

## *Una nueva oportunidad perdida: la ley de emprendedores<sup>1</sup>*

Fíjense en las dos tablas que figuran a continuación:

### **Estadística del Procedimiento Concursal** **Datos trimestrales de deudores concursados por Comunidades Autónomas y provincias**

#### **Deudores concursados por naturaleza jurídica**

Unidades: Personas

	Nacional	
	Personas físicas sin actividad empresarial	Empresas: personas físicas
2013TI	193	88
2012TIV	235	67
2012TIII	180	49
2012TII	236	97
2012TI	278	103
2011TIV	204	52
2011TIII	207	48
2011TII	280	69
2011TI	262	75
2010TIV	251	64
2010TIII	179	62
2010TII	272	70
2010TI	270	66
2009TIV	264	83
2009TIII	198	56
2009TII	321	82
2009TI	239	64
2008TIV	138	63
2008TIII	94	28
2008TII	106	30
2008TI	66	12
2007TIV	45	11
2007TIII	23	4
2007TII	26	6
2007TI	20	10
2006TIV	16	7
2006TIII	7	3
2006TII	18	9
2006TI	11	5
2005TIV	7	6
2005TIII	30	6
2005TII	26	10
2005TI	11	3

Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Estadística del Procedimiento Concursal

<sup>1</sup> Las ideas que se presentan aquí proceden fundamentalmente de una entrada en "Nada es gratis" escrita conjuntamente con Marco CELENTANI, a quien agradezco la amabilidad para basar estas líneas en nuestras ideas conjuntas.

## 2a. Bankruptcy orders by petition type and trading status

### England & Wales

not seasonally adjusted

Year	Bankruptcy Orders	Self-employed <sup>1</sup>		Other individuals <sup>1</sup>		
		count	%	count	%	
2003	28.021	9.139	32,6	18.882	67,4	
2004	35.898	9.564	26,6	26.334	73,4	
2005	47.291	10.839	22,9	36.452	77,1	
2006	62.956	10.894	17,3	52.062	82,7	
2007	64.480	7.058	10,9	57.422	89,1	
2008	67.428	8.183	12,1	59.245	87,9	
2009	74.670	9.753	13,1	64.917	86,9	
2010	59.173	8.157	13,8	51.016	86,2	
2011	41.876	8.893	21,2	32.983	78,8	
2012	r 31.788	r 7.723	r 24,3	r 24.065	r 75,7	
2003	Q1	6.912	2.468	35,7	4.444	64,3
	Q2	6.948	2.267	32,6	4.681	67,4
	Q3	7.221	2.296	31,8	4.925	68,2
	Q4	6.940	2.108	30,4	4.832	69,6
2004	Q1	8.524	2.437	28,6	6.087	71,4
	Q2	9.060	2.455	27,1	6.605	72,9
	Q3	9.315	2.300	24,7	7.015	75,3
	Q4	8.999	2.372	26,4	6.627	73,6
2005	Q1	10.188	2.446	24,0	7.742	76,0
	Q2	12.338	2.835	23,0	9.503	77,0
	Q3	12.256	2.850	23,3	9.406	76,7
	Q4	12.509	2.708	21,6	9.801	78,4
2006	Q1	16.283	3.150	19,3	13.133	80,7
	Q2	15.489	2.898	18,7	12.591	81,3
	Q3	15.418	2.990	19,4	12.428	80,6
	Q4	15.766	1.856	11,8	13.910	88,2
2007	Q1	17.937	1.981	11,0	15.956	89,0
	Q2	16.489	1.767	10,7	14.722	89,3
	Q3	15.600	1.660	10,6	13.940	89,4
	Q4	14.454	1.650	11,4	12.804	88,6
2008	Q1	15.814	1.915	12,1	13.899	87,9
	Q2	16.373	1.828	11,2	14.545	88,8
	Q3	17.237	2.115	12,3	15.122	87,7
	Q4	18.004	2.325	12,9	15.679	87,1
2009	Q1	20.446	2.798	13,7	17.648	86,3
	Q2	18.870	2.470	13,1	16.400	86,9
	Q3	18.347	2.280	12,4	16.067	87,6
	Q4	17.007	2.205	13,0	14.802	87,0
2010	Q1	18.256	2.321	12,7	15.935	87,3
	Q2	14.982	1.911	12,8	13.071	87,2
	Q3	13.907	1.650	11,9	12.257	88,1
	Q4	12.028	2.275	18,9	9.753	81,1
2011	Q1	12.539	2.579	20,6	9.960	79,4
	Q2 <sup>2</sup>	11.101	2.324	20,9	8.777	79,1
	Q3 <sup>2</sup>	9.578	2.035	21,2	7.543	78,8
	Q4 <sup>2</sup>	8.658	1.955	22,6	6.703	77,4
2012	Q1	9.132	r 2.213	r 24,2	r 6.919	r 75,8
	Q2	r 8.093	r 1.973	r 24,4	r 6.120	r 75,6
	Q3	r 7.642	r 1.827	r 23,9	r 5.815	r 76,1
	Q4	r 6.921	r 1.710	r 24,7	r 5.211	r 75,3
2013	Q1	r 6.673	1.682	25,2	4.991	74,8
	p Q2	6.469	..	..	..	..

p Provisional.

r Revised, reflecting changes to the raw data.

.. Not yet available

<sup>1</sup> Changes have been made to the part of the database used to capture information on trading status and industry codes. From 2006 Q4, "self-

employed" includes the categories "self-employed"; "trader but failure not as a result of trading" and "trading partnership" and "other individuals"

<sup>2</sup> Figures from Q2 2011 based on the date the court order was granted (see "Notes to Editors" paragraph 5).

Fuente: The Insolvency Service. Service Statistics

Ambas recogen las cifras de concursos de personas físicas (separando empresarios de quienes no lo son) en España y en Inglaterra y Gales (56,6 millones de los casi 64 de todo el Reino Unido). El contraste es muy llamativo. Entre nosotros, incluso en lo peor de la crisis, los concursos individuales están órdenes de magnitud por debajo de los británicos.

La explicación es bien sencilla. Hasta que el pasado 28 de septiembre el BOE publicara la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización](#) (la Ley de emprendedores), si uno era deudor individual, consumidor o empresario, había de responder de sus deudas, fuere cual fuere su origen, con todo su patrimonio actual y futuro (art. 1911 CC y antiguo art. 178 LC). Es cierto que en los últimos años se adoptaron –con éxito cuantitativo escaso– algunas medidas en materia de ejecución hipotecaria para colectivos especialmente vulnerables y que la Ley 1/2013 introdujo recientemente un nuevo apartado 2a) en el art. 579 LEC, ofreciendo una tímida protección a los ingresos futuros pasados 5 o 10 años de la adjudicación en ciertos casos de ejecución hipotecaria contra la vivienda habitual.

Además de estas limitadas medidas, nada (de veras, nada) evita legalmente que los acreedores que no hubieran cobrado todo pudieran perseguir a su deudor prácticamente *sine die* para que pagara, si es que se recuperaba financieramente en algún momento.

Esto explica, de manera evidente, la mayúscula diferencia entre las dos tablas anteriores. En contraste con otros países europeos, los consumidores y los empresarios individuales casi nunca entran en concurso en España, pues nada pueden sacar en términos de una cierta redención de deudas o protección frente a sus acreedores. Pero el concurso es costoso, pues sus cargas legales, administrativas y de tiempo son elevadas. El cálculo coste-beneficio es fácil de hacer. El resultado: la insolvencia de personas físicas vive al margen del concurso, el procedimiento diseñado legalmente al efecto.

Por eso, una de las reformas a cuya adopción nos ha azuzado enérgica e insistentemente el FMI<sup>2</sup> es la del régimen legal de la insolvencia personal, tanto de consumidores como de autónomos, profesionales y empresarios individuales. En apariencia, el Gobierno parece haber escuchado estas y otras recomendaciones, pues la Ley de emprendedores, aprobada con los votos de PP y CiU, incluye medidas de *fresh start* y de protección de los deudores, empresarios individuales en particular, pero también consumidores.

¿Debemos celebrar este cambio normativo? No del todo, pues las nuevas medidas aprobadas son alicortas y mejorables, están notablemente desacompañadas entre sí y pueden dar lugar a algunas disfunciones no desdeñables.

¿Qué novedades ha introducido la Ley de emprendedores en este terreno? Esencialmente tres: el emprendedor de responsabilidad limitada; el *fresh start* parcial; para pequeñas empresas, el plan de pagos propuesto por un mediador concursal (no por el juez de lo mercantil) y aprobado por los acreedores.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, INTERNATIONAL MONETARY FUND, [IMF Country Report No 13/245 Spain](#).

La primera medida supone que los empresarios individuales o profesionales podrán asumir el carácter legal de “emprendedores de responsabilidad limitada” (ERL). Esto implica que el emprendedor pueda limitar su responsabilidad por las deudas que deriven de su actividad. En concreto, podrá preservar de sus acreedores su vivienda habitual siempre que no esté afecta a la actividad empresarial y su valor no supere los 300.000 euros. Para ello debe hacer constar la condición de ERL en toda su documentación, reflejar el inmueble en la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil, además de la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad de la no sujeción de la vivienda a los acreedores.

La utilidad de la medida es limitada, sin embargo. Primero, porque no protege la vivienda si está sujeta a hipoteca, sea por deudas personales del emprendedor (por ejemplo, por la propia adquisición de la vivienda) o por deudas empresariales. Segundo, no protege a los empresarios individuales con deudas en este momento, pues no se ofrece cobertura sino frente a las deudas empresariales que surjan después de la publicidad registral mencionada antes. Tercero, si el ERL es dueño o socio de una SL que desarrolla su propia actividad, separada de la de aquel, y avala personalmente las deudas de la SL, algo más que común en la práctica comercial española, probablemente (el texto legal, desafortunadamente, no es todo lo preciso que sería deseable a este respecto) la vivienda no resultará protegida.

Para poder disfrutar de la condición de ERL hay que llevar la misma contabilidad de las SL unipersonales y la falta de depósito de las cuentas anuales en plazo implica la pérdida del beneficio. Un ERL no se ahorrará costes administrativos o legales de la actividad empresarial, más bien al contrario. Y puede ocurrir que si autónomos y empresarios individuales no terminan de ser conscientes de que la protección de la vivienda dista mucho de ser completa, decidan convertirse en ERL en lugar de constituir una SL sin al final obtener ventajas efectivas de preservación de su vivienda habitual.

La segunda medida supone un limitado *fresh start* para concursados individuales. Una vez que se liquiden los activos para pagar a los acreedores, la resolución judicial de conclusión del concurso deberá declarar la remisión de las deudas insatisfechas (salvo las tributarias y de seguridad social, eso sí) siempre que se cumplan ciertas condiciones:

- (i) que no haya concurso culpable ni exista un delito del deudor relacionado con el concurso;
- (ii) que se hayan satisfecho todos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados;
- (iii) que se haya satisfecho al menos 25% de los créditos concursales ordinarios. Este requisito no se exige si el deudor hubiera intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, una posibilidad que no tendrán los consumidores, solo los empresarios individuales.

A día de hoy la posibilidad de remisión es, en términos prácticos, cero y, por tanto, la novedad es relevante, al menos sobre el papel. El problema es que tiene poca mordiente en la realidad. La razón de ello es que cumplir el segundo requisito es un obstáculo prácticamente insuperable para la inmensa mayoría de los deudores concursados, sean consumidores o microempresas individuales.

¿Por qué es así? La razón estriba en que el pago completo de los créditos privilegiados supone haber satisfecho hasta el último céntimo de todo lo que esté garantizado con una hipoteca, prenda u otra garantía real. Y no solo hasta el valor del inmueble hipotecado o el activo pignorado, sino por la totalidad del crédito. Ahora bien, ¿si el consumidor puede afrontar todo eso, no es evidente que hubiera llegado a una dación en pago –más un complemento– con el acreedor y se hubiera evitado el concurso? Quienes precisan del alivio de una cierta remisión de deudas no podrán aspirar a ella.

Aunque para los empresarios individuales se relaja el tercer requisito, el segundo sigue siendo letal. No conviene olvidar, además, como acreditan GARCÍA-POSADA/MORA-SANGUINETTI, “Are There Alternatives to Bankruptcy? A Study of Small Business Distress in Spain”, que son precisamente las microempresas las que tienen mayor proporción de sus activos hipotecados y, por tanto, les resulta más difícil satisfacer la condición del pago íntegro de todo el crédito privilegiado, aunque exceda del valor de la garantía.

La tercera medida contempla un procedimiento para-concursal nuevo, el acuerdo extrajudicial de pagos, de cuya aplicación podrán beneficiarse los empresarios personas naturales cuyo balance no supere 5 millones de euros y personas jurídicas que cumplan determinadas condiciones.

La responsabilidad de negociar este acuerdo entre el deudor y sus acreedores se atribuye a una nueva figura de mediador concursal nombrado por el Registrador Mercantil o, en supuestos menos relevantes, por el notario del domicilio del deudor. La apertura de las negociaciones permite al deudor poder continuar con su actividad, pero ha de abstenerse de solicitar préstamos, ha de devolver las tarjetas de crédito y se le prohíbe utilizar medios electrónicos de pago (han leído bien: no podrá sacar dinero de un cajero automático). El procedimiento ofrece cierta protección temporal al deudor, pero no le evita las ejecuciones hipotecarias y de otras garantías reales.

El contenido del plan de pagos es muy restrictivo, pues no puede suponer una moratoria de más de tres años ni una quita de más del 25%. Además, para que se acepte tendrán que votar a favor los acreedores titulares de al menos el 60% del pasivo (salvo en caso de cesión de bienes, en que se exige al menos 75% y el consentimiento de todos los acreedores con garantía real sobre dichos bienes). Si el plan de pagos es rechazado, se abre el concurso (que ahora se llamará concurso consecutivo y tendrá alguna especialidad).

Ha de ser bienvenida la previsión de un mecanismo extrajudicial que permita a las pequeñas empresas tratar de acordar una salida negociada de los aprietos económicos.

Pero de nuevo el alcance es conscientemente autolimitado. No se entiende muy bien por qué no se abre esta posibilidad a los consumidores muy endeudados, que acaso son quienes más podrían beneficiarse de una ordenada salida a medio plazo de su situación sin tener que pasar por un costoso y largo proceso judicial. De hecho, en otros países son los consumidores quienes protagonizan los mecanismos extrajudiciales sencillos para situaciones de insolvencia. En cuanto a las condiciones y requisitos del plan de pagos, la cicatería es palmaria: ¿por qué no cabe un plan de pagos que, por mayoría de acreedores, acepte una quita del 30%?

En definitiva, da la impresión de que, acuciados por organismos internacionales y críticas internas, nuestros gobernantes se han creído obligados a mover ficha, pero a regañadientes y arrastrando los pies. Parece también que cualquier reforma concursal en España se enfrenta al límite infranqueable del crédito hipotecario, intocable, verdadero amo y señor en cualquier situación concursal o preconcursal. Es claro que no se quiere arriesgar ni un ápice en cuanto a morosidad hipotecaria o liberación de deudas que puedan afectar a las hipotecas, tanto a consumidores como a empresas. No es extraño, entonces, que tengamos las mayores tasas imaginables de créditos con garantía real y que nuestras empresas sesguen sus decisiones de inversión hacia actividades y activos que podrán generar fácilmente hipotecas<sup>3</sup>.

Fernando Gómez Pomar

---

<sup>3</sup> Marco CELENTANI/Miguel GARCÍA-POSADA/Fernando GÓMEZ (2011), "El enigma de los concursos empresariales en España y la crisis", en Samuel BENTOLILA/Michele BOLDRIN/Javier DÍAZ-GIMÉNEZ/Juan J. DOLADO (Coord.), *La crisis de la economía española*, FEDEA, pp. 399-470.