencia eficientes y que garanticen la segunda oportunidad.

Como medida adicional, la Comisión está reflexionando sobre el camino a seguir para afrontar los problemas que derivan de la disparidad de regulaciones en los Estados miembros en las áreas anteriormente señala-

das. El reto es el de dirigir de manera adecuada las dificultades financieras del deudor, intentando satisfacer los intereses de los acreedores, para lo que tendrá un carácter instrumental la conservación de la empresa. Mientras tanto tiene previsto que continúe el enfoque iniciado bajo el «Semestre Europeo» del año 2011, al amparo del cuales posible realizar recomendaciones específicas dirigidas a que algunos Estados miembros reformen sus legislaciones de insolvencia, como han hecho ya algunos.

Todo lo expuesto evidencia que, el momento en el que nos hallamos pueda ser adecuado para plantear algunos cambios que, con acodo a los criterios señalados, permitan satisfacer de manera más adecuada los intereses de las PYMES.

IX. Conclusiones

La concepción actual del concurso ejerce un efecto claramente desincentivador del espíritu emprendedor. Esta es la razón fundamental que justifica la escasa utilización del mismo como cauce para dar respuesta a las dificultades financieras de las empresas. La «segunda oportunidad» o «fresh start» implica facilitar un nuevo comienzo al denominado «deudor de buena fe», con el objetivo de proceder a su rehabilitación para que así vuelva al circuito económico.

Las políticas de segunda oportunidad han demostrado ser plenamente efectivas para rehabilitar a los llamados «deudores honestos», de tal manera que puedan retornar al tráfico jurídico llevando a cabo de nuevo su actividad económica y empresarial, en las mismas o similares condiciones que el resto de los operadores jurídicos. Los efectos en la economía, como de la acción recuperadora de los empresarios referidos son así beneficiosos para el conjunto, dado el carácter creativo y emprendedor de los sujetos rehabilitados.

De acuerdo con los indicadores fijados por el grupo de expertos en relación al nuevo comienzo o «fresh start», tal como hemos referido, se detectan las siguientes deficiencias:

- No se contempla la exoneración del deudor honesto de buena fe, lo cual produce consecuencias especialmente injustas en el caso del empresario deudor persona física.
- No se establece un procedimiento específico de aplicación obligada para las pequeñas y medianas empresas, sin perjuicio de que el procedimiento abreviado se aplique de hecho a un buen número de este tipo de empresas.
- Resulta necesaria la eliminación de actitudes negativas ante el concurso, no sólo con el propósito de recuperar al concursado

para el mercado sino con la intención de favorecer la solución consistente en la enajenación de una empresa, o sus unidades productivas, en funcionamiento.

- Deberían adoptarse medidas concretas para eliminar las consecuencias especialmente negativas del concurso, tanto para las pequeñas empresas como para las personas físicas, y establecer ventajas para ayudarlas en su recuperación.

Por todo esto, entendemos que resulta esencial acometer desde las instancias públicas una campaña informativa y de formación, orientada no sólo al entorno del empresario, sino también al público en general.

X. Bibliografía

- BELTRÁN, E.-MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «Comentario del art. 178 de la LC», en AA. VV., *Comentario de la Ley Concursal*, vol. II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2.640-2.654.
- CERDÁ ALBERO, F.-SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos (claves para la reforma concursal)*, La Caixa, Barcelona, 2001.
- JACQUET YESTE, T., *La propuesta anticipada de convenio*, Madrid, LA LEY, 2012.
- PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley/Ramón y Cajal, Madrid, 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J., «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2005.
- SCHMIDT, K., «Fundamentos del nuevo Derecho Concursal alemán», en AA. VV. *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002, pp. 30-45.
- SERRANO DE TOLEDO, L. G., «Reflexiones de Derecho Administrativo Económico sobre concurso y segunda oportunidad», *La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis*, XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado, Burgos, 2011, pp. 1-26.
- VICENT CHULIÁ, F., «El concurso de la persona jurídica», en AA. VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2.370-2.410.
- ZABALETA DIAZ, M., «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 888-907.