

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 Y 14 DE DICIEMBRE
BILBAO - PALACIO EUSKALDUNA

1.- Modelos de órgano de administración concursal.

La mayor satisfacción de los acreedores, en un tiempo razonable, sea ello por el cauce de un aceptable acuerdo convencional, sea por una máxima tasa de retorno y pago a los acreedores, depende ineludiblemente de la opción del Legislador sobre la configuración del órgano de administración concursal.

Podría pensarse que las decisiones del Legislador entre las varias posibles admitidas por el Derecho comparado resultan indiferentes para el éxito del proceso concursal. Tal planteamiento debe ser rechazado radicalmente en cuanto (i) las propias características del deudor insolvente al solicitar el concurso, de (ii) la situación económico-financiera en que acude al concurso, y (iii) las propias finalidades buscadas por la norma concursal, exigen ponderar y valorar el acierto de la regulación presente y de la futura como cauce para alcanzar dichos objetivos para tal específico y concreto ámbito subjetivo sometido a concurso en Derecho español.

Al examinar los distintos modelos de administración concursal es clásico en la doctrina el centrar su atención en tres elementos del órgano de administración:

(i) su **estructura**, es decir si se opta por estar integrada de modo unipersonal o plural;

(ii) su **composición**, atendiendo a la determinación del conjunto de personas físicas o jurídicas que, por sus condiciones subjetivas y objetivas, pueden integrar dicho órgano;

y (iii) el **sistema de nombramiento**, analizando así el momento y el órgano o colectivo que adopta la decisión de la elección de quien deba integrarlo en el caso concreto.

Haciendo una exposición esquemática de los posibles modelos de administración concursal, en función de su estructura y de las características subjetivas necesarias para integrarlo, **pueden enunciarse cuatro:**

- (i) el denominado modelo **público** al atribuir a órganos dependientes o integrados en la Administración Pública un papel preponderante;
- (ii) el llamado modelo **acreedor** en cuanto otorga a la colectividad de los acreedores concursales la facultad de adoptar decisiones respecto al órgano de administración;
- (iii) el nombrado modelo **profesional** en cuanto se hace descansar sobre profesionales el ejercicio de las funciones de la administración concursal;
- y (iv) el modelo **abierto** que, con más o menos rigor, hace descansar las funciones de administración concursal sobre colectivos o personas sin especiales cualidades subjetivas o con unas exigencias mínimas sobre formación y experiencia -modelo semi-abierto-.

A.- Modelo público

La nota esencial del modelo público, sea cual fuera su estructura unipersonal o plural, se presenta por la cualidad de los sujetos que le integra en cuanto se trata de personal dependiente de las Administraciones Públicas, sea por estar integrados como funcionarios en su organización y estructura, sea por tratarse de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas o en empresas públicas. Incluso se ha sostenido doctrinalmente que podría tratarse de un cuerpo especializado, creado *ad hoc*, destinado a ejercer las funciones de la administración concursal.

De modo esquemático, este modelo presentaría las siguientes **ventajas**:

- (i) **elasticidad y adaptación** al caso concreto, en cuanto podrían designarse -sea quien adopte dicha decisión- uno o varios funcionarios en atención a la complejidad del concurso.
- (ii) **exclusividad en el desempeño** del cargo con la consiguiente especialización, lo que facilita adquirir conocimientos especializados y su cesión a las nuevas promociones de empleados públicos;
- (iii) establecimiento de **pruebas objetivas de nivel para la verificación y control de los conocimientos especializados** y su conservación e incremento a lo largo del ejercicio.

Como inconvenientes la doctrina cita, entre otros:

- (i) el **régimen de responsabilidad sería el propio del empleado público**, en cuanto resulta poco adecuado para la exigencia de responsabilidad patrimonial por gestión de bienes ajenos.
- (ii) supondría una **injerencia de las administraciones públicas**, y del interés general que dirigen, en la **gestión de intereses particulares** de los acreedores que solo a éstos interesan;
- (iii) **naturaleza burocrática** de los cuerpos públicos y la **falta de incentivos** del funcionario para actuar de modo productivo, salvo abultados salarios públicos que la propia estructura retributiva de la administración impide.

B.- Modelo acreedor

La nota característica de éste modelo radica en que el órgano de administración concursal se compone **exclusivamente por acreedores del deudor** común; y si bien este modelo podría adoptar la forma unipersonal o colegiada, de optarse por la primera de las composiciones [-de poner en un solo acreedor la gestión del interés colectivo concursal de la pluralidad de acreedores-] la imparcialidad del órgano se vería gravemente comprometida, en cuanto parece razonable entender que éste órgano unipersonal atenderá principalmente a su interés particular.

En cuanto a sus **ventajas** este modelo presenta las siguientes -entre otras-:

- (i) supone la **autogestión** por los acreedores de sus intereses, pues son ellos y a la satisfacción de sus créditos los que integran las finalidades del concurso;
- (ii) presunción de un **especial celo y diligencia** en el administrador o administradores designados al gestionar sus propios intereses.

En cuanto a los **inconvenientes**:

- (i) si los intereses de los acreedores dentro del concurso son distintos, concurrentes sobre un pasivo insuficiente y contrapuestos unos a otros, tal **heterogeneidad de intereses** llevaría al acreedor/administrador a potenciar sus propios intereses o los de la clase a la que pertenezca;
- (ii) salvo que el órgano de administración fuera muy amplio y plural (lo que dificultaría la toma de decisiones y restaría agilidad) el acreedor o acreedores **mirarían por sus propios intereses** y nadie defendería y representaría el interés general;

(iii) sin duda la mayor objeción viene representada por la **ausencia de cualidades, conocimientos y experiencia** en la gestión de crisis empresariales que, de ordinario, presentarían los acreedores/administradores; en cuanto carecerán normalmente de conocimientos sobre el complejo marco jurídico en el que se tramita y desarrolla el concurso, lo que exigirá un importante esfuerzo económico en asesores y expertos externos para facilitar la toma de decisiones de los administradores acreedores.

C.- Modelo profesional

Este modelo de órgano concursal se caracteriza por atribuir, en exclusiva, el impulso concursal y la gestión de los intereses colectivos de los acreedores concursales a **verdaderos especialistas** en el tratamiento de insolvencia. Para ello tales profesionales no solo han de poseer una formación especializada en la gestión de reestructuraciones empresariales, sino además conocimientos y experiencia en la tramitación de procedimientos concursales; pudiendo compatibilizar dicha actividad profesional **con el desempeño de otras de carácter análogo**, pero no de otras actividades.

Como se ha indicado este modelo requiere **la concurrencia de dos presupuestos básicos**:

(i) **preparación especializada** en el tratamiento de las complejas labores concursales (que si bien puede adquirirse a lo largo de los años en el desempeño de funciones concursales, precisará de una acreditación teórico-práctica a través de una prueba o examen); y, de otro,

(ii) la **dedicación cuasi-exclusiva al auxilio judicial** y se dice “*cuasi*”, porque la doctrina ha optado por admitir el desempeño extraordinario de actividades análogas siempre y cuando no concurran las causas de incompatibilidad que, a tal efecto, debieran de estipularse.

La preparación especializada permitirá **presumir la presencia de interdiscipliniedad jurídico-económica** de quienes la integren, pues -como es sabido- las funciones propias de la administración concursal no se caracterizan por su homogeneidad -integran contenidos de carácter, económico, fiscal, laboral, contable, etc.- y se despliegan tanto en el ámbito de la refinanciación como en el

de la liquidación concursales.

En cuanto a los **inconvenientes** de éste modelo:

:

(i) Cuanto **más exigente y restringido sea el acceso** a la bolsa de profesionales en el tratamiento de refinanciaciones y procesos concursales, **más especializados** estarán quienes lo integren, **pero menor será el número de administradores designables**;

(ii) Éstos, con cada designación acumularán más formación y experiencia siendo éstos quienes serán designados para los concursos de gran tamaño, mientras que quien pretenda acceder a la profesión, a la experiencia y a las mejores designaciones **deberán desarrollar una larga y lenta carrera profesional** para adquirir los méritos que permita su designación para concursos grandes [así resulta del borrador de Estatuto de la A.C. y de sus normas transitorias].

(iii) En muchos casos complejos y largos no cobrarán o lo harán parcialmente, lo que desincentivará a los profesionales para ejercer estas funciones de modo exclusivo, o cusai-exclusivo.

D.- Modelo abierto.

El modelo abierto se caracteriza por establecer un **sistema de libre designación y composición**, es decir, el órgano encargado de nombrar a los administradores tendrá libertad plena para elegir a quienes quiera para el desempeño del cargo, **sin necesidad de que éstos cumplan ningún tipo de requisito.**

Como afirma la doctrina, las notas características de este modelo **son dos: (i)** de un lado, la **amplísima discrecionalidad** del órgano encargado de elegir a los administradores, que podrá designar a quien considere oportuno; y, **(ii)** de otro, la **ausencia total de requisitos** respecto de la persona llamada a ser administrador concursal.

Su **ventaja** es la posibilidad de designar a los componentes del órgano de administración concursal acudiendo a una bolsa inagotable de personas. Su **desventaja** es la dificultad que encontrará el órgano elector -sea el juez, sean los acreedores- para elegir a la persona idónea para el ejercicio del cargo en un

concreto y específico concurso en atención a las características de éste.

Como variación de este modelo abierto la doctrina se refiere al denominado modelo semi-abierto, cuya característica esencial reside en que los sujetos elegibles forman parte de unas **listas previamente elaboradas** que quedarán a disposición de los juzgados o, en su caso, de la junta de acreedores, siendo que los requisitos para integrar las listas serán de mínimos al **exigirse un nivel básico de formación técnica**, pero **no la especialización estricta** del modo profesional; siendo que éste modelo se presenta como un híbrido entre el modelo abierto puro y el modelo profesional, pero más cercano al primero. Éste es el modelo por el que opta la norma concursal vigente.

En este sistema de designación la **discrecionalidad** y **capacidad de elección** del órgano de designación de los administradores concursales dependerá directamente del grado de exigencias subjetivas para integrarse en las listas y del modo en que se formen las listas. También de ello dependerá la posibilidad de adaptar al concreto caso la elección del profesional integrado en las listas más idóneo al específico proceso concursal.

2. Modelo de órgano de administración concursal pendiente de entrada en vigor [Ley 17/2014 y Proyecto R.D. de 15.7.2015]

A. El futuro modelo de administración concursal “profesionalizada y no corporativa” [Ley 17/2004]

Estructura orgánica: la futura regulación opta por mantener la unipersonalidad iniciada en 2011 [-lo que visto la experiencia parece un acierto-].

Solo se adiciona una excepción, cual es el **concurso que presente un interés público**, en cuyo caso podrá designarse un segundo administrador en alguna de las administraciones públicas acreedoras o entidad de derecho público acreedora; lo que lleva a la norma a derogar de presente el supuesto de concursos de especial trascendencia del art. 27.bis L.Co.

Requisitos subjetivos:

(i) **Se elimina** la expresa referencia legal a unos requisitos concretos de

experiencia mínima y estudios o conocimientos mínimos, fijando un **sistema semi-abierto** en el que las cualidades subjetivas exigibles serán determinadas reglamentariamente como paso previo a ingresar en los listados de la Sección IV del Registro Público Concursal.

(ii) La Ley aún no vigente se limita a indicar, de modo dispositivo y abierto a otros criterios, que **el Reglamento podrá tener en cuenta** la titulación, la experiencia y la superación de pruebas de acceso; a lo que añade una remisión al futuro Reglamento para determinar los **criterios para distinguir los concursos según su tamaño**, si bien se indica que **solo para los concursos de mediano y gran tamaño** podrá exigirse el cumplimiento de requisitos específicos de experiencia y medios materiales humanos, al margen de la simple inscripción registral.

(iii) Se mantiene la posibilidad de **acceso al cargo de las personas jurídicas**, habiéndose eliminado toda referencia a **una concreta forma societaria** [-la profesional-], y que hizo correr ríos de tinta.

B.- Proyecto de Real Decreto de 15.7.2015:

Notas a resaltar por sus consecuencias prácticas:

(i) Se sigue manteniendo un **sistema semi-abierto de acceso**, en cuanto se fija una cualidad subjetiva mínima consistente en haber superado un examen de aptitud profesional organizado por el Ministerio de Justicia; con ello se dice pretender "*...homogenizar los requisitos de entrada y la especialización de los administradores concursales, así como la profesionalización de esta actividad...*".

(ii) Se pretende **una mayor profesionalización** al exigir, junto a los requisitos básicos y mínimos de acceso al Registro [capítulo I], ciertos requisitos adicionales de experiencia en concursos previos y de equipos de trabajo multidisciplinar para acceder a las designaciones de concursos medianos y grandes [capítulo II]; lo que denota una **clara preferencia a favor de las personas jurídicas** para el acceso a dichos concursos al contar con mayor capital humano y organizativo que el administrador individual.

Así mientras en concursos de **mediano tamaño** se exige al administrador persona natural que cuente con un colaborador [-por vínculo laboral o mercantil-] o que designe auxiliar delegado de la especialidad que complemente la suya propia; y

en los concursos de **gran tamaño** se exige una estructura de personal y colaboradores de -al menos- diez profesionales que encaja mejor con la forma societaria.

En el fondo se está reconociendo que para concursos relevantes [medianos y grandes] la interdisciplina en el órgano social es esencial.

(iii) Se separa **-aunque no del todo-** el acceso a la función de las actividades colegiales y de los **órganos de gobierno de los juzgados mercantiles -decanatos-**: para ser inscrito ya no es preciso estar inscrito en colegios profesionales ni tener titulación específica ni estar incluidos en las listas elaboradas por los Colegios profesionales tras el estudio por éstos de la titulación de los solicitantes.

(iv) Con un claro afán de eliminar el **oligopolio corporativo tradicional** en la función de administrador concursal a favor de abogado, economista, titulado o auditor, cualquier **titulado universitario** [-sea cual sea su contenido docente-] que acredite **5 años de experiencia** jurídica o económica podrá acceder a realizar el examen y posteriormente a la Sección 4ª del R.P.C.

Resulta absurdo que **esta experiencia no se refiera a aspectos específicamente concursales**, por lo que cualquier actividad en cualquier rama jurídica o económica permitirá cumplir el requisito.

Además deja fuera del sistema de acceso a los pocos y escasos profesionales **auditores y titulados mercantiles** que carezcan de título universitario, pues para ambas profesiones no es preciso contar -en todo caso- con dicho título.

También **resulta contrario** al deseo de la norma de romper con el tradicional oligopolio el que la parte especial jurídica y económica del examen **suponga el 60% de la nota**, y que del contenido jurídico de dicha parte especial solo puedan examinarse quienes tengan la condición de abogado; lo que vuelve a poner sobre la mesa la necesidad de colegiación [-sea o no como ejerciente-] de los candidatos jurídicos.

(v) El anteproyecto de Real Decreto **se olvida de toda exigencia de la formación continuada** de los administradores concursales, al no exigir la realización y la acreditación de cursos de actualización tras el acceso al R.P.C.

(vi) El régimen transitorio dispuesto no es tal, sino un **régimen definitivo e indefinido** que atribuye a determinados administradores concursales actuales una prerrogativa o privilegio que se extenderá durante decenios.

Datos

En las listas de administradores concursales de los distintos colegios hay unos **20.000 inscritos**.

Entre **enero de 2015 y diciembre de 2017** [-tres años completos-] para un total de **12.309 designaciones** se han designado a **4.927 administradores**, de lo que resulta que **15.073 inscritos** no han sido designados ni una sola vez en dicho periodo.

De los designados, un **21%** de esos 4.927 designados llegan a un concurso cada tres años, **15%** 2 cada tres y **12%** 3 cada tres. Es decir, el **49%**, casi la mitad, solo fue designado una vez en esos tres años, por lo que apenas pueden acumular experiencia.

De seguirse produciendo estos datos resultará que del grupo o cuerpo de administradores que son objeto de designación, unos 5.000 en tres años, **precisarán de 15 años** para completar la experiencia y designaciones en concursos de pequeño tamaño para poder acceder al listado de concursos de mediano tamaño; periodo temporal que se **elevará aproximadamente a 25 años** [-y ello manifestando querer actuar en todo el ámbito nacional-] cuando la designación sea correlativa y secuencial al entrar en la designación la totalidad de los inscritos, lo que supondrá 0,20 concursos al año.

Más ágil parece presentarse -a priori- el cumplimiento de los **5 concursos medianos** para poder acceder a la designación en concursos grandes en cuanto los administradores capacitados para ello serán muchos menos; pero dado que el **número de concursos medianos será menor** que los de pequeño tamaño no parece desacertado estimar que el número de años para poder acceder a la designación de concursos de gran tamaño será de otros 15 años en el mejor de los casos.

Puede afirmarse, por ello, que a un joven licenciado en Derecho o Económicas que pretenda dedicar su vida profesional a la tramitación de todo tipo de concursos le será preciso el **transcurso de 30 años** -como mínimo- para poder ser designado en un **concurso de gran tamaño**.

Mientras tanto los administradores **persona física que hayan sido designado y finalizado 20 concursos** gozarán de una posición privilegiada de oligopolio

durante dichos plazos; prerrogativa que comunicarán a la sociedad a la que se incorporen o colaboren.

(vii) Persona jurídica: debe integrar un profesional de la especialidad jurídica y otro de la especialidad económica que reúnan los requisitos para acceder al R.P.C. y hayan aprobado el examen y se encuentren inscritos; pudiendo ser su vinculación con la sociedad de carácter mercantil, laboral o societario.

El **representante persona física** de la jurídica administradora concursal requerirá cumplir en su persona los requisitos de acceso e inscripción registral -los básicos-, pero los requisitos adicionales no es preciso que los cumpla siempre que los acredite la sociedad.

(viii) El sistema *semi-abierto* con **designación secuencial** o por **turno correlativo** tiene sentido cuando todos los inscritos tienen la capacidad, formación, cualidades y experiencia para ejercer el cargo de un modo ágil, profesional y diligente; pero de los datos que les acabo de indicar resulta que la **realidad de los profesionales** que se postulan y pretender ejercer de administrador concursal **no es uniforme**, pues el acceso a la experiencia, a la formación práctica y a la acumulación de concursos tramitados es muy limitada en relación con el número de profesionales.

Que el designado por turno correlativo no tenga experiencia alguna, la tenga muy limitada, o que teniendo experiencia haya mostrado negligencia, dejadez o desidia en la tramitación, **le resulta indiferente al legislador**, pues nuestro legislador ha querido garantizar a toda costa la objetividad en los nombramientos de administradores concursales.

Cierto es, no puede negarse, que **algunas designaciones de administradores no han respondido a los exigibles criterios de mérito, capacidad y al requisito de distribución equitativa** introducido por la reforma de 2011.

Pero siendo ello cierto, lo cual se atribuye y circunscribe por la doctrina crítica a concursos de gran tamaño y de escaso número, las **consecuencias negativas de tal régimen de designación** parecen superar los beneficios:

1.- En primer lugar resulta absurdo que si el comportamiento judicial en tales **concursos de gran tamaño** es el que ha provocado el cambio de designación a

favor de un sistema objetivo y secuencial, **de modo contradictorio** se permita al juez **apartarse de dicho orden correlativo** -mediante resolución motivada- atendiendo a criterios reglados [-experiencia en el sector, experiencia en instrumentos financieros, experiencia en medidas colectivas laborales-]; **excepción a la regla general** que ya les anticipo que será utilizada **muy excepcionalmente** y solo cuando la complejidad previsible del concurso sea cualitativa o procedimental, no simplemente cuantitativa; pues de actuarse por el juez de otro modo las suspicacias y críticas pasadas volverán a centrarse en esas decisiones directas.

2.- En segundo lugar la designación correlativa supone **negar la posibilidad de adaptar el órgano** de administración concursal **a las concretas circunstancias concurrentes** en cada deudor y en sus acreedores, como igualmente supone rechazar el uso de la anterior experiencia en igual rama de actividad que pueda tener un administrador concursal.

3.- En **tercer lugar**, porque el sistema de selección correlativa del administrador concursal **hubiera exigido una previa y lenta formación de un cuerpo de administradores concursales semi-profesionales**, seleccionados con **exigentes pruebas de acceso** y una **constante formación y experiencia específicamente concursal**, a los fines de asegurar que sea cual fuera **el resultado del azar** el designado estará en condiciones técnicas y de equipos personales para desempeñar su cargo con igual capacitación que los demás inscritos. La complejidad técnica, la pluralidad de intereses y la variedad casuística que rodean a este tipo de procedimientos **han necesitado desde antaño y con independencia del sistema jurídico de la presencia de un “órgano motor”**, capaz de auxiliar al juez a lo largo de la tramitación concursal; y la designación correlativa entre los profesionales que logren la inscripción registral no garantizará dicho auxilio.

4.- Porque la propia doctrina sugiere y concreta **mecanismos alternativos para evitar las corruptelas**, tales como: **a.- el aumento de la transparencia** en el procedimiento de selección, **b.- la inclusión de nuevas causas de inelegibilidad**, o **c.- la posibilidad de revocar dicho nombramiento** por un porcentaje -a determinar- de los acreedores.