



Una tregua para la administración concursal

Autor/a

Blas A. González Navarro

Abogado. Magistrado en excedencia.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 10

Páginas 42-45

revistalexmercatoria.umh.es

Es cierto que el Derecho sigue a la vida, que la realidad precede a la norma; pero también ocurre en ocasiones que, al contemplar los fenómenos que precisan de regulación, el legislador recibe empellones, presiones para regular y para hacerlo de determinada manera, de modo que, llevado por esa corriente parece que irresistible, no examina la realidad de forma sosegada y ponderada, sino prácticamente de reojo. Las recientes modificaciones introducidas en la Ley Concursal (LC) en lo que hace al estatuto de la administración concursal española son un buen ejemplo: con una justificación cierta y objetiva, como era la de abordar aspectos claramente mejorables del sistema de nombramiento o retribución de los administradores concursales, se ha acabado por cons-

truir un sistema de tal agresividad hacia este tipo de profesionales que, sin duda, favorecerá su huida de los concursos, produciendo el indeseado efecto de expulsión de los mejores.

Los problemas que, desde la inicial ilusión por el sistema alumbrado con la Ley 22/2003, han acabado por arrojar tantas dudas sobre la administración concursal son sustancialmente tres: un acceso indiscriminado a las listas puestas a disposición de los jueces de lo mercantil, que no asegura verdaderamente la formación del profesional encargado del concurso ni su sensibilidad empresarial; un nombramiento del juez exclusivamente discrecional, que favorece las corruptelas e impide el acceso real a los concursos; y una retribución,

fijada como sabemos por arancel en el RD 1860/2004 de 6 de septiembre, que en grandes concursos y medios se desboca en detrimento de los acreedores concursales.

Estos problemas son reales y ciertos, pero son patologías que necesitan tratamiento para la mejoría del paciente, y no, como ha ocurrido, una agresiva campaña contra el paciente como el causante de la enfermedad. Porque ha sido la opinión pública, espoleada por determinados escándalos en determinados concursos, la que ha acabado por concretarse en iniciativas legislativas, patroneadas más por el equipo del Ministerio de Economía que por el de Justicia, que tratan de someter a los administradores concursales a una disciplina inspirada en la desconfianza.

Ley 17/2014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial, suponía la confirmación del RD-Ley 4/2014 y sus medidas en materia de Derecho Preconcurso, pero fue aprovechada por el Gobierno para introducir importante modificaciones atinentes a la administración concursal. Así, insistiendo el legislador en que el administrador concursal será único, salvo en causas de interés general para la Administración Pública, se renueva profundamente el acceso del profesional y su nombramiento posterior:

El acceso ya no se hace a la tradicional lista conformada desde los Colegios profesionales y remitida al Decanato de los Juzgados, sino mediante la inscripción previa en la nueva Secc. 4ª del Registro Público Concursal (RPC) del artículo 198, al que se llega, dice el artículo 27 de la LC, merced a la titulación del profesional, su experiencia, o la superación de pruebas o cursos, diferenciando en todo caso la ley entre en el acceso a concursos medios y grandes, o a concursos pequeños.

Dicho esto, el artículo 27 establece entonces que la designación será por orden correlativo entre la lista del RPC, empezando los nombramientos por sorteo y desde ese momento en orden sucesivo. No obstante, es posible una alteración de ese orden en concursos de gran tamaño, siempre con auto motivado del juez y a la vista de ciertas circunstancias tasadas: la experiencia del AC en el sector del que se trate, los instrumentos financieros del deudor o los ERE's que sea preciso poner en marcha. Las únicas excepciones son las ya conocidas para entidades de crédito, de seguros, o sometidas a supervisión, en cuyo caso se hace el nombramiento a propuesta del FROB, de la CNMV, o del CCS.

Respecto a la retribución, la Ley 17/2014 reforma el artículo 34 de la LC y, entre otras cosas, establece como principios básicos, además de los ya conocidos de exclusividad y limitación, otro igualmente conocido de antemano, pero que se concreta, en el caso de que la si masa activa sea insuficiente, en la cuenta de garantía arancelaria de aportación obligatoria por los AC, fondos éstos detraídos de las retribuciones que efectivamente perciban, y el principio de eficiencia. Este principio significa que la retribución del AC puede ser reducida por auto motivado del juez en caso de incumplimiento, retraso o calidad deficiente, lo que no debe llamar la atención; sin embargo, se añade que en todo caso, salvo motivación judicial, será considerado calidad deficiente el incumplimiento de cualquier obligación de información a los acreedores, el hecho de que la AC haya excedido en un 50% los plazos legales, o que se produzcan impugnaciones de la lista de acreedores o del inventario y éstas sean resueltas a favor de los demandantes en un porcentaje igual o superior al 10% de la masa activa o pasiva.

Lo anterior tiene otro reflejo en sede de separación: se reforma el artículo 37 de la LC para señalar que en todo caso, salvo motivación judicial, será causa de separación de la AC una calidad muy deficiente en el desempeño de sus funciones - lo que, de nuevo, no resulta muy llamativo -, a lo que se añade que se considerará como calidad muy deficiente que se produzcan impugnaciones de la lista de acreedores o del inventario y éstas sean resueltas a favor de los demandantes en un porcentaje igual o superior al 20% de la masa activa o pasiva.

La Disp. Transitoria 2ª de la Ley 17/2014 estableció que las modificaciones en los mencionados artículos 27, 34 y 198 LC no entrarán en vigor hasta desarrollo reglamentario, que debería aprobarse, a instancias de MJU y MINECO, en un plazo máximo de 6 meses, plazo que terminó el 2 de abril de 2015.

A esos efectos, el Gobierno puso en marcha ese desarrollo reglamentario y alumbró un borrador de Real Decreto que, dadas las vicisitudes de esta legislatura, no verá la luz por ahora, pero que ya marca el camino. Se trata de un borrador de 38 artículos, estructurados en cuatro capítulos, que mantiene las profesiones que ya venían siendo designadas para el desarrollo de esta función (abogados, auditores, titulares mercantiles, economistas y censores), pero admitiendo también a otros profesionales distintos siempre que cuenten con experiencia profesional en los ámbitos jurídico y económico. El requisito básico para el ejercicio de la administración concursal pasa a ser un examen de aptitud profesional, cuya realización se encomienda al CGAE y al Consejo General de Economistas, Titulados Mercantiles y Censores Jurados de Cuentas de España, a partir del ejercicio que se acuerde por los expertos que se designan cada año.

El proyecto regula la complejidad del concurso según el tamaño (pequeño, medio o grande, lo que a su vez depende de factores como el número de trabajadores empleados en la concursada, el número de acreedores, la estimación inicial de pasivo y del activo y la cifra de negocios) y la clase de deudor (por ejemplo, los concursos de las personas naturales que no lleven a cabo actividades empresariales o profesionales se consideran siempre concursos de pequeño tamaño, mientras que si el deudor es una entidad de crédito o de seguros o está sometida a supervisión de la CNMV el concurso será clasificado siempre como de gran tamaño).

Este proyecto de Real Decreto ha llegado a recibir el preceptivo informe del CGPJ. Para el Consejo, existen de entrada problemas de diseño, esto es, de reserva de ley, pues se entra en un exceso de habilitación reglamentaria. Ahora señalo cómo se ha solucionado esto en la práctica.

Respecto a sus medidas, algunas merecen el visto bueno del informe, como el establecimiento de un sistema de examen de acceso para profesionales con título universitario y experiencia en los campos jurídico y económico, no necesariamente abogados o economistas o titulados colegiados; o el establecimiento de un examen de cien preguntas tipo test sobre un caso práctico; o que la experiencia del AC, superado cierto nivel, le permita exonerarse del examen. Otras sin embargo suscitan críticas: se recomienda aminorar la preponderancia de la parte específicamente jurídica y económica de la prueba (40% nota) para evitar de nuevo la endogamia, o que la exoneración del examen sea viable si se acreditan 20 concursos, sin valorar la entidad y complejidad de los mismos, sobre todo si ya concluyeron. Se critica también el principio de limitación en la retribución mediante reducciones por calidad deficiente si, al tiempo, no se acompañan de

incentivos (por ejemplo, por un convenio judicial aprobado), o se cuestiona el límite retributivo de un año de liquidación, más allá del cual la retribución se agota.

Como anticipaba, el mecanismo del legislador para seguir adelante con el cambio radical en la estructura de la AC a pesar de que la norma reglamentaria se bloquea en esta legislatura consiste, obviamente, en colocar contenido del reglamento en otras reformas legales, dando así cobertura con rango de ley a dichas modificaciones. Así, la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, por su parte, también introdujo reformas sensibles para la AC. Entre ellas, cabe destacar el que, a los efectos de fijar el valor razonable de una garantía real de cara a la clasificación crediticia, según el artículo 94.5 de la LC, las tasaciones puedan ir a cargo de la AC.

Y la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social dio un paso más: se reforma de nuevo el artículo 34 de la LC respecto a la retribución de la AC para señalar que el arancel atenderá al número de acreedores, a la acumulación, al tamaño según la clasificación reglamentaria prevista para designar a la AC y, también, “a las funciones que efectivamente desempeñe la AC, de las previstas en el artículo 33”.

Se incide en el principio de efectividad, estableciendo que la cuenta de garantía arancelaria será de aportación obligatoria por los AC en los casos, no de mera insuficiencia de la masa, como se indicaba antes, sino en los supuestos de concursos concluidos por insuficiencia de masa para pagar los créditos contra la masa. A los efectos de poner en marcha esta cuenta de garantía, se introduce, tras el

nuevo artículo 34bis de la LC, que crea la cuenta de garantía arancelaria con las aportaciones obligatorias de los AC, el nuevo artículo 34ter LC, referente al régimen de la cuenta (tras la reforma que este precepto experimenta en la Ley 40/2015 de 1 de octubre, del Sector Público, la cuenta pasa al Ministerio de Justicia, ya sea directamente o por terceros – cabe suponer, los Colegios) y un nuevo artículo 34quater referente a la dotación de la cuenta “sobre las retribuciones que efectivamente perciba cada AC” y que dependen de su cuantía (vgr, entre 2.565 y 50.000 euros, un 2’5%, por encima de 500.000 euros, un 10%).

Si el lector avisado pasa revista a todo cuanto antecede, verá que el Gobierno ha sometido a la AC a un duro, muy duro, reajuste: nombramientos por sorteo salvo casos puntuales, retribución limitada, pago a costa del arancel de auxiliares delegados, expertos y, ahora también, tasaciones de las garantías, riesgo de ser separado o sufrir limitaciones en la retribución si se plantean demasiados incidentes de impugnación (en una materia como la concursal, de perfiles jurídicos muchas veces de escasa nitidez), reducción retributiva vía aportación obligatoria de los propios afectados a una cuenta de solidaridad (imaginen a los letrados de oficio pagando entre ellos sus propios honorarios)...

En mi opinión, siendo justificadas y positivas ciertas reformas en el estatuto de la AC, urge una defensa pública de esta profesión, tan necesaria y nuclear en nuestro Derecho Concursal. Mejoremos su funcionamiento y aseguremos su calidad, pero evitemos una posición defensiva ante las AC y no instalemos su reforma legal en un clima, muy nocivo, de permanente desconfianza.