

DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL CORPORATIVA HACIA LA  
CONFORMACIÓN DE UNA PROFESIÓN

Jesús Verdes Lezana

Profesor Titular de la Facultad de Economía y Empresa (UPV/EHU)

Abogado & Auditor-Economista

Administrador concursal

1. PRESENTACIÓN: Una obligada referencia al cambio legislativo 2004 y su cambio transversal.
2. UNA VISIÓN COMPARADA DEL CONCURSO EN RAZÓN DE SU FINALIDAD DESDE LA VERTIENTE DEL PAPEL DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL
3. UN ACERCAMIENTO A LA NATURALEZA FICTIVA DEL ÓRGANO CONCURSAL
4. DE LA NECESARIA FORMACIÓN MULTIDISCIPLINAR DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL
5. LA VERDADERA DIMENSIÓN DEL EXPERTO INDEPENDIENTE ANTE EL CONCURSO
6. EL ÓRGANO CONCURSAL: PROPUESTA DE UNA METODOLOGÍA DE ACTUACIÓN

7. A MODO DE CONCLUSIONES: JUICIO CRÍTICO.

1. PRESENTACIÓN

Hace en estos momentos diez años desde que tuve el privilegio y el honor de ser distinguido para dirigirme a Vdes., y ofrecer mi opinión sobre la reforma legislativa que se abre camino sobre una crisis entonces incipiente, reforma en todo caso que hasta entonces venía impulsada más por el devenir de nuestra jurisprudencia, que por la atención que le prestaba a este campo del conocimiento jurídico-económico nuestra doctrina. En ello, que de entrada, haya de manifestar novedades sobre lo que en su día viene a decir, y de su posterior publicación en la Revista Jurist & Economist, cuanto de las experiencias que en esta última década nos ha tocado experimentar, desde la vertiente únicamente de mi faceta profesional ante el concurso (administrador concursal).

De esta manera, de remontarnos a su evolución histórica, por meritoria a los efectos de un obligado reconocimiento en el desarrollo de esta profesión, primero fueron los Titulados Mercantiles (peritos mercantiles), posteriormente los Economistas e, in fine, en otro orden, los auditores de cuentas a partir del año 1988, en las suspensiones de pagos- quienes han venido desde la promulgación de las viejas leyes de comercio (Códigos de Comercio de 1829 y 1885, Ley de Suspensión de Pagos de 1922) ostentando la alta responsabilidad de desempeñar las funciones de auxiliares delegados expertos independientes en materia contable y económica- en las tareas periciales y concursales.

Ser la nueva Ley Concursal (Ley de 22 de septiembre de 2003, de 9 de Julio, Concursal, BOE 164, de 10 de julio, en vigor desde 1 de septiembre de 2004, en adelante nos referiremos como Ley Concursal o LC)

que ampliar la descarga de este cometido en un nuevo enfoque profesional del cargo, al extenderlo a los

abogados en ejercicio. De inicio, admitida la oportunidad y acierto de esta incorporación como parte del Órgano colegiado concursal, lo cierto es que habida cuenta la naturaleza esencialmente económica del procedimiento, de sus procesos metodológicos, en sus comienzos, la conjunción de funciones y consiguiente reparto de tareas, ante la necesidad de distinguir estos dos distintos ámbitos (de lo estrictamente económico a lo jurídico) no resultó tarea fácil, más bien lo contrario, debido a su especial complejidad, pero si es lo cierto que tal conjunción y esfuerzo de coordinación de estos profesionales tuvo un resultado sin duda positivo.

Justificado en términos de coste para el concurso, ser a medio de la Ley 38/2011, que frente a este carácter trimembre y orgánicamente multidisciplinar del cargo, se reconfiguraría esta inicial vertebración del cargo para volver a una conformación unipersonal del mismo (modificación del art. 27 LC), si bien dejando entrada a la posibilidad de su ejercicio a través de persona jurídica, incluso en determinados supuestos concursos de interés público- bajo un Órgano bimembre.

Este aspecto, sin duda, en un proceso de readaptación permanente al que está sometida la profesión, ha llevado a que bien por la vía de la reconfiguración de los despachos (sociedades jurídicas bajo un objeto social multidisciplinar: necesariamente un abogado y un economista) bien de la formación de las personas físicas que ejercen el cargo (ampliación de su formación académica de lo económico a lo jurídico, o viceversa), hayan tenido que adaptarse a una velocidad de vértigo.

Así, es precisamente en este marco necesaria coordinación de los miembros del Órgano concursal- en el que pretendo ubicar esta disertación y, en particular, de sentar una propuesta de bases en orden a entender que estamos ante una profesión autónoma más allá de la procedencia académica de los respectivos miembros del Órgano concursal, que se ha de manifestar tanto en el aspecto formativo como en el enfoque de su actuación profesional conjunta, en razón a la propia naturaleza de las funciones de carácter ineludiblemente multidisciplinar- que la Ley 22/2003, Concursal, a través de sus sucesivas reformas (principiada, por la Ley 38/2011) les reserva.

En síntesis, pretendemos realizar un análisis de la vertiente multidisciplinar del cargo de administrador concursal desde la óptica que constituye la naturaleza, finalidad y funciones que la Ley Concursal (en adelante, LC) reserva a este Órgano de administración, con la pretensión inconfesable de que este alto cometido le configura de un status propio y autónomo, en su aspecto profesional. Bajo este referente, me impongo un doble objetivo:

. Establecer el papel que ocupan los profesionales -economistas y abogados, actuantes como profesionales independientes- en la fase previa a la presentación del concurso, enfocado desde la irrenunciable referencia de los efectos que dicha actuación profesional despliega sobre el empresario concursado, esto es, en los momentos previos a la presentación del concurso y consiguientes y consiguientes a su admisión.

. En dicha referencia, reflexionar en torno a si la naturaleza del cargo en la manera que es conformado por la LC, le impregnan de matices diferenciadores que necesariamente obligan y en tal sentido requieren de una formación complementaria, que en todo caso han de ser más amplias que las supuestas de un conocimiento exhaustivo del meritado texto legal, para así alcanzar la conclusión de que su actuación constituye una profesión de carácter multidisciplinar, que excede a los requisitos recogidos en la Ley (art. 27 LC).

## 2. UNA VISIÓN COMPARADA DEL CONCURSO EN RAZÓN DE SU FINALIDAD DESDE LA VERTIENTE DEL PAPEL DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL

o La Ordenanza alemana (1994) que aprueba la Insolvenzordnung<sup>1</sup> vino a derogar la normativa concursal hasta entonces tendente, de una parte, a la liquidación (1877) o al convenio concursal (1935) y, de otra parte, la correspondiente a la ejecución colectiva de los nuevos *landes* (1990 y 1991).

Una visión retrospectiva de las principales y más recientes reformas concursales en el contexto europeo, en particular del papel que dichas regulaciones reservan al Órgano de administración *in* sus distintas denominaciones- nos ayudan a contemplar la cuestión que planteamos con mejor criterio deductivo.

Una nota que pone de manifiesto la importancia que ha adquirido esta materia (regulación de las empresas en crisis) en el derecho europeo actual, y que en otro orden ha servido de referencia e influencia en nuestra reciente reforma concursal, lo constituye el hecho de que en la década de los noventa se hayan realizado importantes cambios legislativos *in* promulgaciones de leyes concursales-, como lo es de los países más próximos (Alemania, Portugal o Francia) a nosotros. Sus posiciones respecto de la naturaleza y funciones del Órgano concursal nos puede servir de referencia *in* como venimos manteniendo- para analizar nuestras conclusiones con mayor perspectiva.

1 Insolvenzordnung (aprobado por el Parlamento el 5/10/94), entró en vigor el 1/01/99.

2 A diferencia del caso español, para el deudor persona física, se introduce la novedad de un procedimiento especial por el que se le permite irse liberando de deudas residuales (las que no sean satisfechas mediante el concurso).

3 Insolvenzplan

4 Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (aprobado mediante Decreto Ley nº132/93 de 23/04/1993).

o La reforma portuguesa (1993)<sup>4</sup> concentra su finalidad en *in* facilitar un instrumento jurídico que auxilie de forma eficaz a las empresas nacionales con dificultades financieras, pero que sean viables. En definitiva, se articula en dos frentes: (a) la quiebra (falencia), que conlleva a la extinción de la empresa y (b) la recuperación de empresas insolventes, a cuyo fin facilita cuatro medidas de gestión

El procedimiento de insolvencia alemán, sin duda la referencia analógica más próxima nuestro ordenamiento concursal, además de configurarse como un sistema concursal unitario, tiene como objetivo inequívoco *in* la mejor satisfacción posible de los acreedores, independientemente de cual sea la solución adoptada: liquidación del patrimonio del deudor o el saneamiento si se trata de un deudor empresario<sup>2</sup>.

La solución del concurso por la vía del saneamiento empresarial se construye a través de la figura denominada *in* Plan de Insolvencia<sup>3</sup>, inspiradas en el modelo estadounidense, con una

diferencia notable acogida por la regulación concursal española- respecto a que en el Plan de Insolvencia alemán se prevé no solo el saneamiento empresarial, sino también la liquidación. A fin de ser acogido en el sistema español este modelo existe una nota distintiva destacable, en lo que afecta al papel que ocupa el administrador concursal en esta fase, cual es que en el sistema alemán dicho PLAN DE INSOLVENCIA puede ser propuesto directamente por el administrador de la insolvencia a la Junta de Acreedores, única soberana para decidir si la sociedad ha de ser liquidada o continúa en su explotación empresarial. Es así que en el modelo alemán, el Órgano concursal igualmente nombrado directamente por el Juez- adquiere un lugar muy destacado el administrador de la insolvencia (Órgano unipersonal), por lo demás equiparable al modelo español, en cuanto que el juez podrá autorizar al deudor a administrar y disponer de su patrimonio bajo la vigilancia de un interventor.

concurral: b.1. el concordato, b.2. el acuerdo de acreedores, b.3. la reestructuración financiera y b.4. la gestión controlada. Ambos procesos se configuran en una fase común. Por su parte, el Derecho Concursal Francés<sup>5</sup>, se caracteriza por aportar una serie de instrumentos - en buena medida de carácter moralizador- consistentes en intentar el salvamento de la empresa o lo que lo mismo evitando que las sociedades desemboquen en liquidaciones diferidas. La eficacia de dichos mecanismos se articulan mediante una regulación positiva de carácter moralizador- con finalidades tales como: (i) simplificar y acelerar los trámites del proceso, (ii) mejorar la suerte de los créditos sobre la base de la continuidad de la sociedad o, expuesto de otra forma, (iii) evitando que la sociedad sea liquidada, en última instancia que eviten el efecto contagio que sin naturalidad conllevan. Un ejemplo del espíritu de este modelo, lo representa las últimas intervenciones del primer ministro Sarkosi, dirigidas a atajar la actual crisis financiera.

En cualquier caso, el sistema permite el tránsito de un proceso a otro, si bien (exposición de motivos) realza la prioridad de la recuperación empresarial sobre la quiebra (falencia).

La regulación portuguesa aprovechó el cambio legislativo para rediseñar el Órgano concursal, desapareciendo las figuras del síndico y del administrador de quiebras, para dar una mayor relevancia a dos nuevas figuras: (i) la comisión de acreedores y (ii) el gestor judicial (para el caso de que la sociedad se aboque a un proceso de recuperación) o al liquidador judicial (en el proceso de quiebra), cuya designación y control se reserva a la comisión de acreedores.

En suma, a los efectos de los profesionales que intervienen en el proceso (a la postre, para determinar el sistema de nombramientos), con el nuevo sistema, supone que con carácter previo se tenga que definir qué empresas son manifiestamente insolventes no pueden considerarse económicamente viables- y cuales no bien cuando no tienen expectativas de mejora financieras y, por tanto, no sangren más las arcas de los acreedores-, siendo que para el primer caso se tramitará por el procedimiento de quiebra y, para el segundo, aquellas que demuestren tener viabilidad económica, y por tanto que puedan acogerse a las medidas de recuperación, la recuperación de empresas insolventes.

5 Ley nº 94/475, de 10/06/1984, relativa al tratamiento y prevención de las empresas en dificultades y Ley 25/01/1985, nº 85/99.

Bajo el anterior presupuesto, las medidas que facilita el modelo francés se desglosaría en dos momentos o piezas, unas que podríamos denominar de Derecho Preconcurso en todo caso previa a una segunda fase, que denominaríamos de Derecho Concursal propiamente dicho. El punto que separa ambos momentos es la cesación de pagos. En este interin (sistema preventivo), se estimula el acuerdo amistoso entre deudor y sus acreedores, estableciendo como principios básicos y rectores de su tramitación (i) la rapidez y (ii) la discreción.

El carácter preventivo (derecho preconcursal) de este modelo tiene como principal objetivo diagnosticar -vía indicios- cuáles son los motivos que han conducido a la sociedad/persona física a tener dificultades financieras, en un intento previo de evitar su degradación; a la postre, su efecto contagio.

A esta finalidad, como pieza fundamental para detectar la situación preconcursal, el modelo francés insta y potencia un sistema de información que permite realizar previsiones regulares de fiabilidad de la situación económico-financiera de la empresa, en particular a través del deber de control impuesto a los auditores de cuentas. Solo cuando los anteriores mecanismos fallan, y a fin de otorgar a cada caso el tratamiento concursal más conveniente, bien sea mediante la liquidación para pago de

(i) Los expertos en diagnóstico concursal, que intervienen en la fase preliminar del procedimiento, con una finalidad muy concreta, analizar si la empresa puede ser saneada o si, por el contrario, ha de llevarse a la liquidación directa.

(ii) Los administradores judiciales, que se encargan de gestionar, asistir y vigilar la gestión ordinaria del deudor - el patrimonio sometido a saneamiento judicial.

(iii) Los mandatarios-liquidadores, normalmente expertos en la liquidación de empresas, que como mandatarios judiciales que representan a los acreedores se encargan (i) de la determinación del pasivo, (ii) de las operaciones de liquidación judicial de los activos y (iii) el pago a los acreedores

sus créditos bien mediante la reestructuración empresarial (continuación de la empresa o cesión a un tercero), entrar en juego el derecho concursal propiamente dicho.

Respecto de nuestro sistema, con el claro objetivo de agilizar la salida a la crisis, el modelo francés insta distintos procedimientos en función de la dimensión de las empresas (teniendo como premisa el número de trabajadores -50 empleados- o la cifra de negocios -50 millones de los antiguos francos-).

El sistema francés se articula sobre tres tipos de profesionales:

No obstante lo anteriormente expuesto, la Ley de 1994, prevé que se pueda declarar directamente la liquidación cuando la empresa hubiera cesado totalmente en su actividad o su saneamiento se antojara manifiestamente de imposible ejecución.

En suma, si bien todos los sistemas se articulan sobre la misma base, establecer en sede judicial las posibilidades de (i) saneamiento judicial o (ii) la liquidación judicial en el tiempo más rápido posible, es lo cierto que la configuración de los modelos y, en este sentido, la conformación de los

profesionales que intervienen a este fin, diferencia unos modelos de otros.

### 3. UN ACERCAMIENTO A LA NATURALEZA FACTICA DEL "ORGANO CONCURSAL EN RAZON DE LAS FUNCIONES QUE LE SON ENCOMENDADAS POR LA LEY CONCURSAL

Sobre la base de que todo procedimiento concursal<sup>6</sup>, en sede judicial, conlleva un desapoderamiento parcial o total del deudor y el nombramiento de profesionales<sup>7</sup> (síndico, administrador, etc.) que se hagan cargo de la vigilancia y control del patrimonio de la sociedad mientras subsiste en concurso, cabría preguntarse cuál es la verdadera naturaleza de este trascendental Órgano de administración y de su sistema de control más adecuado a sus facultades.

<sup>6</sup> Reglamento de la CE 1346/200, de 29/05/2000, que aparece en el Diario de las Comunidad Europea, con nº 160/1, de 30/06/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

En igual sentido, de carácter transnacional, la Guía UNCITRAL y CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre reorganización empresarial bajo el supuesto de un concordato de los deudores y acreedores del concurso.

<sup>7</sup> Excepción hecha de los procedimientos relativos a entidades de créditos y aseguradoras, o empresas de servicios de inversión.

3.1. Una de las novedades más interesantes, como ya hemos avanzado de signo positivo, se introdujo con la promulgación de la Ley 22/2003, Concursal, que suponía la incorporación del abogado como

miembro nato del Órgano de administración y de su configuración como Órgano multidisciplinar, empero, a vista de los sucesivos cambios habidos en su configuración (redacción del art. 27 LC) bien parece que no sea así, y, aún más, que haya quedado inmanente en el legislador la duda respecto del papel, (sic.) delimitación de las facultades y funciones de este Órgano concursal.

3.2. Una visión comparada.

Este solo hecho, si acaso coonestado a la extensa delimitación de estas funciones y naturaleza de las mismas, con una clara dualidad entre aquellas en las que destaca el carácter eminentemente pericial (informe, prueba de documentos, etc.), de aquellas otras que denotan una especial cualificación del administrador concursal en sus funciones gestoras, al punto de representar un alter ego del administrador societario, a más, en su fase liquidatoria, en cuanto asume en su plenitud las facultades que conlleva la gestión empresarial de la empresa, sea ello por mor de una previa decisión judicial, me lleva a pensar que estamos ante una figura ñÓrgano de administración concursal- que excede el carácter estrictamente técnico o pericial genuina de su ascendencia académica (abogado o economista, titulado mercantil o auditor) para asimilarse a la propia de un Órgano de administración societario.

Esta apreciación, no solo en lo que afecta al régimen de responsabilidad que conlleva su ejercicio,

explícitamente delimitado en la Ley Concursal (art. 36 y sigs. LC), y que ha de ser tenido en consideración en todo momento por parte de los profesionales, sino de forma particular en lo que supone la conformación y ejecución de las funciones que la iterada Ley Concursal encomienda a los distintos profesionales que lo conforman, nos lleva a prima facie a alcanzar la conclusión de que estos distintos profesionales que constituyen el Órgano concursal más allá de actuar en razón y cuenta de su procedencia (economista, abogado, etc.) lo hacen bajo su responsabilidad de tener la capacidad de gestionar o gerenciar la empresa, por demás de que está sujeta a concurso.

Este matiz diferencial se me antoja especialmente significativo y por tanto obligadamente destacable, por cuanto amén de representar la premisa necesaria para delimitar su responsabilidad en el ejercicio del cargo, supone y así impone a cada profesional a asumir el cargo bajo los presupuestos de una formación inexcusablemente complementaria a la que representa el cumplimiento de los requisitos y condiciones subjetivas- establecidos en el artículo 27 de la LC para la aceptación del cargo.

Haciendo abstracción de cualquier pretensión doctrinal sobre la naturaleza jurídica del cargo de administrador concursal, por exceder a la imposición que me he hecho a la hora de elaborar esta ponencia, es lo cierto que en orden a las funciones que la Ley le encomienda a los miembros de este Órgano concursal, en su aspecto fáctico habría de delimitarse en un doble plano, (i) como perito técnico auxiliar del Juzgado, y en tal sentido habría de responder bajo los parámetros profesionales que conllevan su ascendencia al cargo (economista, abogado, etc.), que se concretan en la confección de un dictamen (Informe ex art. 75 LC) y, de otra, (ii) como un gestor empresarial asimilable al que representaría cualquier administrador o gestor societario.

Desde la aceptación pacífica de que la gestión de empresas en crisis exige de una formación complementaria a la específica de la de procedencia de los profesionales que pretenden acceder a esta actividad, no es menos cierto que el nombramiento de AC se antoja un reto de difícil para el Juez, en cuyo objetivo requiere de valijas referenciales. Esto es, cuales han de ser los requisitos para formar parte de este Órgano concursal.

Bien nos vendrá entonces abrir la ventana a un análisis comparado, principalmente desde una triple perspectiva:

- A) Respecto de su naturaleza: (i) Modelo público, la AC como funcionarios públicos y (ii) Modelo privado, la AC constituida por personas físicas o jurídicas,
  - B) Respecto de su estructura: del carácter unipersonal al multipersonal, en su doble configuración personas físicas y/o jurídicas.
  - C) Respecto de su nombramiento: según proceda (i) del Juez, (ii) de los acreedores, o (iii) mixta.
- Y dentro de estas, por turno, por sorteo o discrecionalmente.

### 3.2.1. El modelo alemán (1994)

Por demás de unificarse en un único procedimiento, el modelo alemán ha sido fuente de inspiración de nuestra reforma concursal, presenta diferencias significativas respecto de la forma en que se contempla la figura del administrador concursal. Así, la ley de insolvencia alemana regula en sus artículos 56 a 64 los aspectos relativos a la naturaleza y funciones de este Órgano

concurzal.

Respecto de la naturaleza fctica de este cargo, coincidiendo que su nombramiento lo realiza el Juez del concurso, empero, le impone las caractersticas de este profesional (art. 56:.. deber-í seleccionar y nombrar de entre todas aquellas personas idispuestasí a asumir la administraci3n concursal, el juez deber-í seleccionar y nombrar como administrador concursal a un individuo independiente, adecuado para el caso particular, que disponga de experiencia en asuntos empresariales y sea independiente de los acreedores y del deudor. La disposici3n a asumir la administraci3n concursal puede estar restringida en ciertos procedimientos). De esta manera, busca la especializaci3n del profesional, en su origen legislativo, que sea (1) independiente del deudor y acreedores y (2) experto en asuntos empresariales.

En todo caso, esta delegaci3n legislativa a la elecci3n/nombramiento del AC por parte del Juez, encuentra una limitaci3n significativa en su permanencia, en cuanto reserva a la Junta de Acreedores (art. 57) la capacidad de ser sustituido en la primera Junta que celebren, pudiendo reemplazarle, sin mayores requisitos que obtener la mayoria establecida, si bien difiere al Juez el derecho de veto si entendiera que este profesional es persona no capacitada para asumir este cargoí.

De este modo, el cargo de AC queda sujeto a la supervisi3n del Juez del concurso, quien podr. requerir de este profesional informes específcos sobre la marcha del concurso y/o de la gesti3n de la empresa concursada. En este cometido, si tras una advertencia el AC no cumpliera con sus obligaciones, podr. imponerle una sanci3n administrativa. La separaci3n del cargo/cese podr. ser de oficio, a petici3n del 3rgano social de la empresa, comitE de acreedores o de la Junta de Acreedores.

La regulaci3n alemana contempla un sistema previo de an-lisis de la insolvencia<sup>8</sup>, en el cual establece la posibilidad de que, presentada la petici3n, el juez pueda nombrar un administrador provisional, lo que supone el desplazamiento del deudor, asumiendo la gesti3n

<sup>8</sup> Al modo de la contemplada en el Anteproyecto elaborado por el Profesor Rojo en el a3o 2005.

### 3.2.2. Modelo FrancÈs

del negocio hasta la apertura del procedimiento. En esta fase, el Administrador provisional determinar. si con el patrimonio del deudor se cubren los gastos del procedimiento. Cuando, teniendo en cuenta la informaci3n proporcionada por el administrador provisional, el patrimonio del deudor concursado no fuese suficiente para cubrir los gastos del procedimiento, el juzgado debe denegar la petici3n de apertura -salvo que el deudor aporte la cantidad de dinero necesaria.

Consecuencia de la crisis financiera de 2008, el modelo alem.n incorporó una reforma (31 de diciembre de 2011), dirigida a la mejora de la reestructuraci3n de empresas, siendo de destacar (a diferencia del modelo espa3ol) que, como norma general, la apertura del concurso implicaba la suspensi3n del deudor en sus facultades de administraci3n y disposici3n patrimonial, que eran asumidas directamente por el administrador. Con anterioridad, la Ley alemana preveía, aunque con car.cter residual, la adopci3n de un rEgimen de intervenci3n. Papel trascendental en esta decisi3n el que ocupa la figura del comitE de acreedores, en tanto el Juez tiene el deber de dirigirse a este comitE antes de adoptar cualquier decisi3n al respecto.

En cuanto a las funciones son similares a las reguladas por nuestro sistema concursal: participaci3n en la continuaci3n y negociaci3n de los contratos vigentes, la revocaci3n de actos y contratos perjudiciales, la custodia y conservaci3n de los bienes; redacci3n de informes sobre situaci3n econ3mica de la empresa, viabilidad empresarial, etc.

Tras la l'tima reforma acometida en el 2011, se percibe un cambio de tendencia, dotando de mayores poderes a los acreedores e incluso al deudor, en detrimento de aquellos conferidos a los administradores concursales, al reservarles un cometido casi exclusivo de control en la gesti3n patrimonial realizada por el deudor, con escasa intervenci3n en este papel. Este cambio de rumbo est.

asentado en la búsqueda de un sistema menos rígido en el saneamiento empresarial, a través de planes de reestructuración.

Respecto de la responsabilidad en que incurre en el ejercicio de sus funciones, en suma, (art. 60) debe actuar con el debido cuidado de un apropiado y diligente administrador concursal, establece un matiz diferencial significativo cuando en el ejercicio del cargo se valiera de un tercero (empleado de la sociedad concursada), limitando su responsabilidad a la mera supervisión de su trabajo.

Con pocas reticencias, no pierdo la ocasión de proclamar mi preferencia por las particularidades de este modelo concursal y, en particular, del régimen de nombramiento y regulación de las funciones de los administradores concursales. Si bien, es al caso también reconocer la complejidad - especialmente antes de la modificación legislativa- que conllevaban las funciones atribuidas a los síndicos encargados del concurso.

Sobre la base del introito que hemos realizado en el precedente epígrafe 2, las distintas figuras de los profesionales nombrados por el Juez del concurso en el ámbito concursal, se configuran desde la distinción esencial de los dos modelos: (i) PRECONCURSAL, como un mandato dirigido a la conciliación previa al concurso y (ii) el procedimiento estrictamente concursal, dirigido a la

### 3.2.3. El modelo británico

salvaguarda financiera acelerada (SF), restablecimiento concursal (RC) o liquidación judicial (LC). Por tanto, en función de los papeles alternativos en sus decisiones, se incorporan dos figuras: (1) Administrador Judicial y (2) Mandatario Judicial.

Esta configuración se recoge la reforma operada en el Código de Comercio francés el 26 de julio de 2006, en el que se articulan las dos figuras (distintas) de administradores concursales: (1) el administrador judicial y (2) el Mandatario -Liquidador.

La figura del Administrador judicial se antoja obligatoria cuando la sociedad concursada cumple alguno de estos dos requisitos: (a) más de 20 empleados o (b) cifra de ventas superior a tres millones de euros. Su actuación, al igual que en el modelo alemán, además de permanentemente coonestada a la figura del Mandatario Judicial o Liquidador, cargo obligatorio en todos los procedimientos concursales, en las funciones de vigilancia y control de sus funciones estará mediatizada por los comités de acreedores, creados ad hoc. Si bien se le otorga un grado/ascendencia en sus funciones superior.

De esta manera, el modelo francés contempla dos tipos de profesionales, el del Mandatario Judicial (representante de los acreedores), en la función general de representación y defensa del interés colectivo de los acreedores (generalmente, recaen estas funciones en un único profesional), sea cual sea la modalidad de concurso (SV, RJ o LJ), siendo su principal papel establecer el listado de deudas (acreedores) y, en la liquidación judicial, de venta de los bienes de la masa y del pago a

los  
acreedores.

Y, de otra, el Administrador Judicial, con las funciones de asistencia (profesional) y vigilancia del deudor, tanto en la gestión empresarial como en la preparación de los distintos informes, en especial, de: (i) proyecto de financiación bajo el tipo de salvaguarda financiera y (ii) proyecto de restablecimiento en el caso de restablecimiento concursal.

Estas dos figuras son independientes a las otras dos que pululan por los procesos concursales: (1) del interventor acreedor, en su funciones de controlar y (2) del representante de los empleados.

Al igual que el modelo francés, el sistema concursal británico representa cierta complejidad al recoger diversas circunstancias en su tipología que le lleva a requerir de distintos órganos concursales. De esta manera, las funciones asignadas a estos órganos dependen del tipo de proceso

Los AC son designados bajo un doble sistema: (1) en los concursos voluntarios, su designación emana de la administración social de la sociedad (con el consentimiento de la Junta de accionistas/socios), con la posterior ratificación/cambio de los acreedores, empero, (2) en los concursos necesarios es el Juzgado el que nombra a un funcionario, pudiendo –en función de la complejidad del concurso– sustituirlo por un profesional, administrador concursal.

Las funciones asignadas dependen entonces del tipo de proceso. En los procesos voluntarios los órganos de administración concursal recalcan en dos tipos de profesionales, (i) un profesional Técnico (Insolvency Practitioner) y (ii) un administrador judicial (Official Receiver), quienes despliegan una labor muy parecida, si bien los primeros necesitan la aprobación de sus propuestas por parte del Comité de acreedores (Liquidation Committee), de forma más habitual y, determinados casos, por el deudor concursado. Se trata, a la postre, de un doble órgano concursal, el primero, concebido para controlar el desarrollo del procedimiento y, el segundo, como un órgano jurisdiccional, si bien en

#### 3.2.4. Modelo Italiano (1942)

ambos casos delegado a profesionales con un elevado grado de especialización, en el primer caso, requieren de la superación de determinadas pruebas de capacitación para poder formar parte de este gremio, los segundos, son funcionarios públicos adscritos a un Servicio especial de Insolvencia.

Corresponde a la norma concursal establecer las tareas específicas de cada órgano concursal (del Insolvency Practitioner y del Official Receiver), a saber, para el órgano técnico (sometidas en todo caso a supervisión): venta de los bienes y derechos de la sociedad, financiación empresarial (endosos, aceptación de efectos, etc.), en su caso, y otorgamiento de garantías sobre el patrimonio concursal, así como cualquier otra relacionada con la liquidación del patrimonio.

Por su parte, son actuaciones específicas intervenidas por el administrador judicial

(Official Receiver)

cualquier acción relativa a la continuación de la actividad económica empresarial y en general, las que fueran convenientes para el correcto desarrollo del procedimiento.

Por último, existen acciones híbridas o que pueden ser ejercidas por uno u otro Órgano de la liquidación, las cuales necesitan de previa aprobación, como son: la consecución de acuerdos de contenido patrimonial con los acreedores o terceras personas, en este caso, que conlleven alguna pretensión jurídica que vincula a la concursada, como puede ser el pago íntegro de créditos a determinadas clases de acreedores.

Mención especial a los procesos de reorganización empresarial, en cuyo caso el administrador asume la gestión de la empresa en crisis con el fin de sacarla a flote buscando posibles soluciones que permitan la continuidad de su actividad (por medio de refinanciaciones, acuerdos, etc.), quien deberá tener en todo momento presente el interés de los acreedores.

En lo relativo a su acceso, se requiere disponer (i) de una licencia, que se obtiene tras la realización de un examen de grado, promovido por los Colegios profesionales y supervisado por el Ministerio competente y (2) en el orden práctico, de acreditar una experiencia mínima de horas equivalente a cinco años de ejercicio profesional.

Conciencia del resultado de esta alta especialización, nos la muestra la limitación de profesionales que forman parte de este cuerpo profesional.

A la vieja usanza del derogado sistema regulatorio español de la quiebra (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio), el modelo italiano atempera (pierde centralidad) la figura del Juez del concurso, mediante el nombramiento de un juez delegado (funciones jurisdiccionales), complementario. A la sazón, en nuestro viejo modelo concursal (quiebra), del Juez comisario.

La reforma operada en 2006 (Decreto correctivo), a más de mantener esta estructura orgánica, ha venido a dar mayor peso a la figura del Juez delegado, con poderes exclusivamente jurisdiccionales, propias de las funciones de vigilancia y control de seguimiento del procedimiento, reservando al curador (curatore, eq. administrador concursal), a quien se encarga la dirección de las operaciones de la quiebra, si bien bajo las autorizaciones se las habrá de otorgar el comité de acreedores (antes de la reforma, correspondía esta función al Juez delegado. Art. 32: la propuesta del curador puede autorizar que las sumas recibidas se inviertan, en todo o en parte, con instrumentos diversos al depósito en cuenta corriente, siempre que se garantice la integridad del capital).

### 3.2.5. Modelo USA (Código de 1978)

Competiendo al curador, como figura equivalente al AC, todas las operaciones funcionales relativas al desarrollo (gestión) del procedimiento, tanto de los relativos a la administración como de liquidatorias. Precisamente la reforma del 2006, en buena medida promovida por la crisis

financiera de esos años, vino a reforzar las competencias de este Órgano concursal (curador). Esta reforma, en suma, vendrá a quitar relevancia al papel poder de los acreedores (la gobernanza de la quiebra estaba reservada a los acreedores titulares de la mayoría de los créditos), para traspasarla al curador. En este modelo, asimismo, detenta un papel destacado el comité de acreedores. Este Órgano, nombrado por el Juez delegado (art. 40), será el encargado de vigilar las actuaciones del curador (poderes de inspección sobre documentos contables, expediente concursal y en el derecho de refrendar el registro cronológico de las operaciones relativas a la administración de la quiebra), participando – de esta manera – activamente en la gestión de la crisis de la empresa concursada. En concreto, habrá de autorizar al curador cualquier operación de extraordinaria administración.

En suma, sobre la base de constituir una reforma implementada bajo un modelo caduco, en su análisis comparativo, el curatore, teniendo una posición compleja, en cuanto que no representa ni al deudor ni a los acreedores, por demás de ser un Órgano auxiliar de la administración de justicia que administra el patrimonio bajo la vigilancia del Juez delegado, viene a ocupar una posición compleja, intermedia entre el tribunal, al que corresponde la función de control general sobre el proceso, y el Juez delegado y comité de acreedores, nombrado por este.

De entrada, en una generalidad acentuada, es necesario aclarar que el derecho concursal anglosajón tiene una concepción diferente a la europea, en cuanto se concibe desde el faro de las previsiones del deudor (segunda oportunidad), no de la defensa del acreedor. Por demás que están acercándose posturas a través de los sucesivos cambios legislativos y, en particular, a partir de la crisis situada en el 2008.

Por avanzada en su regulación (Bankruptcy Code), la Chapter 11 del Código de Quiebras americano<sup>9</sup> (Debtor in possession financing-DIP), respecto del nombramiento del Órgano de administración concursal, respecto del nombramiento de los síndicos por el US Trustee (oficial público de supervisión de los concursos que pertenece al cuerpo de funcionarios del departamento de justicia norteamericano), distingue (y regula en apartados diferenciados) dos situaciones: (i) reorganización y (ii) liquidación de la sociedad, según la opción que escoja el deudor en caso de concurso voluntario o los acreedores en un involuntario (necesario).

<sup>9</sup> Reforma de 1978 (Bankruptcy Reform Act), conocido como Código de las Quiebras (Bankruptcy Code), prototipo de la naturaleza conservacionista de la empresa, su atributo más significativo es el régimen de las financiaciones posteriores a la apertura del procedimiento (contenido en el artículo 364).

En el primer supuesto, la promueve sistemas de incentivación, incorporando tres grados en orden a facilitar la financiación del concurso: (a) Grado mínimo, relativa a aquella que no precisa de autorización judicial (curso ordinario del negocio), (b) Grado Medio, en un doble enfoque: (i) de constitución de garantías sobre bienes libres y, en segundo grado, (ii) de otorgamiento de segundas garantías, consistentes en la postergación a segundo nivel de rango y (c) Grado Máximo (ex art. 364 Ap. D), que conlleva un superprivilegio real. Siendo que sobre esta base se contemplan multitud de opciones y grados

de  
incentivos.

En suma, en su capítulo 7 (Liquidación) incorpora la figura clásica del síndico, con funciones básicamente liquidadoras, así, tras tomar el control, hace inventario, administra temporalmente con las funciones de recobrar, vender e, in fine, distribuir los dividendos.

Por su parte, si se trata de llevar a cabo la reorganización de las empresas (capítulo 11), se nombra a un profesional especializado que, con carácter general, mantiene funciones de intervención. El deudor concursado se mantiene en el control y administración de los negocios. Su sustitución por un síndico, a diferencia de nuestro modelo, requiere de una vista judicial, incluyendo como causas el fraude, malversación o mal manejo del negocio (causas de calificación culpable en nuestro marco regulador).

No obstante, producto de la gran revisión del Código concursal norteamericano operada en abril de 2005 se introdujeron importantes modificaciones (escudos protectores) al procedimiento del concurso individual de consumidores. En lo que nos concierne, el modelo USA incorpora dos excepciones al nombramiento de los síndicos por el US Trustee, para el caso de los agricultores y personas físicas. Solo en estos casos, recaer este cargo en síndicos permanentes (desde el inicio del concurso).

#### 4. DE LA NECESARIA FORMACIÓN MULTIDISCIPLINAR DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL

##### 4.1. Una visión comparada

Recientemente leía un titular de prensa del tipo «Economistas y Jueces piden más control para los administradores concursales». A su vista, pensé lo que precisa la profesión es una mayor especialización y un control en su actuación profesional.

Sentado que existe una indudable correlación entre la efectividad del concurso y la profesionalización/especialización de los profesionales que operan como administradores concursales, bien estar que tomemos algunas referencias de lo que acontece en los países más próximos.

¡ Así, en el caso Británico, la profesión de administrador concursal (Insolvency Practitioner) se encuentra muy reglada, a la sazón, bajo el cumplimiento de requisitos y procesos de acceso equivalentes al de otras profesiones especializadas (auditor, abogado,..), de forma que además de la licenciatura y de estar colegiado en un Colegio que le habilite y supervise el ejercicio de la profesión, se exija estar en posesión de una licencia profesional tras un examen de organizado por los Colegios profesionales bajo el auspicio del Ministerio competente y de un número elevado de horas de experiencia profesional, al caso que nos ocupa, el equivalente a cinco años de ejercicio profesional en una oficina de otro administrador concursal (Insolvency Practitioner).

En el Reino Unido la profesión está altamente especializada, en ello, restringida a pocos despachos. De este modo, lo general, es que el acceso a la profesión proceda de economistas (más que de abogados, caso infrecuente) que han venido ejerciendo en despacho especializados concursales y superen el examen. En alguna manera lo que ocurría en nuestro modelo anterior, en que los abogados, también especializados en insolvencias y/o reestructuraciones trabajen

con  
o para los administradores concursales.

Consecuencia de ello es que el número de licencias en activo no supere el millar y medio para todo el Reino Unido. Dos motivos llevan a esta especialización, de una parte, el sistema de nombramiento (el IP lo nombra la propia empresa y ratificado por los socios, a propuesta de los acreedores (principalmente entidades financieras y la Hacienda Pública), el cual es posteriormente ratificado o no en la primera Junta de Acreedores, momento en el que realmente pasa de consultor a administrador concursal) y, de otra, el alto número de concursos que atienden. Baste señalar, en este punto, que el número de profesionales que se dedican a esta

profesión es notoriamente inferior al caso español (15 veces menos), mientras que el número de concursos se multiplica por cinco.

ii A parecidas conclusiones llegamos si tomamos de referencia el estudio comparativo que hace el Magistrado Nieto Delgado respecto del modelo alemán<sup>10</sup>. Así, tomando datos del año 2014, viene a resaltar y, en ello, a someter a análisis el porque mientras que en España se declararon 8.132 concursos en Alemania fue de 92.899. En esta cifra encontrar el presupuesto (sic. la necesidad de dar respuesta) al título de esta ponencia.

<sup>10</sup> Datos tomados de un reciente e ilustrativo artículo promulgado por el Magistrado especialista Nieto Delgado, Carlos, en fecha 16/12/2015 titulado «¿Qué diferencias existen entre la insolvencia en España y la alemana?».

Esto es, ¿cómo siendo la mitad de habitantes y diez veces más los concursos, el número de profesionales habilitados está en torno a los 1.900?

La respuesta, sin duda se encuentra en la mente del legislador alemán, que ha optado por profesionalizar (alta especialización) la actividad de los administradores concursales, que deberán acreditar una especialización en derecho de insolvencia, mediante la superación de una serie de exámenes de materias jurídico-económicas y acrediten al menos cinco años de experiencia en materia concursal, incluso que acrediten haber llevado concursos menores. Además de mantener un compromiso de formación continuada.

iii Especialización que se refuerza si cabe en mayor modo en el sistema concursal francés, como lo prueba que el número de administradores judiciales no supere el cuarto de millar y, en el caso del Mandatario-Liquidador el medio millar para toda Francia.

Característica a destacar –in fine– como en todos estos modelos prima la experiencia sobre el conocimiento teórico. En suma, prevalece la necesidad de regular el Estatuto del administrador concursal, en el que se contemplen estos factores dentro del sistema de acceso a la profesión. Y no deja de llamar la atención que en ninguna de las múltiples reformas habidas desde la promulgación de la Ley 22/2003 se haya abordado este tema.

#### 4.2. De la necesaria implementación al caso español

Lo expuesto, imbricado en la propia complejidad que suscita el entramado empresarial y sus técnicas de gestión aunado en la necesidad de asumir con responsabilidad la asunción de los destinos de la sociedad, sea con el importante valor añadido de estar en crisis, ya en sí misma imbuida de una especial dificultad, me lleva a plantear y proponer la necesidad/obligación de una formación complementaria para todos los profesionales que intervienen en estos procedimientos, que ha de ir

más allá de la que otorgan los respectivos títulos universitarios que les habilitan para el cargo.

El carácter multidisciplinar en la composición del Órgano concursal que el legislador ha querido implantar, su necesaria adecuación a la toma de decisiones colegiadas que se han de adoptar en el seno de la empresa concursada, además de otros muchos aspectos (evolución de las técnicas de gestión) que por mor de la brevedad omitimos, nos lleva a proponer la necesidad de una formación específica para todos aquellos profesionales que queremos conformar el Órgano de administración, más allá del conocimiento de la Ley Concursal, que, dicho sea de paso, se les supone en razón de su integración en las respectivas listas. Esto es, una formación especial y específica (a la sazón, la que

es exigida para los auditores), que por la vía de la formación continua y asimismo multidisciplinar permita una mejora cualitativa en el desarrollo del cometido de los administradores concursales.

En síntesis, esta formación integral y multidisciplinar a mi juicio- habría de pasar inexorablemente por contemplar como mínimo las siguientes áreas formativas:

- . Conocimiento de la normativa concursal
  - . Conocimiento de la normativa vinculada al concurso (Tributario, Laboral, Penal, etc.)
  - . Técnicas de Gerencia de empresas en crisis.
  - . Técnicas de reorganización empresarial (fusiones, compraventa, valoración de sociedades, etc.)
  - . Práctica procesal y Derecho comparado.
5. DE LA VERDADERA DIMENSIÓN DEL EXPERTO INDEPENDIENTE ANTE EL CONCURSO

Desde la referencia legislativa francesa (por la que muestro una particular simpatía), dos son los objetivos y, por ende, las necesidades formativas de los profesionales que busquen la especialización, a saber, como expertos independientes extraños al Órgano concursal.

#### 5.1. De su importante aportación en la fase previa al concurso

Es reconocido y por tanto no discutido- el importante esfuerzo desplegado por los distintos colegios profesionales, tanto del área jurídica como económica (titulados mercantiles, economistas y auditores), en sus distintos ámbitos corporativos, durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal, como a posteriori en la formación de un equipo de juristas y de economistas forenses que están a la altura respecto de lo que la nueva Ley espera de nosotros, pero es lo cierto que se ha hecho más desde la vertiente del profesional abogado-economista/titulado mercantil/auditor que ha de ejercer su función de administrador concursal que, en otra vertiente de actividad profesional previa al concurso (consultor, asesor, auditor, etc.), a mi juicio no menos trascendental que la que desplegada por estos profesionales durante el concurso. Posiblemente, por irremediable, en cuanto ha tenido que atender una avalancha de concursos de inicio no prevista- como consecuencia de una de las mayores crisis económicas a las que nos hemos tenido que enfrentar.

No nos cabe duda que el experto independiente, en la doble vertiente abogado o de asesor en cuestiones económico-fiscales (y así también de forma significativa en el específico de la auditoría), en suma, en cualquier materia de su distinto quehacer, ha de tener muy presente la repercusión que su

actuación profesional pueda tener –en un obligado y exhaustivo análisis– desde la óptica concursal, que en todo caso ha de estar basado en un doble referente: (i) la generación de una insolvencia, (ii) la agravación de Esta, en concordancia con otras circunstancias concomitantes a tal devenir.

Bajo esta óptica, se antoja especialmente relevante el conocimiento por el experto independiente de aquellos aspectos jurídicos que en su actuación puedan conllevar a:

. Establecer los efectos que los actos y contratos realizados por el deudor puedan tener en sede concursal

. Medir los efectos que despliega la no admisión a trámite del concurso, como consecuencia de la actuación de los economistas asesores y/o auditores.  
. Contemplar las consecuencias de unas medidas cautelares para el concursado, que traigan causa asimismo en una falta de diligencia en materia de asesoramiento profesional  
. Tener en consideración los supuestos de calificación de concurso culpable

En este sentido, hemos de trasladar al empresario la importancia y responsabilidad de contar con profesionales versados en materia concursal además de aquellos específicos de su área de especialización, de modo que, independientemente del distinto papel que les toque representar (asesores externos o administradores concursales, en todo caso compartido), le proporcionen un convencimiento así acaso una garantía o seguridad de que su proceso concursal se desarrollará en términos de un alto grado de profesionalización.

De esta manera, bien sea por la vía del asesor externo bien sea por la del auditor de cuentas, la administración concursal habrá de completar su conocimiento y convencimiento de la empresa, a través de aspectos tan importantes para el devenir del concurso como:

1. Una correcta identificación del negocio y sus áreas de actividad, de los actos, contratos y relaciones jurídicas que ha derivado a la empresa a dicha situación concursal.
2. Conocimiento del sistema de control interno,
3. Organigrama funcional y organizativo de la gerencia,
4. Sistema contable y criterios de valoración utilizados, en orden a establecer el nivel de cumplimiento de los principios y normas de contabilidad.

En definitiva, se entiende sumamente relevante el papel que representa el profesional independiente en los alelados previos al concurso, siendo a este punto que destacaremos a continuación algunas cuestiones, principalmente de orden contable, que han de ser tenidas en consideración en el momento de presentar un concurso. De ahí, que adquiera cada vez más importancia la armonización-coordinación de los profesionales económico y jurídico (abogado) en la preparación y también seguimiento del concurso.

Aspectos tan relevantes para la determinación del tipo de concurso (insolvencia actual o insolvencia inminente) exige de un riguroso análisis económico, tanto en su vertiente financiera (fondo de maniobra y sus repercusiones futuras) como patrimonial (déficit patrimonial), que, insistimos, necesariamente deberá ir acompañado de un informe/memoria de los efectos o repercusiones futuras de esa situación (análisis de los efectos previsionales a la vista de los datos económicos).

5.2. El profesional independiente como pieza clave en la preparación del concurso

El artículo 2 LC regula el presupuesto objetivo del concurso, en síntesis, establece los

supuestos -formales  
y de fondo- para deducir si el deudor est· o no en estado de insolvencia, bien sea actual  
bien sea  
inminente, que justifica la admisiÓn del concurso. Y este presupuesto, a la postre, se  
fundamentar· en  
cuestiones de índole econÓmica directamente relacionadas con nuestro quehacer cotidiano: (i)  
balance de  
situaciÓn, como referente para la determinaciÓn del estado patrimonial, (ii) cuenta de  
pÈrdidas y  
ganancias, que conjuntamente con el anterior estado financiero nos sirve para diagnosticar  
la capacidad

del deudor para cumplir con sus obligaciones futuras, independientemente de otros datos y  
factores  
previsionales o basados en incertidumbres que puedan orientar a esta situaciÓn (insolvencia  
inminente).

En este punto, decimos, un adecuado asesoramiento de los economistas asesores y auditores  
habr· de  
inducir al abogado del empresario (deudor) a presentar el concurso ñadem·s de cumplir con un  
deber ex  
art. 5 LC- a tiempo, evitando un incumplimiento que ìper señ anuda la declaraciÓn del  
concurso de  
culpable.

Mantenemos que solo una adecuada simbiosis entre el trabajo del profesional econÓmico -que  
determina  
la situaciÓn econÓmico-financiera del empresario, tanto en su aspecto est·tico como  
previsional, y sus  
efectos- y del abogado, desde la consideraciones y estrategia jurÌdica que se infieran de  
las conclusiones  
ofrecidas por este profesional econÓmico, dar· lugar a una adecuada salida en materia  
concursal o  
paraconcursal a la crisis empresarial.

El artÌculo 6 LC, en su aspecto formal, establece los documentos que han de acompaÒarse a la  
solicitud de  
concurso, debiendo el profesional poner especial atenciÓn en su formulaciÓn, a la luz de las  
consecuencias  
que puede tener para la admisiÓn del concurso y, en su mÈrito, para la prevalencia en el  
tiempo de un  
concurso necesario sobre el voluntario.

A modo simbÓlico, la incorporaciÓn de un profesional especializado en materia concursal  
adquiere  
especial importancia en orden a distinguir y, en su caso, evitar los posibles efectos de una  
falta de  
aportaciÓn de documentos necesarios conforme a los requerimientos de la solicitud del  
concurso como  
matiz diferencial de los que conlleva la inexactitud de los mismos (Angel Rojo del Rio, en  
su manual de  
Derecho Concursal<sup>11</sup>)

12 Se refiere a las acciones de responsabilidad de los artÌculos 133, 211 y 279 de la LSA y  
69 de la LSRL

5.3. En orden al incumplimiento de las formalidades contables como presupuesto de las  
medidas  
cautelares ex artÌculo 48.3 LC

El artÌculo 48 regula los efectos del concurso sobre la persona jurÌdica, siendo que en su  
apartado 2, viene a establecer un nuevo frente en el ejercicio de la acciÓn de  
responsabilidad al  
incluir a los auditores en el barco de los presuntamente culpables: ìsin perjuicio del  
ejercicio de las  
acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la  
persona jurÌdica

deudora contra sus administradores, auditores, 012 .

Desde este punto, se antoja especialmente importante el papel de los asesores contables (sic. también auditores) en la preparación de la documentación que ha de acompañarse al concurso, a tenor de los efectos que su inobservancia puede acarrear al concursado, en la forma que es regulada íprima facieí en el apartado 3 del artículo 48 LC.

El precitado artículo, aunque en su manifestación haya que acudir al siempre sinuoso recurso de los indicios, establece los presupuestos que motivan el embargo preventivo ñmedida cautelar- que no son otros que aquellos que conllevan la calificación del concurso como culpable: (i) inexactitud en los documentos presentados para la declaración de concurso, (ii) incumplimiento del deber de instar el concurso y (iii) falta de colaboración con la administración concursal, todos ellos ñdirecta o indirectamente- relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contables.

#### 5.4. En orden a las irregularidades contables como supuesto de calificación de concurso culpable

Los artículos 164 y 165 tasan los supuestos que dan origen a la calificación de concurso culpable. El artículo 164 LC dispone que 'el concurso se calificar' como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho<sup>a</sup>. El apartado segundo, por su parte, establece una serie de supuestos cuya concurrencia determinar', en todo caso, que el concurso se declare como culpable, en tanto que el artículo 165 contempla conductas que permiten presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa grave.

El concepto de fraude, al que alude el artículo 165, se asemeja al fraude a acreedores del artículo 1291-3f del Código Civil y habr' que entender incluido dentro de la órbita de aquel precepto cualquier acto o negocio jurídico de contenido patrimonial que produzca un menoscabo económico en la empresa, entendiéndose que existir' intención de defraudar cuando el deudor se percate que con la salida de bienes no le quedar' activo bastante para saldar sus deudas. Nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia.

De los citados preceptos se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes:

. Comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales  
. y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

#### 6.- EL "RGANO CONCURSAL: PROPUESTA DE UNA METODOLOGÍA DE ACTUACIÓN"

Con carácter pretendidamente orientativo, por tanto, que genere, en primer término, la sensibilidad de su importancia Y, en segundo término, la importancia de establecer una metodología de actuación profesional específica al cargo que se asume, tras el imprescindible análisis funcional y organizativo de la sociedad concursada en cuestión, y dicho sea bajo el supuesto de intervención de las facultades del deudor concursado, en tanto, en otro caso, corresponder' a la propia administración establecer de

forma interina su propio régimen de funcionamiento, proponemos una metodología de trabajo en lo que afecta a las relaciones de la administración concursal con el equipo gestor y, en particular, con el deudor concursado.

#### 6.1. En la fase inmediata a la admisión del concurso

Otorgo un papel muy significativo a esta primera reunión por trascendente en el devenir del funcionamiento de este Órgano-, obviamente cuando se trata de un Órgano colegiado, e independientemente de la persona que suscriba el cargo de administración en representación de los acreedores.

Dos son los objetivos mínimos que se han de cubrir en esta reunión, amén de suponer la constitución formal del Órgano de administración concursal, por un lado, (i) la suscripción de un documento que, en su caso (administración concursal bímembre), recoja de forma específica y separada el reparto de tareas entre los miembros de la administración concursal (que doy por sentado la conveniencia de incorporarlo mediante el oportuno escrito al Juzgado), a la postre, derivar en un reparto de responsabilidades (a falta,

como ocurre en derechos concursales comparados, de que en el mismo auto de admisión o, en otro posterior el Juez asigne a cada uno de los administradores funciones y tareas concretas en que fundamentar el ejercicio de su cargo), de otro, en todo caso, (ii) sentar las bases del Memorando de instrucciones que se ha de facilitar al deudor concursado, en tanto que en el marco de las mismas se regirán en el futuro (sin perjuicio de las modificaciones que proceda realizar en cada momento) las relaciones del Órgano de administración societario con el homónimo concursal, y a buen seguro su respectivas responsabilidades en caso de divergencias en la gestión compartida.

Esto es así, que el proceso lógico desde la aceptación del cargo por los administradores concursales, sería el siguiente:

1ª puesta en contacto con el equipo letrado que dirige el concurso (empresario-deudor), con tres finalidades:

- . tomar razón jurídica del concurso (objetivos, estrategias, etc.).
- . Recabar el expediente completo del concurso y recabar las dudas y cuestiones que sugiera su lectura, a modo que se hace en un trabajo de auditoría.
- . Recoger, en caso de no disponer de todos los datos, la relación completa de los acreedores, en orden a una circularización inmediata en aras a lo establecido en el artículo 21 LECO.

2ª reunión de la administración concursal, con un triple objetivo (a la vista de los datos recabados): (i) evaluación de la carga de trabajo del concurso (ii) suscripción de un documento de reparto de tareas (iii) establecimiento de un memorando de instrucciones deudor-administración concursal.

El MEMORANDO DE INSTRUCCIONES es de gran utilidad e importancia, en un doble orden:

(a) Delimitar el grado de intervención ex art. 40.1 LECO, en particular en lo que hace referencia a los apartados 6 y 7, al punto de establecer desde un inicio (sin perjuicio de modificaciones posteriores) las autorizaciones generales (para las operaciones ordinarias del tráfico), de aquellas

que requieren una autorización puntual e individualizada. Aspecto al que concedo una importancia significativa, por relevante en el devenir de posibles acciones de responsabilidad.

(b) Establecer el régimen de funcionamiento deudor-administración concursal, sea fijando un sistema organizativo que permita (i) de un lado, obtener la colaboración/información ex artículo 42 LECO (reuniones periódicas con orden del día, forma de presentar la documentación, etc.) a los fines de confeccionar el informe ex art. 75 LECO y (ii) de otra, mantener la actividad empresarial (sistema administrativo), con el menor coste posible para el concurso.

3<sup>ra</sup> presentación escrito al Juzgado dando cuenta de la suscripción del Memorando de Instrucciones y de Reparto de tareas, así como solicitando el diligenciamiento del libro de actas de los acuerdos de la administración concursal (libro que habrá sido previamente adquirido por el administrador concursal abogado).

4<sup>ta</sup> convocatoria de reunión con el deudor (administradores/liquidadores de la concursada) y su equipo, con la finalidad de suscribir el memorando de instrucciones, establecer el calendario de reuniones periódicas y dar cuenta del reparto de tareas entre los miembros de la administración concursal, para una mejor coordinación.

## 6.2. Durante el concurso

Admitido el concurso, y establecido el marco de referencia funcional en el doble orden: deudor-administración concursal y juzgado-administración concursal, cumple establecer con claridad y dar cumplimiento a lo establecido en el memorando de instrucciones, en su caso con las modificaciones que procedan, siendo de destacar en esta fase:

### 1) Señalamiento de reuniones con carácter regular

(a) De orden interno: Llevanza de un libro de actas donde se reflejen las principales decisiones de la administración concursal

Es de gran importancia establecer un calendario preestablecido de reuniones de la administración concursal, independientemente de su caso- del reparto de tareas que se realice de ser bímembre el Órgano concursal, tanto como el hecho de levantar los acuerdos principales en actas.

Si bien me consta que algunos profesionales consideran este documento como una reminiscencia del pasado (en referencia a la Suspensión de Pagos) no exportable al nuevo impulso que impone la estrenada Ley Concursal, bajo mi punto de vista, en orden a lo que hemos venido manteniendo, particularmente de la necesidad de prefijar el ámbito de actuación de la administración concursal (a la postre, de especial incidencia en la aplicación del artículo 36 LECO), lo consideramos de una gran trascendencia tanto de ser bímembre como de ejercicio unipersonal el cargo, primero, ante la conveniencia de establecer el momento en que comienzan las operaciones (Acta del comienzo de las funciones de Intervención) y en segundo término (función específica del Memorando de instrucciones), con la finalidad de establecer un régimen de funcionamiento interno.

En todo caso, el sistema de reportar o iactillasí de las reuniones tendrá especial significación para establecer a iposteriorií la parte del informe de iMEMORIA DE LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION CONCURSALI, así como para la rendición final de cuentas.

Por tanto, la llevanza del libro de Actas, además de necesario desde una praxis profesional diligente, se considera de suma utilidad, particularmente a la hora de definir el grado de

responsabilidad ex art. 36 en la toma de decisiones de los distintos miembros de la administración concursal.

(b) En el ámbito externo: Adquiere un punto de sumo interés y trascendencia en el devenir del concurso, el señalamiento de reuniones periódicas y regulares con el deudor, donde uno de los administradores (según el reparto de tareas) se encargue de levantar el reportero de lo acontecido en la reunión, con orden del día prefijado en el Memorando de instrucciones, sin perjuicio de aquellos puntos que al albur de los acontecimientos se considere oportuno introducir en cada caso:

- A) Control de firma, de acuerdo a criterios preestablecidos.
- B) Examen de documentos económicos (balances, etc.).
- C) Recabar informes de los administradores y/o gestores (de una reunión para otra).
- D) Seguimiento de los trabajos tendentes a la emisión del Informe ex art. 75 LC.

Ö

La regularidad en las reuniones (diaria, semanal, Ö), en lugar, día y hora preestablecidos, y con un orden del día asimismo prefijado, proporciona evidentes ventajas. Siendo aconsejable, habida cuenta de que la AACCC puede intervenir con sólo dos de sus miembros, que no se suspendan, salvo fuerza mayor.

La anotación de todo lo actuado, conforme al reparto de tareas facilitar sobre manera la emisión de informes de la trascendencia de: (i) evaluación del convenio (plan de cobros y pagos) (ii) calificación del concurso (iii) plan de liquidación o, así también, (iv) de las distintas rendiciones de cuentas.

En esta fase, la administración concursal tendrá un papel destacado en tres momentos:

- a. la emisión del informe (ex artículo 75 LECO), con especial incidencia en la fase de impugnaciones.
- b. los informes de evaluación exigidos a la administración concursal, bien relativos al convenio o la liquidación, bien al informe de calificación
- c. establecer que con especial concreción los límites de la intervención, si acaso, en el caso de sustitución de facultades, las estrategias y métodos de gestión.

## 7. A MODO DE CONCLUSIONES

En las líneas precedentes, además de constituir el verdadero objetivo de esta ponencia, he pretendido resaltar el complejo cometido de la actuación de los profesionales que de una u otra manera emergemos al proceso concursal, y así de destacar en este sentido aspectos a mi juicio de gran relevancia en nuestro quehacer como:

1<sup>ª</sup> De la visión comparada de la naturaleza y sistema de acceso a la profesión:

. Es notoria la desatención del legislador, a más de su intensa actividad legislativa operada en sus innumerables reformas, respecto de las demandas sociales y del propio gremio (manifestadas reiteradamente por las distintas asociaciones) para el establecimiento de un Estatuto del administrador concursal.

. Del análisis comparado realizado, en orden a la importancia de los cometidos que asume el Órgano de administración concursal, se colige la necesidad de acometer con urgencia el rediseño y la configuración de este Órgano, tomando notas sobre lo acontecido en el modelo alemán o inglés, en los que sí se pondera la importancia del mismo en relación con el Éxito del concurso. Añ de ser distante en su configuración, la doctrina italiana reserva al Órgano concursal (curatore) ser el 'motor' del procedimiento, al punto de correlacionar esta figura con el destino/Éxito del concurso.

. En este objetivo que, a diferencia del caso español, sea una constante que todas las reformas operadas en los modelos estudiados, especialmente a raíz de las crisis financieras de 2008, hayan incorporado en

sus reformas medidas para otorgar una mayor especialización/profesionalización del Órgano concursal, bien sea mediante la exigencia de unos requisitos más rigurosos para el acceso, bien a la exigencia de una mayor experiencia para ejercer el cargo. En ello, la limitación de profesionales para formar parte de este cuerpo profesional.

2<sup>ª</sup> Respecto de la necesidad de acometer la reforma en el ámbito específico de la administración concursal:

1) Las distintas facetas y diferencia de otros ordenamientos comparados en materia concursal- que se concitan en el Órgano concursal, en la forma que regula la Ley Concursal (art. 27 LC), le sitúan en el centro de las principales decisiones relativas a su futuro: reestructuración o liquidación.

2) Este importante papel del profesional concursalista en el proceso concursal trasciende a su participación como miembro del Órgano concursal, al tener una especial relevancia su concurso en un momento clave- , como consultor experto para las empresas en materia concursal.

3) La necesidad de una formación específica y multidisciplinar dirigida a dichos profesionales, en particular a los que conforman el Órgano de administración concursal, según se desprende de la naturaleza práctica de las funciones que la propia Ley Concursal le reserva.

4) Intrínsecamente coherente con el punto anterior, aprovechar la oportunidad de conformar equipos de trabajo homogéneos, tanto en lo que se refiere a su aspecto formativo como de contraste de métodos y personalidades.

Empero estas primeras conclusiones, no dejaré pasar la oportunidad, aunque ello sea de forma colateral en este apartado, que una vez expuesta mi visión de la naturaleza, formación y líneas generales que comportan el ejercicio de la profesión de administrador concursal, en los privilegios que otorgan una dedicación formativa y profesional de más de 30 años, por tanto, que sea en esta licencia referencial, que me permita a modo de reserva concursal trasladar algunas pinceladas de mi opinión sobre uno de los aspectos que más preocupan a los operadores concursales, y a buen seguro al legislador, cuál es el incumplimiento de los plazos orientativos establecidos en la Ley Concursal para la finalización de las operaciones de liquidación, incluso de la tramitación de los concursos en su fase convencional, pretensión que en ningún caso ha de tomarse como enunciativa que requeriría otra ponencia- como de reflexiones sometidas a un público experimentado en lides de materia concursal. A saber:

A) En referencia al pasado y futuro de la profesión:

. En razón de la alta responsabilidad y especialización de su ejercicio multidisciplinar, propugno se tienda hacia una profesión autónoma, dirigida y controlada por un Órgano autónomo supraorgánico transversal en su composición (colegios profesionales, jueces y representantes institucionales).

. En ello, a modo de lo que acontece con otras profesiones de funciones y características análogas (auditores de cuentas), propugno de un examen de acceso, formación continua específica y régimen de control interno, independientemente del competente en sede judicial.

. Es aconsejable una metodología uniforme de trabajo, a criterio comparativo de otras profesiones mediante la implementación de criterios y normas técnicas de funcionamiento, que den mayor seguridad jurídica a los operadores a quienes va dirigido su trabajo.

B) En referencia al necesario acortamiento de los plazos concursales y el papel de la AC:

. En el orden procesal: propugno una mayor simbiosis (enlace) en las fases y actuaciones de la tramitación procesal judicial con los medios y funciones de la AC, en su faceta de Órgano auxiliar del Juez. En suma, otorgar/delegar en determinados procesos de la tramitación del concurso una mayor capacidad procesal a la AC, sin perjuicio de su sometimiento a superior control jurisdiccional.

. Respecto del informe de la AC y su posterior tramitación, es manifiestamente mejorable. Tratándose de una cuestión técnica, a mi juicio debería derivarse a criterios corporativos profesionales su implementación a la norma concursal, así como facilitar un proceso más directo en la resolución de incidencias a través de la comunicación directa entre la AC y el resto de operadores (acreedores, instituciones públicas, etc.), reservando al Juzgado en su fase final.

. Acortar la fase convencional (convenio acreedores), a través de una mayor

flexibilizaci3n de los criterios econ3micos de los convenios. Al fin y a la postre, no deja de ser un acuerdo convencional entre el concursado y sus acreedores.  
. Reconsiderar determinados aspectos de la liquidaci3n en orden a acortar su duraci3n, por especial, permitir el cierre del concurso con bienes en la masa bajo determinadas circunstancias.

Agradeciendo sobremanera vuestra atenci3n, por cuanto cualesquiera del foro al que me dirijo tiene opiniones tan fundadas como las que ha sido mi pretensi3n transmitir, en ese privilegio y orgullo, vaya mi voto de optimismo porque al final recaemos en un caladero profesional acorde con las altas responsabilidades que asumimos en nuestro ejercicio diario de la profesi3n.

Readaptado en Bilbao, a 19 de diciembre de 2018

Para el Turno de Actuaci3n Profesional del Pa3s Vasco.