

# La administración concursal (VII Congreso español de Derecho de la Insolvencia)

Marta Flores Segura

*Universidad Autónoma de Madrid*

## SUMARIO:

I. LA INAUGURACIÓN DEL CONGRESO.- 1. La presentación del congreso.- 2. Los modelos de administración concursal (Carmen Alonso).- 3. La evolución del modelo de administración concursal en el Derecho español (Ignacio Tirado).- II. EL DESARROLLO DEL CONGRESO.- 1. El nombramiento de la administración concursal (I).- 1.1. Las condiciones subjetivas para el nombramiento (Juan Sánchez-Calero).- 1.2. La designación atendiendo al tamaño del concurso (Guillermo Alcover).- 1.3. Las prohibiciones legales para el cargo de administrador concursal (José Carlos Espigares).- 2. El nombramiento de la administración concursal (II).- 2.1. El Registro Público Concursal (Enrique Sanjuán).- 2.2. La designación por turno. La designación judicial (Rafael Fuentes Devesa).- 3. Comunicaciones (I).- 3.1. La impugnación de los actos de la administración concursal (Irene López Llandres).- 3.2. La derivación de responsabilidad a los administradores concursales (Petra M. Thomas).- 3.3. La muerte del administrador concursal (Marta Flores).- 3.4. La sucesión hereditaria en la responsabilidad del administrador concursal (María Luisa Sánchez Paredes).- 4. La aceptación y el ejercicio del cargo (I).- 4.1. La aceptación del cargo (Nuria Orellana).- 4.2. La representación de las personas jurídicas administradores (María Enciso).- 5. Comunicaciones (II).- 5.1. La situación actual de la administración concursal. Un estudio multidireccional (Elena Asenjo).- 5.2. La recusación de los administradores concursales (Altea Asensi).- 5.3. Retribución del administrador concursal en fase de liquidación en fase de liquidación por insuficiencia de masa activa (Pilar Íñiguez).- 6. La aceptación y el ejercicio del cargo (II).- 6.1. La recusación de la administración concursal (Salvador Vilata).- 6.2. La diligencia exigible en el ejercicio del cargo (Rafael Lara).- 6.3. Los colaboradores de la administración concursal (Eduardo Gómez López).- 7. El estatuto de la administración concursal.- 7.1. Las funciones de la administración concursal de carácter procesal (Manuel Díaz Martínez).- 7.2. Las funciones de la administración concursal de carácter sustantivo (Ángel Rojo).- 7.3. El ejercicio de las funciones de la administración concursal (Jorge Moya).- 8. La retribución de los administradores concursales.- 8.1. La determinación de la retribución de los administradores concursales (Isaías González).- 8.2. La condición de crédito contra la masa (Aurelio Gurrea Chalé).- 9. Comunicaciones (III).- 9.1. Formación y designación de la administración concursal en el nuevo modelo de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y su proyecto de reglamento (Salvador Tomás).- 9.2. La administración concursal en el Derecho mejicano (Víctor M. Castrillón y Luna).- 10. El cese de la administración concursal.- 10.1. La separación del cargo (Josep Oriol Liebot).- 10.2. La rendición de cuentas (Antonia Magdaleno).- 10.3. La responsabilidad de la administración concursal

(Fernando Martínez Sanz).- III. LA CLAUSURA DEL CONGRESO.

## **I. LA INAUGURACIÓN DEL CONGRESO**

### **1. La presentación del congreso**

Los días 21, 22 y 23 de mayo de 2015 se celebró en Alicante la séptima edición del Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (CEDIN VII), centrada en el estudio del estatuto de la administración concursal. La relevancia de este órgano dentro del procedimiento concursal está fuera de duda, toda vez que su intervención pretende conciliar los diversos intereses concurrentes en cualquier situación de insolvencia. La administración concursal ha sido, además, objeto de relevantes modificaciones en las sucesivas reformas que se han llevado a cabo en la legislación concursal. Destacan, en este sentido, las recogidas en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario en aspectos tales como la designación o la remuneración de los administradores concursales.

El congreso fue organizado por la Asociación Española de Derecho de la Insolvencia (AEDIN), la editorial Thomson Reuters-Aranzadi y la Universidad CEU San Pablo de Madrid. Contó con la colaboración del Ministerio de Economía y Competitividad, el Colegio de Economistas de Sevilla, el Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Alicante, el Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Navarra, el Colegio de Graduados Sociales de Zaragoza, el Colegio Oficial de Titulares Mercantiles de Almería, el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante, el despacho de abogados de Gregorio de la Morena y la Asociación Española de Letrados Administradores Concursales (AELAC).

La inauguración formal del congreso corrió a cargo de Ángel ROJO (catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y uno de los presidentes del evento) y de Luis Fernando ALONSO SAURA (presidente ejecutivo de la Sección Concursal del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante). A continuación, tomó la palabra Julio FUENTES GÓMEZ (secretario general técnico del Ministerio de Justicia), que comenzó señalando el carácter transitorio que ha adquirido el Derecho concursal a consecuencia de las continuas reformas, y se refirió a las principales modificaciones introducidas por la Ley 17/2014, que se corresponden con el modelo de administración concursal deseado por el Ministerio de Economía y Competitividad, a pesar de que el planteamiento del Ministerio de Justicia es distinto. En cuanto a las condiciones subjetivas de nombramiento, si bien desde el Ministerio de Justicia se han alzado voces favorables a mantener el estatus actual, el Ministerio de Economía se inclina a favor de permitir el acceso al cargo a cualquier licenciado o graduado (de forma que podrían ser administradores concursales, por ejemplo, los ingenieros industriales con experiencia gestora). Parece, por tanto, difícil de mantener el estatus cerrado de la administración concursal que rige actualmente. Desde el punto de vista de la formación, se ha planteado que haya únicamente un examen, organizado por los colegios profesionales, que verse sobre un concurso de tamaño medio y en el cual el tribunal esté formado por dos jueces de lo mercantil, un miembro del ICAC y un representante del colegio profesional de que se trate. Naturalmente, el establecimiento de un examen plantea problemas en cuanto al régimen transitorio y la determinación de qué

administradores concursales, de los actualmente existentes, tendrían la obligación de realizar esta prueba. Una vez realizadas las pruebas, en función del número de administradores concursales habilitados, se plantearía el cambio al turno correlativo del Registro Público Concursal, clasificando los concursos en función del tamaño y a los administradores concursales en función del equipo y de la formación. En principio, el administrador concursal comenzaría con la tramitación de concursos pequeños y, una vez adquirida experiencia suficiente, pasaría a tramitar concursos medianos, y de ahí a concursos grandes. Por lo que respecta a la figura del auxiliar delegado, el secretario general técnico insistió en la necesidad de avanzar hacia la equiparación con el estatuto de la administración concursal. Y, en el ámbito de la retribución, el Gobierno ha recibido el mensaje de que es necesario el establecimiento de límites, cuya concreción aún no se ha producido, aunque se baraja la cifra de 1,5 millones de euros. En cualquier caso, este límite afectaría a muy pocos concursos y no se plantea que sea rígido, sino que el juez conserve una cierta discrecionalidad. Finalmente, en relación con la cuenta de garantía arancelaria, pendiente de regulación desde 2009, el ponente señaló que una vez establecida sería competencia del Ministerio de Justicia. Ahora bien, los pronósticos indican que la recaudación no sería suficiente para cubrir el arancel en los concursos sin masa, y la solución que se plantea por ahora es distribuir a prorrata lo recaudado. En definitiva, el secretario general técnico concluyó reconociendo que aún faltan muchos elementos para llegar a un sistema coherente de administración concursal.

A continuación, la profesora Esperanza Gallego (catedrática de Derecho mercantil de la Universidad de Alicante y copresidenta del Congreso) presentó a los encargados de las dos ponencias inaugurales: la profesora Carmen Alonso Ledesma (catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid) y el profesor Ignacio Tirado Martí (titular de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid).

## **2. Los modelos de administración concursal (Carmen Alonso)**

El diseño legal de la administración concursal en cada Ordenamiento jurídico depende de factores diversos. Las diferencias suelen obedecer a distintas consideraciones sobre el procedimiento concursal o a distintas opciones de política legislativa. A pesar de estas diferencias, es posible subsumir los distintos sistemas en dos grandes modelos: el modelo público (poco común) y modelo privado (claramente mayoritario y que cuenta con distintas variantes). Frente a la funcionalidad de estos modelos, pueden adelantarse dos conclusiones: por un lado, la existencia de una clara tendencia a la profesionalización creciente del órgano y, por otro, la inexistencia de un modelo perfecto o ideal de administración concursal, que no se da ni siquiera en los Ordenamientos que cuentan con los sistemas más perfeccionados. Resulta difícil, en efecto, hallar un modelo de administración concursal que resulte óptimo en cualquiera de los escenarios que pueden plantearse ante una situación de insolvencia.

En el modelo público, los administradores concursales son funcionarios. Este modelo conlleva tanto ventajas como inconvenientes, aunque estos superan a aquellas y, por ese motivo, se trata de un paradigma actualmente abandonado y meramente residual. Entre las ventajas destaca que en este sistema se ofrece solución para aquellas situaciones en las cuales ningún sujeto privado querría

quedar encargado, como en el caso de concursos sin masa. En efecto, al quedar en manos de un funcionario público, se garantiza el desarrollo del procedimiento, con independencia de la situación patrimonial del deudor. Otra ventaja consiste en que los administradores concursales pueden, en tanto que funcionarios públicos, disponer de toda la información e infraestructura de la Administración. Inconvenientes de este modelo son, que la retribución de los administradores concursales corre a cargo a los Presupuestos Generales del Estado y, en consecuencia, se sufragan los gastos de la insolvencia privada con fondos públicos, lo cual parece difícilmente justificable; y que, en general, la vinculación a la Administración Pública suele resultar ineficiente y es posible, asimismo, que se tomen decisiones basadas en oportunismo político.

El modelo privado se caracteriza porque los administradores concursales son sujetos privados. Dentro de este modelo, existen discrepancias entre los distintos Ordenamientos jurídicos en cuanto a la composición y la estructura del órgano, los requisitos, prohibiciones e incompatibilidades para ser administrador concursal, etc. Por lo que respecta a la estructura del órgano, en la mayoría de los Ordenamientos este es unipersonal y no colegiado. Generalmente, se trata de una persona física, aunque en muchos sistemas se admite igualmente que sea una persona jurídica (así ocurre en Italia, Francia y Estados Unidos). En cualquier caso, predominan los administradores concursales personas físicas por la agilidad en la toma de decisiones y la reducción de costes. Además, en el caso del administrador concursal persona natural es posible constatar más fácilmente su preparación, formación e idoneidad. En algunos Ordenamientos (por ejemplo, Portugal o Francia) existen pruebas específicas para determinar las competencias de los administradores concursales, de forma que se asegura una elevada especialización técnica en la gestión de las insolvencias, y también se exige un número mínimo de horas de experiencia. Ahora bien, uno de los inconvenientes que presenta el nombramiento de una persona física como administrador concursal es que, normalmente, deberá completar sus conocimientos con la contratación de otra persona (por ejemplo, un abogado deberá contar con un auditor, y viceversa). Otro inconveniente es que, frente a lo que ocurre con las personas jurídicas, una persona física no puede realizar una gran multiplicidad de tareas. Bien es cierto que, en el caso de las personas jurídicas, es más probable que surjan incompatibilidades dado que, a resultas de la actuación de la sociedad en el tráfico, será habitual que se generen relaciones que pongan en duda su objetividad. Por ese motivo, en algunos Ordenamientos, como el italiano o el francés, se ha impuesto la exclusividad en cuanto al objeto social de las sociedades que se dediquen a la administración concursal, de forma que solo puedan realizar esta actividad. Naturalmente, esta restricción es susceptible de generar problemas en épocas de bonanza económica, en la medida en que, si no se dan situaciones de insolvencia, tales sociedades quedarían sin actividad.

Por lo que respecta al nombramiento, en varios países (Alemania, Italia, Francia o Portugal) lo realiza el juez. Ahora bien, a pesar de que el órgano jurisdiccional designa a quien considera idóneo, tal decisión puede ser revocada por los acreedores (reunidos en comité o en junta). En consecuencia, la decisión cae, en última instancia, en los acreedores. Este sistema no resulta idóneo, en la medida en que los acreedores son parte interesada en el procedimiento y, consiguientemente, velarán por sus propios intereses (y no por el interés del concurso). Frente a la designación directa por los acreedores, el nombramiento

por parte del juez presenta innegables ventajas, aunque resulta entonces necesario eliminar posibles abusos o corruptelas. En todo caso, parece que debe evitarse el automatismo en la designación y confiar una cierta discrecionalidad al órgano jurisdiccional. En este sentido, el sistema de listas puede resultar muy ventajoso, pues enumera los sujetos elegibles, aunque un exceso de discrecionalidad puede generar opacidad. De ahí que haya sido muy criticado en Italia y Alemania, y haya propiciado situaciones indeseables en España. Pese a ello, debe reconocerse que es normal que el juez desarrolle una relación de confianza con determinadas personas y que, en consecuencia, las designe. La profesora ALONSO señaló que, a su juicio, el problema no está en las listas, sino en la elaboración y el control de las mismas (principalmente, la forma y los requisitos para el acceso). Por otra parte, también resulta desaconsejable el nombramiento automático, puesto que puede conducir a situaciones perversas, como que se designe a una persona inidónea para ese concurso; motivo por el cual es habitual que se permita la alteración en el turno de reparto. Por otro lado, el nombramiento de la administración concursal por parte de la Administración Pública plantea problemas parecidos a la designación judicial.

En cuanto a los requisitos para ser administrador concursal, se tiende a una mayor especialización, sin que baste ya una licenciatura en Derecho o Economía. A la formación básica se añaden requisitos de experiencia, formación específica o pruebas concretas que permitan contrastar las competencias de los aspirantes, así como el mantenimiento en el tiempo de ese nivel de formación. La profesora ALONSO se refirió asimismo a las prohibiciones que suelen imponerse para garantizar la imparcialidad de los administradores concursales, así como a la supervisión y control a los cuales estos deben estar sometidos. Concluyó su ponencia con una referencia a los distintos sistemas de remuneración. Naturalmente, el administrador concursal tiene derecho a que se le retribuyan los servicios prestados y se le reembolsen los gastos en que haya incurrido a resultas de la tramitación del concurso, mas no aquellos que se hubiesen devengado con independencia de la misma (por ejemplo, el alquiler de la oficina). Los métodos de cálculo de la retribución varían enormemente, y oscilan entre la remuneración en función de la duración del concurso y el pago en función del valor de los activos, o al abono de una cantidad fija, a la cual se añadiría una cantidad variable en función de los resultados obtenidos.

### **3. La evolución del modelo de administración concursal en el Derecho español (Ignacio Tirado)**

El profesor TIRADO dio comienzo a su intervención con palabras muy críticas respecto al sistema actual. Señaló que, generalmente, un mal diseño del régimen de la administración concursal está directamente relacionado con una deficiente configuración del procedimiento concursal. En este sentido, la ultraactividad legislativa que ha tenido lugar últimamente en España ha generado elementos positivos, pero también negativos. Frente a ello, debería aprovecharse la coyuntura para reformar drásticamente el sistema de la administración concursal: es necesario un cambio de paradigma para modernizar el órgano, profesionalizarlo conforme a las exigencias del mercado y reputarlo. No basta con cambiar un aspecto concreto de la administración concursal, sino que ha de abordarse una reforma global del estatuto jurídico de los administradores concursales. Las reformas parciales y parcheadas no son la mejor opción.

En cuanto a los requisitos subjetivos, apuntó que no es necesario que cualquier administrador concursal posea todos los conocimientos necesarios para el desempeño del cargo. Al contrario, se trata de que cada administrador concursal busque a los profesionales que le complementen y en los que tenga confianza. Asimismo, el profesor TIRADO manifestó su preferencia por un modelo unipersonal, en la medida en que carece de sentido nombrar a tres personas desconocidas entre sí. Entre otros aspectos, señaló que el sistema vigente no ha asegurado la calidad de los administradores concursales. En España, actualmente existen unos cuarenta mil administradores concursales inscritos, un número a todas luces desproporcionado y excesivo. En cuanto a la apertura del cargo a otros profesionales (distintos de los abogados y economistas), no deberían plantearse problemas, puesto que se trata de buscar a la persona «adecuada» para el cargo (como señala el § 56 *InsO*). Lo verdaderamente importante es la profesionalización concursal y, en consecuencia, el ponente se mostró partidario de un sistema de exámenes, admitiendo la posibilidad de que se estableciesen modelos distintos de examen en función de la formación (jurídica o económica) del aspirante, pero con unos contenidos mínimos que todos deberían conocer.

Insistió asimismo en la necesidad de diseñar el sistema sin pensar en el régimen transitorio, cuyo planteamiento debería ser posterior, y para el cual sugirió un mecanismo de acreditación por parte de una comisión y una suerte de «cuarto turno». Por otra parte, propuso la creación de un organismo público de insolvencia, esto es, una agencia pública cuya tarea principal sería la supervisión y la implantación de un código ético de conducta. Mediante la realización de inspecciones no anunciadas y aleatorias a los administradores concursales (de cara a examinar la disponibilidad de medios adecuados, por ejemplo), surgiría, finalmente, un sistema autorregulado.

El sistema de elección de los administradores concursales debería conjugar la oferta y la demanda. Actualmente, en España se aplica el modelo alemán, por designación judicial. A pesar de que este sistema ha sido muy vilipendiado por la prensa por generar corrupción, en realidad fomenta la independencia. La existencia de algunas disfunciones no debería empañar todo el sistema. Frente a la designación judicial, el nombramiento por sorteo es propio de sistemas con extraordinarios problemas de corrupción (actualmente vigente en Burkina Faso, Bangladesh, Kenia...), en los cuales los inconvenientes del nombramiento por sorteo son neutralizados por las ventajas de eliminar la corrupción. El sorteo genera desincentivos en los administradores concursales para mejorar la calidad de sus servicios, en la medida en que su nombramiento es independiente de su actuación. El profesor TIRADO propuso un cambio total de paradigma: concretamente, que en el nombramiento cobren un protagonismo esencial los acreedores, que son, en definitiva, quienes demandan los servicios profesionales del administrador concursal. Ahora bien, no se trataría de un sistema de elección pura por parte de los acreedores, sino conjunto con el órgano jurisdiccional: por ejemplo, el nombramiento podría corresponder, en primer lugar, al juez y, posteriormente, serían los acreedores (reunidos en comité o en junta) quienes revocarían o confirmarían ese nombramiento. O bien, podría ser que los acreedores propusiesen un determinado administrador concursal y que fuese el juez, seguidamente, quien controlase esa propuesta para evitar incompatibilidades o connivencias. Esta última opción tendría la ventaja de dar la iniciativa al mercado, mas sometiendo su propuesta a un control judicial.

En cuanto a la retribución, el sistema actual peca por exceso y por defecto: en algunos casos extremos, la retribución es exacerbada. En otros casos, sin embargo, no hay masa siquiera para retribuir al administrador concursal. La mora legislativa en materia del fondo de garantía está resultando terrible, y no se están barajando (como deberían) otras vías para nutrir el fondo (como un mínimo porcentaje de cada tasa del Registro mercantil). Finalmente, tras una breve reflexión en torno a la responsabilidad de los administradores (art. 36 LC) y a su deficiente diseño normativo (principalmente, en lo que respecta a la legitimación activa), concluyó con dos ideas fundamentales. La primera consiste en que los administradores concursales no han sido culpables del fracaso del sistema concursal español: la formación y preparación de estos profesionales es, por el contrario, digna de mención. La segunda es la necesidad de modernizar y cambiar el sistema.

## **II. EL DESARROLLO DEL CONGRESO**

### **1. El nombramiento de la administración concursal (I)**

#### **1.1. Las condiciones subjetivas para el nombramiento (Juan Sánchez-Calero)**

El profesor SÁNCHEZ-CALERO (catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid) comenzó su intervención recordando que la Ley Concursal española pivota en torno a dos órganos: el juez y la administración concursal. El artículo que regula las condiciones subjetivas de nombramiento de la administración concursal (art. 27 LC) reclama, para resultar aplicable, desarrollo reglamentario, y el plazo para el mismo ya se ha agotado. La demora en el desarrollo reglamentario se agrava si se tiene en cuenta que es posible una nueva modificación en el tenor del artículo 27, al hilo de la tramitación parlamentaria del Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. El problema principal radica en los requisitos que se van a exigir a los administradores concursales, aludiéndose a la titulación y la experiencia como requisitos fundamentales. En este sentido, el ponente llamó la atención sobre el hecho de equiparar experiencia con antigüedad en la colegiación, y se preguntó por los concretos contenidos de la formación adicional.

En cuanto a la posibilidad que se reconoce en los concursos de gran tamaño para que el juez del concurso designe (motivadamente) a un administrador concursal distinto del que correspondería por turno correlativo de reparto, esta excepción se justifica porque, en tales concursos, existen más elementos que permiten identificar el perfil del administrador concursal, principalmente, la necesidad de especialización o experiencia previa en un determinado sector de actividad (con la duda, quizá, de si esto resulta aplicable a los concursos de entidades de crédito, puesto que pierden tal condición con la declaración de concurso).

Por lo que respecta a las incompatibilidades, destacó aquella que afecta a quien haya actuado como experto independiente en los acuerdos de refinanciación, y se preguntó acerca de la extensión de la misma a los demás expertos independientes (por ejemplo, al que hubiese valorado una aportación no dineraria realizada a la sociedad concursada). La ponencia concluyó con una

referencia a la posibilidad, expresamente reconocida en la Ley, de que la administración concursal sea la misma en caso de concursos conexos.

## 1.2. La designación atendiendo al tamaño del concurso (Guillermo Alcover)

El profesor ALCOVER (catedrático de Derecho mercantil de la Universitat de les Illes Balears) dio comienzo a su intervención apuntando que, desde su promulgación en 2003, la Ley Concursal ha sido objeto de 23 reformas, algunas de ellas introducidas en atención a circunstancias concretas y con una altura técnica cuestionable. Entrando ya en la materia objeto de su ponencia, enunció que el principio básico es la unipersonalidad del órgano de la administración concursal. Sin embargo, la norma (art. 27 LC, actualmente no vigente, a la espera del imprescindible desarrollo reglamentario) distingue entre concursos pequeños, medianos y grandes, y la deficiente redacción podría dar lugar a entender que existen tres tipos de procedimientos, lo cual es incorrecto, si bien la cualificación requerida al administrador concursal variará (o podrá variar) en atención al tamaño del concurso. No obstante, a resultas de las sucesivas reformas que ha sufrido la Ley Concursal, existen contradicciones en su articulado. Por ejemplo, no parecen coincidir las categorías de concurso de pequeño tamaño y de procedimiento abreviado (aunque, intuitivamente, se aproximan): el procedimiento abreviado está previsto para concursos simples, en los cuales, en atención a esta circunstancia, los plazos se reducen a la mitad. Ahora bien, si los concursos de pequeño tamaño están previstos para pequeños profesionales, carece de sentido reducir los plazos a la mitad. Tampoco se justifica la existencia de un procedimiento abreviado una vez existan tres tipos de administradores concursales. Además, esta doble categorización de los concursos en función de su tamaño (pequeño, mediano o grande) y en función del procedimiento (ordinario, abreviado) también duplica el trabajo del órgano jurisdiccional, que tendrá que atender a ambos aspectos en cada concurso.

Por lo que respecta a los auxiliares delegados, inicialmente (cuando la administración concursal era trimembre), eran nombrados por el juez a instancia de la administración concursal. A partir de 2011, con la implantación general del modelo unipersonal de administración concursal, el nombramiento de al menos un auxiliar delegado (que ostente una cualificación profesional distinta de la del administrador concursal) se convierte en obligatorio en determinados concursos. En la práctica, esto conduce a una cierta desestructuración del órgano, ya que el resultado se asemeja a la existencia de dos administradores concursales. Con la última reforma, en los concursos de gran tamaño no solo habrá que nombrar a un administrador concursal con una cualificación máxima, sino también designar a un auxiliar delegado, lo cual puede ser redundante (ya que carece de sentido exigir un auxiliar en los concursos de gran tamaño si también se refuerzan los requisitos subjetivos del administrador concursal). Por último, en los concursos conexos, se prevé que, si el juez lo estima conveniente, podrá nombrar una administración concursal común. El ponente señaló que, a su juicio, esa conveniencia se dará en todos los casos y, en consecuencia, el nombramiento de una administración concursal única debería producirse en todos los casos de concursos conexos. El tamaño del concurso (a efectos de determinar los requisitos del administrador concursal) debería, en este caso, determinarse de forma conjunta (sobre todos los procedimientos supervisados por ese órgano común).

### 1.3. Las prohibiciones legales para el cargo de administrador concursal (José Carlos Espigares)

El profesor ESPIGARES (Universidad Miguel Hernández de Elche) analizó el sistema de prohibiciones legales para el ejercicio del cargo de administrador concursal (art. 28 LC), que no ha sufrido cambios significativos desde la promulgación de la Ley Concursal. Este precepto resulta aplicable también a los auxiliares delegados, y, en el caso del administrador concursal persona jurídica, no solo a la propia persona jurídica, sino también a la persona física representante.

En cuanto al elenco de prohibiciones, se trata de una lista cerrada, de causas tasadas y sin cláusula de cierre. Sin embargo, en la medida en que se abusa de fórmulas abiertas e indeterminadas, resulta imprescindible un cierto grado de interpretación judicial. De forma detallada y minuciosa, el ponente procedió a analizar cada una de las prohibiciones contenidas en la norma, con las correspondientes y múltiples remisiones (a la normativa societaria y procesal civil, por ejemplo). Puso de manifiesto determinadas reiteraciones innecesarias y la confusa configuración legal de las prohibiciones para ser administrador concursal. A modo de conclusión, insistió en la necesidad de garantizar la imparcialidad en la independencia en el ejercicio del cargo, mas con la advertencia de que un celo excesivo podría tener el resultado de desabastecer candidatos. De ahí la necesidad de que los jueces realicen una interpretación sistemática y finalista de la norma.

## 2. El nombramiento de la administración concursal (II)

### 2.1. El Registro Público Concursal (Enrique Sanjuán)

El magistrado Enrique SANJUÁN (Audiencia Provincial de Almería) comenzó su ponencia sobre el Registro Público Concursal con unas reflexiones en torno a la vigencia del artículo 198 de la Ley Concursal, en virtud de la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014. Siguió con el análisis del valor (edictal o no) de lo publicado en el Registro (antes y después de la reforma), con particular atención a la homologación de acuerdos de refinanciación y de acuerdos extrajudiciales de pago. La ponencia también incidió en la dimensión del Registro Público Concursal en tanto que registro de personas (administradores concursales y auxiliares delegados), y en la coordinación e interconexión del mismo con otros registros. A modo de conclusión, se expuso la iniciativa, surgida en la provincia de Málaga, de crear una plataforma conjunta (de todos los colegios profesionales) con el fin de prestar asistencia a los juzgados de lo mercantil para la designación de administradores concursales con la mayor eficiencia y transparencia posible.

### 2.2. La designación por turno. La designación judicial (Rafael Fuentes Devesa)

El magistrado Rafael FUENTES (Juzgado de lo mercantil n.º 1 de Alicante) comenzó su intervención con la advertencia de que el régimen transitorio por el cual estamos atravesando implica un alto grado de complicación. Así, en cuanto

a la designación de la administración concursal, existen dos sistemas: el sistema previo a la Ley 17/2014 (actualmente en vigor, a la espera del desarrollo reglamentario) y el sistema posterior a dicha Ley (que aún no ha entrado en vigor). El ponente procedió a describir ambos modelos.

El sistema previo a la Ley 17/2014, que sigue vigente, tiene por regla general la designación judicial equitativa, conforme a la cual solo se puede nombrar como administrador concursal a quien aparezca en los listados que elabora el juzgado decano con los listados que, a su vez, remiten los distintos colegios profesionales. Sin embargo, ante la carencia de medios y recursos con los que cuenta el decanato, no se comprueba si los candidatos reúnen los requisitos necesarios (algo que, a juicio del ponente, deberían realizar los colegios profesionales). A partir de esos listados, se realiza una «selección equitativa», cuyo límite máximo son tres concursos en dos años. La equidad de la selección aparece formulada en la Ley Concursal como un mero desiderátum («Los administradores concursales profesionales se nombrarán por el juez procurando una distribución equitativa de designaciones», art. 27.4 LC, en la redacción anterior a la Ley 17/2014). Naturalmente, esto no implica que todos los sujetos que aparezcan en los listados deban ser nombrados el mismo número de veces. Lo que pretende la norma es que las designaciones sean equilibradas, de manera que no todos los grandes concursos recaigan sobre las mismas personas y que, si existen posibilidades, no se repitan nombramientos. El problema radica en que, en la práctica, estas listas están hipertrofiadas. Para incentivar la profesionalización y la competitividad, el propio legislador prevé excepciones (art. 27.4-1.º y 2.º LC, en la redacción anterior a la Ley 17/2014). El problema del sistema de listados es que los decanatos no los nutren porque carecen de recursos y, por ello, acaban consolidándose. Además, en esos listados no consta información relativa al número de concursos tramitados por cada administrador concursal. En definitiva, se trata de un panorama sombrío, transitorio y en el cual siempre quedan sospechas relativas a la corrección del nombramiento.

En el sistema introducido por la Ley 17/2014, rige un sistema de turno correlativo. Si ese sistema es puro, se garantiza a ultranza la objetividad. Si, en cambio, se trata de un sistema corregido (de forma que, justificadamente y en determinados casos, el juez pueda apartarse del turno), se garantiza además la eficiencia. Este sistema, en todo caso, está por desarrollar reglamentariamente. A efectos del nombramiento, es necesario determinar previamente el tamaño del concurso. Si se trata de un concurso de gran tamaño, será necesario que el juez compruebe qué administrador concursal correspondería por turno correlativo y determinar si su perfil resulta adecuado para el concurso en cuestión. Este juicio comparativo plantea diversos problemas. En primer lugar, es necesaria información para realizarlo; información que no suele estar al alcance de los jueces. En segundo lugar, en el caso de que el juez se decante por un administrador concursal distinto del que correspondería por turno correlativo, se produce un claro desvalor para el administrador concursal preterido (en la medida en que su nombramiento ha sido pospuesto por no reunir la formación o experiencia necesarias). El resultado es que, previsiblemente, los jueces evitarán estos problemas (que, de un modo u otro, vendrían a implicar una suerte de «ranking» judicial de administradores concursales) y el sistema derive, en la práctica, a un sistema puro de lista.

### **3. Comunicaciones (I)**

#### **3.1. La impugnación de los actos de la administración concursal (Irene López Llandres)**

La primera comunicación defendida en el congreso fue la de Irene LÓPEZ LLANDRES, abogada (socia de Estudio Mercantil Builo, S.L.P.) y doctoranda por la Universidad Autónoma de Madrid, y versó sobre el régimen de impugnación de los actos de la administración concursal, que aparece regulado en la Ley Concursal de forma dispersa y no siempre clara. Así, a efectos de determinar el régimen específico de impugnación de los distintos y variados actos de la administración concursal, ha de atenderse a varios aspectos, como por ejemplo si el acto se produce en la esfera de actuación interna o externa del órgano. Asimismo, en función de la naturaleza jurídica del acto ineficaz, el proceso a instar para sanarlo o impugnarlo será distinto.

#### **3.2. La derivación de responsabilidad a los administradores concursales (Petra M. Thomas)**

La siguiente comunicación, presentada por la profesora THOMAS (profesora contratada doctora de Derecho mercantil de la Universitat de les Illes Balears), analizó, en primer lugar, los supuestos y la naturaleza de la responsabilidad tributaria y por deudas de la Seguridad Social de los administradores concursales. Seguidamente, hizo una breve referencia a la acción de responsabilidad de los administradores concursales en beneficio de la masa, y concluyó con el estudio de la responsabilidad subsidiaria que la Ley General Tributaria (art. 43.1.c LGT) es susceptible de imponer a los administradores concursales por daños a los intereses de los acreedores públicos.

#### **3.3. La muerte del administrador concursal (Marta Flores)**

La comunicación de Marta FLORES (Universidad Autónoma de Madrid) abordó la problemática que el fallecimiento del administrador concursal puede desencadenar cuando este se produce durante la tramitación del procedimiento. En concreto, se trataron cuestiones tales como la necesidad y los criterios para el nombramiento de un sustituto, los efectos de la muerte del administrador concursal sobre los auxiliares delegados que este hubiese designado y sobre el deber de rendir cuentas. También se hizo una somera referencia a la muerte de la persona física representante del administrador concursal persona jurídica.

#### **3.4. La sucesión hereditaria en la responsabilidad del administrador concursal (María Luisa Sánchez Paredes)**

La profesora SÁNCHEZ PAREDES (USP-CEU y Universidad de Nebrija) presentó una comunicación relativa a la sucesión hereditaria en la responsabilidad del administrador concursal. Con arreglo al Derecho de sucesiones, cuando el cese del administrador concursal sea debido al

fallecimiento, los herederos estarán legalmente obligados a hacer frente a la responsabilidad derivada de la actividad profesional de su causante (art. 659 y 661 CC), si bien habrá que tomar en consideración el régimen de aceptación de la herencia (según la aceptación sea pura y simple, art. 1003 CC, o a beneficio de inventario, art. 1023 CC). En el régimen general de aceptación pura y simple de la herencia, el acreedor podría dirigirse contra cualquiera de los herederos en tanto la posibilidad de ejercicio de la correspondiente acción no hubiera prescrito, y sin necesidad de que el fallecido hubiera sido demandando con anterioridad o se le hubiera exigido responsabilidad por razón de su cargo como administrador concursal, ya que no puede entenderse que la responsabilidad se extingue con la muerte. De ahí la trascendencia que tiene, en la práctica, que el seguro de responsabilidad civil o de garantía equivalente, exigible al administrador concursal para el ejercicio de sus funciones, extienda su cobertura durante los cuatro años siguientes a la fecha de cese del administrador, plazo previsto para la prescripción de las acciones de daños a la masa.

#### **4. La aceptación y el ejercicio del cargo (I)**

##### **4.1. La aceptación del cargo (Nuria Orellana)**

La magistrada Nuria ORELLANA (Audiencia Provincial de Málaga) se ocupó de la aceptación del cargo. Para que se complete el proceso de nombramiento, no basta con la designación del administrador concursal por parte del juez del concurso: es necesaria también una manifestación de voluntad por parte de aquél. La aceptación (arts. 29 y 30 LC, en la redacción dada por la Ley 17/2014) es una condición de eficacia de la designación.

El nombramiento se produce en el auto de declaración del concurso, y debe ser comunicado cuanto antes al administrador concursal. Es necesario que quede constancia de esa notificación, puesto que el administrador concursal cuenta con cinco días (hábiles, a juicio de la ponente) para aceptar. La reforma introducida por la Ley 38/2011 pareció (por la propia redacción del art. 29.1 LC) anteponer la acreditación de la suscripción del seguro de responsabilidad civil a la aceptación. El plazo de gracia (art. 135 LEC) no resulta de aplicación a la aceptación, puesto que aquél se reserva para la presentación de escritos. Respecto a la cuestión de si el plazo de cinco días es prorrogable, la magistrada señaló que, en el caso de que una prórroga fuese solicitada, corresponderá al órgano jurisdiccional acordarla o no en atención a las circunstancias. Por lo que respecta a la forma de la aceptación, la ponente afirmó albergar dudas en cuanto a la validez de aceptar por burofax, correo electrónico o mediante representante, puesto que la Ley Concursal parece exigir una comparecencia personal. Además, el designado debe tomar conocimiento de las actuaciones e indicar, a la vista de las mismas, si existe alguna causa de recusación. En cuanto al carácter obligatorio de la aceptación, la misma es voluntaria, aunque, si se rechaza sin mediar justa causa, el administrador concursal será sancionado (y no podrá ser nombrado durante los tres años subsiguientes). Esta sanción también resulta aplicable en caso de no comparecencia del administrador concursal.

En determinados concursos especiales no es necesaria la aceptación: concretamente, cuando el nombramiento recaiga en personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en un fondo de garantía de depósitos

o en el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 29.5 LC), aunque en esos casos se establece la obligación de comunicar al juzgado las direcciones postal y electrónica en las que efectuar la comunicación de créditos.

La Ley 17/2014 ha suprimido el precepto (art. 31 LC) que establecía la obligación para el administrador concursal de designar un despacho u oficina en la demarcación territorial del juzgado. Esta obligación se justificaba atendiendo a la proximidad que necesariamente debía mediar entre el administrador concursal y el concurso. Ahora, con las comunicaciones electrónicas, este requisito ha sido eliminado.

Respecto a qué debe entenderse por justa causa para no aceptar el cargo, sin duda entran en esa categoría las enfermedades. La excesiva complejidad o tamaño del concurso solo será justa causa para la no aceptación si resulta comprensible (por el contrario, una gran entidad de crédito o despacho colectivo no pueden ampararse en esta excusa). Una vez aceptado el cargo, solo procede la renuncia por causa grave, no por conveniencia. Debe darse difusión entre los juzgados del partido a la no aceptación por parte del administrador concursal, para que no vuelva a ser nombrado. Como precaución, algunos juzgados no dan publicidad al auto de declaración de concurso en tanto no se produzca la aceptación por parte del administrador concursal, por si hubiera de procederse a un segundo nombramiento. Finalmente, por lo que respecta a la credencial, esta es solo un medio de prueba para acreditar el nombramiento. Si, por el motivo que fuese, la credencial no pudiese ser entregada al administrador concursal en el momento de la aceptación, ello no obsta a que el nombramiento sea efectivo.

#### 4.2. La representación de las personas jurídicas administradores (María Enciso)

La profesora ENCISO (titular de Derecho mercantil, Universidad Rey Juan Carlos) disertó sobre el nombramiento de una persona jurídica como administrador concursal. Ha sido una cuestión muy debatida y con un tratamiento diverso en el Derecho comparado. Así, en Alemania, se excluye expresamente a las personas jurídicas del órgano (§ 56 *InsO*), sobre la base del carácter *intuitu personae* del cargo. La principal objeción a nombrar a una persona jurídica consiste en no saber quién o quiénes están detrás, y qué formación y experiencia tienen. Frente al modelo alemán, son muchos los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (Francia, Italia, Portugal) que sí admiten el nombramiento de personas jurídicas como administradores concursales. En España, la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 introdujo expresamente la previsión de que las personas jurídicas pudiesen ser administradores concursales (aunque esto ya estaba previsto, en la redacción anterior de la norma, para el administrador concursal acreedor, antiguo art. 27.1-3.º LC). La personalidad jurídica es un requisito imprescindible, de modo que no podrían ser nombradas administradores concursales las uniones temporales de empresas ni las comunidades de bienes, entre otras. Por otra parte, los primeros comentaristas afirmaban que cualquier persona jurídica podía ser designada administrador concursal (asociaciones, sociedades comanditarias, etc.). La Ley Concursal guarda silencio al respecto, aunque en la práctica se utilizan, preferentemente, sociedades profesionales.

La regulación de esta materia es bastante parca (art. 30 LC), y quedan varios

aspectos en manos de la interpretación judicial. La persona jurídica nombrada debe comunicar la identidad de la persona física que haya de representarla, para que el juez del concurso conozca a su interlocutor/a y pueda así desarrollarse una relación basada en la confianza. A pesar de que se exija el mismo nivel de cualificación profesional al representante que a la persona jurídica representada (art. 30.4 LC), y aunque al representante persona natural se le extiendan numerosos aspectos del estatuto de la administración concursal, el administrador concursal no es el representante, sino la persona jurídica representada.

En la redacción anterior de la Ley Concursal (art. 27 LC, en la versión previa a la Ley 17/2014), se exigía que la persona jurídica «integrarse», al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas. La interpretación del precepto dio lugar a controversias, en la medida en que resultaba dudoso el vínculo concreto que la norma exigía. El término «integrar» podía referirse a que la persona natural fuese socia de la persona jurídica, o bien podría hacer alusión a una relación laboral o puramente mercantil. En la práctica, lo más frecuente es que las personas naturales con esta cualificación sean socias, aunque cualquier vinculación permanente y estable sería suficiente.

La designación del representante persona física se hace en el mismo acto de la aceptación. Existen dudas en torno al poder del representante (si debe ser especial o general, o si basta con la designación por parte de la junta). La credencial se expide a nombre de la persona jurídica, sin perjuicio de que quede en manos de la persona física. La ponencia concluyó con reflexiones en torno a la finalización del vínculo entre la persona física y la persona jurídica durante el ejercicio del cargo por parte de la segunda.

## **5. Comunicaciones (II)**

### **5.1. La situación actual de la administración concursal. Un estudio multidireccional (Elena Asenjo)**

Elena ASENJO (doctoranda en la USP-CEU) presentó una comunicación relativa al *status quo* del órgano de la administración concursal en España. Su intervención se refirió, en primer lugar, a los rasgos «vertebradores» de la administración concursal, que no se han modificado en los doce años de vigencia de la Ley Concursal y que analizó a la luz del Derecho comparado. Seguidamente, las reformas introducidas por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Concluyó con una referencia a la reciente reforma del Código Penal (por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo), que amplía el régimen de responsabilidad penal de la administración concursal.

### **5.2. La recusación de los administradores concursales (Altea Asensi)**

La profesora ASENSI (Universidad de Alicante) abordó en su comunicación las causas, el procedimiento y los efectos de la recusación de los administradores concursales, con una especial referencia al deber de rendir cuentas del administrador recusado.

### 5.3. Retribución del administrador concursal en fase de liquidación por insuficiencia de masa activa (Pilar Íñiguez)

La siguiente comunicación fue la de Pilar ÍÑIGUEZ (profesora contratada doctora de la Universidad de Alicante), que se centró en la controvertida cuestión de la retribución de los administradores concursales en caso de insuficiencia de masa activa cuando la solución del concurso es la liquidación. A estos efectos, expuso las distintas posibilidades interpretativas del apartado 2 del artículo 176 bis de la Ley Concursal.

## 6. La aceptación y el ejercicio del cargo (II)

### 6.1. La recusación de la administración concursal (Salvador Vilata)

Salvador VILATA (magistrado del Juzgado de lo mercantil n.º 1 de Valencia) se refirió a la recusación del administrador concursal (principalmente regulada en el art. 32 LC). Tras una breve introducción, en la cual puso de manifiesto la tensión entre la teoría de la representación y la teoría del órgano (esta última presente en la Ley Concursal), pasó a analizar la no aceptación del cargo debido a la concurrencia de incompatibilidades, prohibiciones e incapacidades. Cuando se da alguno de estos supuestos, el administrador concursal debe manifestarlo. De este modo, la recusación por parte de tercero se configura en la Ley Concursal con carácter subsidiario, puesto que, en primera instancia, quien debe abstenerse de aceptar el cargo es el propio administrador concursal. Tras comentar brevemente las causas de recusación, planteó la posibilidad de que ni el deudor ni los acreedores, aun conociendo la existencia de una causa de recusación, hiciesen nada al respecto, a la espera de ver el tipo de actuaciones que fuesen objeto de adopción por el administrador concursal.

Una vez iniciado el incidente concursal de recusación, y en tanto no se resuelva el mismo, el administrador concursal continúa en sus funciones, y lo actuado por este no adolece de ningún vicio, de manera que es plenamente eficaz. Salvo que el administrador concursal se allane y reconozca la existencia de la causa de recusación, el incidente terminará por sentencia, lo cual no deja de resultar anómalo, en la medida en que se trata de un incidente intraprocesal e interlocutorio en el concurso (que debería resolverse mediante auto). Ahora bien, la Ley Concursal afirma que, contra esta decisión, podrá interponerse recurso de reposición (art. 39 LC), lo cual genera perplejidad, en la medida en que una sentencia en ningún caso es recurrible en reposición. En la práctica, los incidentes de recusación se resuelven tanto por auto como por sentencia, aunque la primera opción es la más habitual.

La legitimación activa para recusar abarca a todas las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso. La práctica jurisdiccional se ha mostrado flexible y generosa a la hora de interpretar lo anterior, atribuyendo legitimación activa también a las asociaciones de consumidores, en tanto que colectivo de personas afectadas por la insolvencia. Respecto al carácter tempestivo o no de la solicitud, las resoluciones suelen seguir un criterio finalista de cara a determinar los motivos por los cuales se denuncia la concurrencia de una causa de recusación en un momento dado y no antes. Se planteó asimismo la cuestión de los efectos de la estimación del incidente de recusación y del momento en el que debe producirse el cese del administrador concursal recusado (téngase en

cuenta que, si el cese es automático, pueden transcurrir varios días hasta que acepte el cargo el sustituto, quedando temporalmente el concurso sin órgano supervisor). Para terminar, el ponente recaló en la distinción entre recusación y tacha, con la advertencia de que la última (que no inhabilita, sino que meramente pone en cuestión al tachado) carece de sentido en el caso de la administración concursal.

## 6.2. La diligencia exigible en el ejercicio del cargo (Rafael Lara)

El profesor LARA (catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Pública de Navarra) se refirió en su ponencia al específico deber de diligencia en el ejercicio del cargo que incumbe a los administradores concursales (art. 35 LC), y que se sustenta en dos parámetros: la figura del ordenado administrador y del representante leal. A pesar de que la configuración de los deberes de los administradores concursales evoca los de los administradores sociales, tal mimetismo debe matizarse, puesto que los deberes de los administradores concursales presentan perfiles propios.

Un ordenado administrador concursal no es solo una persona que administra intereses ajenos. El cargo reviste una mayor complejidad: en efecto, al administrador concursal le incumben funciones insertas en el proceso concursal y que exceden la mera administración de intereses ajenos. De esta forma, no puede equipararse el nivel de diligencia exigido a un «ordenado administrador» y el exigido a un «ordenado administrador *concurzal*», puesto que este último es un órgano de un proceso. El grado de diligencia exigido al administrador concursal es independiente del régimen aplicado a las facultades de administrar y disponer del deudor (intervención o suspensión). En cualquier caso, el ejercicio del cargo del administrador concursal está sometido a una gran incertidumbre y, por ello, no debe atenderse, a la hora de valorar las actuaciones, al concreto resultado obtenido, sino a la observancia del nivel de diligencia exigida. En términos generales, puede afirmarse que la labor del administrador concursal es más conservativa que la del administrador social, incluso cuando el régimen es de suspensión de las facultades de administrar y disponer y las funciones sean, en principio, las mismas. Los administradores concursales toman posesión del cargo cuando la empresa ya atraviesa serias dificultades y, en ocasiones, no tienen conocimientos previos sobre el sector en el cual aquella opera. De ahí que el nivel de diligencia exigible no sea el mismo. Un ordenado administrador concursal es, necesariamente, prudente, en cuanto que su función es específicamente concursal y distinta de la del mercado. En cuanto a los caracteres del tipo de diligencia exigido por la Ley Concursal, no se exige un determinado nivel de diligencia (esto es, el de un administrador concursal concreto), sino el de un administrador concursal arquetípico. Por eso se trata de un cargo profesional, cuyo nivel de diligencia dependerá de las necesidades del concurso en cada momento. En la valoración de la conducta del administrador concursal hay que tener una perspectiva elástica, y atender a las circunstancias en las cuales se produce y a las características del concurso (dimensión, estado de la contabilidad, número de acreedores, etc.). Asimismo, deberá tenerse en cuenta el momento procesal en el cual se produce la actuación (así las cosas, una omisión que se produzca inmediatamente después de aceptar el cargo no necesariamente tendrá que ser negligente).

En cuanto al administrador concursal como «representante leal», la referencia a

la representación se justifica porque el administrador concursal defiende intereses ajenos y, por lo tanto, debe anteponer estos a los suyos propios. Más concretamente, el administrador concursal debe actuar en interés del concurso, y no conforme al resto de intereses que pivotan en torno al concurso (el interés del deudor, los intereses propios de cada uno de los acreedores, y el interés del propio administrador concursal). El incumplimiento de estos deberes puede derivar en responsabilidad del administrador concursal, plasmarse en la separación del cargo y tener, por eso mismo, repercusiones en materia de retribución.

### 6.3. Los colaboradores de la administración concursal (Eduardo Gómez López)

La siguiente ponencia, a cargo de Eduardo GÓMEZ LÓPEZ (magistrado del Juzgado de lo mercantil n.º 1 de Sevilla) versó sobre los colaboradores de la administración concursal, que pueden agruparse en tres modalidades distintas: los auxiliares delegados (art. 31 LC), los expertos independientes (art. 83 LC) y los colaboradores internos (art. 31.4 LC). Todos ellos son terceros que coadyuvan a cumplir las tareas de la administración concursal.

El auxiliar delegado y el experto independiente comparten un régimen jurídico parecido (en cuanto a las incapacidades, prohibiciones e incompatibilidades, por ejemplo, así como el sistema de retribución, que corre a cargo del administrador concursal), pero tienen un ámbito funcional o competencial distinto: el experto independiente se ocupa de valorar bienes o de analizar la viabilidad de las acciones de reintegración. Frente a ello, el auxiliar delegado tiene funciones delegadas de la administración concursal y, en este sentido, su ámbito de actuación no es concreto, sino que varía en función de las circunstancias del caso.

El ponente analizó la evolución normativa del auxiliar delegado, desde su aparición con la promulgación de la Ley Concursal en 2003 hasta la última reforma introducida por la Ley 17/2014, pasando por las modificaciones operadas por la Ley 38/2011. Es posible, en primer lugar, que el nombramiento del auxiliar delegado sea optativo (art. 31.1 LC), a propuesta de la administración concursal. En tal caso, existen requisitos subjetivos y requisitos objetivos para el nombramiento. Subjetivamente, es posible nombrar un auxiliar delegado o varios, ya sean personas físicas o jurídicas (en cuyo caso será necesaria la designación de un representante persona natural). Objetivamente, debe atenderse a tres parámetros: la complejidad del procedimiento, la preparación técnica del candidato y el interés del concurso. En caso de que el nombramiento lo solicite la administración concursal, en general se producirá la autorización judicial. Como la retribución del auxiliar delegado corre a cuenta del administrador concursal, la denegación no suele producirse. La autorización judicial concretará las funciones del auxiliar delegado y su retribución.

En segundo lugar, es posible que el nombramiento se produzca de oficio, en dos grandes categorías de supuestos. Por un lado, es posible que el juez detecte la necesidad de nombrar un auxiliar delegado en atención a las circunstancias concurrentes (por ejemplo, en el caso de que el administrador concursal ingrese de urgencia en el hospital y se ignore el pronóstico, siendo el cese una medida demasiado radical). En este caso, el auxiliar delegado debe ostentar una

condición profesional distinta de la del administrador concursal, y habrá de darse audiencia a este último para que manifieste cuanto considere conveniente. Por otro lado, el nombramiento de al menos un auxiliar delegado resulta obligatorio en determinados casos, que el ponente analizó separadamente (art. 31.1 in fine LC). Por analogía, también debe exigirse en estos casos que el auxiliar delegado tenga una condición profesional distinta de la del administrador concursal.

Respecto al régimen de actuación del auxiliar delegado, destaca el hecho de que el administrador concursal no pierde la facultad de darle instrucciones. Si el auxiliar delegado genera algún daño mediante sus actos, el administrador concursal responderá solidariamente (con la facultad de repetir posteriormente contra el auxiliar). La Ley Concursal no exige un seguro de responsabilidad civil para el auxiliar delegado, a diferencia de lo que sucede con el administrador concursal.

Seguidamente, el ponente pasó a analizar los dos supuestos en los que cabe nombrar un experto independiente (art. 83 LC), señalando que no se entiende la necesidad de solicitar autorización judicial, cuando la retribución de los mismos va a cargo de la administración concursal. Finalmente, por lo que respecta a los colaboradores internos (art. 31.4 LC), se destacó su falta de capacidad *ad extra*. La referencia que se hace en la norma a los empleados dependientes del deudor importa a efectos de colaboración con la administración concursal (art. 42 LC) y de calificación del concurso (art. 165.2.º LC).

## **7. El estatuto de la administración concursal**

### **7.1. Las funciones de la administración concursal de carácter procesal (Manuel Díaz Martínez)**

La primera intervención de la mesa fue la del profesor DÍAZ MARTÍNEZ (catedrático de Derecho procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia), y versó sobre las funciones procesales de la administración concursal. Dentro de las mismas, comenzó por la redacción del informe de la pieza de calificación: solo la administración concursal y el Ministerio Fiscal pueden proponer que el concurso se califique como culpable (STS 10/2015, 3 de febrero). Así, aunque la Ley habla de «personación y condición de parte» de los acreedores en la pieza de calificación, en realidad no son más que coadyuvantes (aunque tengan legitimación para recurrir en apelación la sentencia de calificación). Ahora bien, como generalmente el Ministerio Fiscal se abstiene, la única que deduce pretensiones en la sección de calificación es la administración concursal: toda la pieza gira, así, en torno a su informe (que viene a ser una auténtica demanda). Ese informe delimita el objeto de la sección sexta, y acota también el deber de congruencia del juez del concurso. Si el administrador concursal no solicita un determinado efecto de la calificación del concurso como culpable, el juez no puede acordarlo.

Seguidamente, el ponente se refirió a la legitimación activa de la administración concursal para interponer acciones de reintegración: esta legitimación, en ocasiones, tiene carácter principal (art. 71 LC) y, en otras, resulta exclusiva (como sucede con los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC). También abordó el tema de la continuación de los juicios declarativos pendientes con sustitución del deudor por la administración concursal en caso de suspensión de

las facultades de administrar y disponer, así como la enervación del desahucio ejercitado contra el deudor (art. 70 LC).

## 7.2. Las funciones de la administración concursal de carácter sustantivo (Ángel Rojo)

El profesor ROJO se ocupó de las funciones de la administración concursal de carácter sustantivo. Criticó duramente la actual enumeración contenida en la Ley (art. 33.1.b LC), en la medida en que los listados de funciones con frecuencia no solo reproducen lo dicho allende la norma, sino que introducen aspectos nuevos o matizan la previsión normativa, complicando enormemente la interpretación. Además, resulta innecesaria la enumeración de funciones que actualmente aparece en la Ley Concursal. En cualquier caso, apuntó que, quizá, la razón de ser de la introducción de esta enumeración radique en aspectos retributivos (art. 34 LC), a fin de que el administrador concursal solo cobre por las funciones efectivamente desempeñadas.

El listado de las funciones sustantivas de la administración concursal mezcla dos tipos de funciones: por un lado, las que deben cumplirse tanto en caso de intervención como en caso de suspensión y, por otro lado, las propias de la esfera societaria. Todas ellas aparecen enumeradas sin que, aparentemente, medie orden ni sistema.

La función primaria de la administración concursal es (o, al menos, debería ser) la conservación de la masa activa, si bien esta función aparece mezclada con otras en términos discutibles (por ejemplo, la administración concursal no puede pedir la apertura de la liquidación si existe una unidad productiva viva, aunque se trate de una parte ínfima del patrimonio, excepto en los supuestos excepcionales del art. 43 LC).

Por otra parte, la Ley Concursal se refiere expresamente a las «acciones de impugnación y de rescisión», olvidando el ejercicio de acciones para cobrar de todos los deudores de la concursada que no paguen voluntariamente. En esos casos, se plantea la duda de quién ha de correr con los gastos de asistencia letrada (si fuese necesaria) y de procurador: el administrador concursal o la masa activa.

El profesor Rojo señaló también, entre otros muchos defectos, la falta de precisión de la actual redacción de la norma, que se refiere a las situaciones de sustitución (apartado 12, art. 33.1.b LC) e intervención (apartado 12, art. 33.1.b LC) para, respectivamente, los concursos necesarios y voluntarios, olvidando que existen excepciones (pudiendo decretarse la intervención en un concurso necesario, y viceversa, art. 40.3 LC).

## 7.3. El ejercicio de las funciones de la administración concursal (Jorge Moya)

La última intervención de la mesa fue la de Jorge MOYA (profesor de Derecho mercantil de la Universidad de Alicante), y versó sobre el ejercicio de las funciones de la administración concursal. En primer lugar, se refirió al funcionamiento y la adopción de acuerdos del órgano; un aspecto que ha perdido trascendencia y complejidad desde, que en 2011, se adoptó con carácter general el modelo unipersonal. La unipersonalidad del órgano simplifica mucho la toma

de decisiones. La única excepción es la concurrencia de un interés público que justifique el nombramiento de un segundo administrador concursal (art. 27.7 LC, en la redacción dada por la Ley 17/2014, que dispone que, en tales casos, el mismo deberá recaer sobre una Administración Pública acreedora o una entidad de Derecho público acreedora vinculada o dependiente de ella). Aun así, en estos casos, la representación del órgano frente a terceros recae sobre el primer administrador concursal, de modo que el funcionamiento del órgano no deviene mucho más complejo. Los primeros comentaristas abogaban por interpretar de forma extensiva el deber de documentación que pesa sobre la administración concursal, y se entendía obligatoria la plasmación de todos los acuerdos por escrito y la llevanza de un libro de actas. Evidentemente, la unipersonalidad que, con carácter general, rige en la actualidad, invita a interpretar restrictivamente el deber de documentación, no siendo pues necesaria la constancia por escrito de todas las decisiones adoptadas.

La segunda parte de la ponencia se dedicó a precisar alguna cuestión relativa a los deberes fiduciarios de la administración concursal (tema que ya había sido objeto de una ponencia específica, vid. Supra). En relación con el deber de diligencia, el actual sistema de nombramiento (pendiente de desarrollo reglamentario) establece que la excesiva complejidad del concurso solo puede ser justa causa de renuncia en los concursos de gran tamaño. En los concursos de pequeño tamaño, no cabe renunciar por este motivo, de forma que la diligencia (o capacidad) para tramitarlos puede entenderse como el mínimo exigible a un administrador concursal. Finalmente, el ponente se refirió al contenido específico del deber de lealtad del administrador concursal y a las conductas susceptibles de vulnerarlo.

## **8. La retribución de los administradores concursales**

### **8.1. La determinación de la retribución de los administradores concursales (Isaías González)**

El economista Isaías GONZÁLEZ comenzó su intervención destacando el papel fundamental de la administración concursal en el procedimiento. Al margen del concurso, sin embargo, los administradores concursales son, también, empresarios, de forma que cualquier reajuste en materia de retribución es susceptible de implicar reestructuraciones y reorganizaciones para los mismos. El ponente hizo hincapié en el constante incremento de las obligaciones a cargo de los administradores concursales que se ha producido a lo largo de los últimos años (por ejemplo, la asunción de determinados costes, como los informes de los expertos independientes o las tasaciones). Sucede que este incremento en la obligación de asumir costes por parte de los administradores concursales se produce sin que exista ninguna garantía para los mismos en cuanto al cobro de sus honorarios (recuérdese, en efecto, que está pendiente de organizarse el fondo de garantía que permita a los administradores concursales cobrar un mínimo retributivo). La ponencia analizó tanto el sistema de retribución introducido por la Ley 17/2014, todavía no vigente, como la regulación en vigor.

## 8.2. La condición de crédito contra la masa (Aurelio Gurrea Chalé)

El abogado Aurelio GURREA CHALÉ disertó acerca de la condición de crédito contra la masa de los honorarios de la administración concursal, y centró su intervención en los desequilibrios y disfunciones que existen en la Ley Concursal en materia de créditos contra la masa; disfunciones que, a su vez, causan indefensión a los administradores concursales. La ponencia hizo un exhaustivo recorrido por los textos legislativos y prelegislativos en esta materia, destacando la importancia esencial de las funciones del órgano y de la retribución por su trabajo. Asimismo, se puso de relieve la importancia de garantizar a la administración concursal el cobro de sus honorarios, cuyo pago debería ser previo al de los demás créditos.

## 9. Comunicaciones (III)

### 9.1. Formación y designación de la administración concursal en el nuevo modelo de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y su proyecto de reglamento (Salvador Tomás)

El profesor TOMÁS (Universidad de Murcia) analizó en su comunicación dos aspectos relacionados con la formación y la designación de los administradores concursales en el modelo implantado por la Ley 17/2014 (y el proyectado reglamento que desarrolla, entre otros, el art. 27 LC). Así, de un lado, fueron objeto de estudio aquellos extremos que se pretenden implantar respecto a las condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales: los requisitos para el ejercicio del cargo, el sistema de acceso, la formación y destreza exigible o el sistema de selección diseñado. De otro lado, se examinaron las posibilidades de designación de las personas jurídicas como administradores concursales tras los exigentes requisitos establecidos — fundamentalmente en cuanto a su composición— en el referido proyecto de reglamento.

### 9.2. La administración concursal en el Derecho mejicano (Víctor M. Castrillón y Luna)

La última comunicación que fue presentada en el congreso fue la de Víctor M. CASTRILLÓN (profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México), relativa a la administración concursal en el Derecho mejicano. Mereció especial mención el papel que juega, en los procedimientos de insolvencia, el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, órgano encargado, entre otras funciones, de designar a los especialistas en insolvencia.

## 10. El cese de la administración concursal

### 10.1. La separación del cargo (Josep Oriol Llebot)

El profesor LLEBOT (catedrático de Derecho mercantil de la Universitat de Girona) afrontó la cuestión de la separación del cargo, mas desde un

planteamiento distinto al tradicional. La ponencia partió de la premisa de que la separación del administrador concursal viene a ser una resolución contractual regulada en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos. Ahora bien, desde una perspectiva de análisis económico, en caso de insolvencia se constatan esenciales problemas de coordinación entre acreedores (los llamados problemas «de acción colectiva»), que impiden reproducir en el concurso el régimen iusprivatista de resolución contractual. La racionalidad de la separación de los administradores concursales es, sin embargo, la misma que la del régimen de resolución contractual, y radica en los incentivos que dicho régimen provoca en el comportamiento de las partes en la relación. Así las cosas, el régimen de separación incentiva a los administradores concursales a cumplir y prestar adecuada y diligentemente los servicios encomendados por el juez.

El ponente recorrió las causas de separación de los administradores, señalando su equivalencia con las causas de resolución contractual del Derecho privado. En particular, comentó las categorías del incumplimiento contractual y su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Actualmente (y desde 2013) la categoría acuñada del incumplimiento «esencial», se proyecta no sobre las prestaciones de las partes, sino sobre la satisfacción del acreedor. En este sentido, se dice que un incumplimiento es esencial cuando la prestación no satisface el interés de una de las partes.

A continuación, la intervención se centró en comentar las resoluciones judiciales en las cuales se ha acordado la separación del administrador concursal. La pérdida de confianza del juez en la administración concursal es causa de separación (en la medida en que el nombramiento es *intuitu personae*). Así, si la causa de la pérdida de confianza es la falta de información o colaboración del administrador concursal con el juez, en realidad lo que motiva la separación es un incumplimiento contractual. Otras causas de separación que se han dado en la práctica (y que pueden reconducirse a las incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones, art. 28 LC) son las relaciones de la administración concursal con el deudor o la interposición de una querrela contra el administrador concursal. Los supuestos de imposibilidad sobrevinida y fortuita de cumplimiento (como la enfermedad o la muerte del administrador concursal) son casos de incumplimiento no imputable. La última parte de la ponencia estuvo dedicada al procedimiento y los efectos de la separación.

## 10.2. La rendición de cuentas (Antonia Magdaleno)

La abogada Antonia MAGDALENO se refirió al deber de la administración concursal de rendir cuentas (art. 181 LC). La norma establece que la rendición de cuentas deberá justificar cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, lo cual exige dar explicaciones claras y concisas, así como acreditarlas documentalmente (en la mayoría de los casos, mediante remisión a los propios autos). La rendición de cuentas debe informar igualmente sobre el resultado y saldo final de las operaciones realizadas, esto es, la tesorería remanente, o los créditos sin pagar por insuficiencia de masa activa.

La Ley Concursal regula el deber de rendir cuentas en todos los casos de cese del administrador concursal (art. 38.4 LC), la rendición de cuentas en el momento de la conclusión del concurso (art. 52.2 LC) y el contenido sustantivo de la

rendición de cuentas (art. 181 LC). Así, los principales elementos a tener en cuenta en relación con el deber de rendir cuentas son los siguientes: el momento en el cual se produce la rendición (dependiendo del estado en que se encuentre el concurso, el contenido de la rendición será uno u otro); el régimen de suspensión o de intervención de las facultades de administrar y disponer del deudor; el cese (o no) en la actividad de la concursada y el nombramiento (o no) de auxiliares delegados.

Determinadas materias están excluidas de la rendición de cuentas: por ejemplo, no cabe impugnar la rendición de cuentas por el no reconocimiento de un crédito contra la masa, ni tampoco a causa de la falta de ejercicio de una acción de rescisión, ni debido a la calificación del concurso como fortuito. La ponencia también se refirió al procedimiento para presentar la rendición de cuentas y a la tramitación de la misma (fundamentalmente, el plazo de presentación y la oposición).

### 10.3. La responsabilidad de la administración concursal (Fernando Martínez Sanz)

El profesor MARTÍNEZ SANZ (catedrático de Derecho mercantil de la Universitat Jaume I de Castelló) se refirió, en primer lugar, a la responsabilidad civil de la administración concursal, configurada conforme al modelo de la Ley de Sociedades de Capital (con el consiguiente énfasis en la acción social de responsabilidad). La Ley Concursal contempla, así, una acción colectiva de responsabilidad contra los administradores concursales (art. 36.1 a 5 LC). El supuesto es un daño a la masa, que puede materializarse en una disminución del activo, en la falta de adopción de medidas de conservación del patrimonio, en la falta de ejercicio de acciones de reintegración, o en el incremento de la masa pasiva. En su análisis constató que la mayoría de sentencias son desestimatorias de la demanda y absolutorias de la administración concursal. El ponente habló asimismo de la relación de causalidad que debe mediar entre la conducta del administrador concursal y el daño, y de las consecuencias que, de cara a la eventual responsabilidad de aquél, puede tener la autorización judicial del acto. Otros aspectos objeto de análisis fueron la competencia (que corresponde al juez del concurso), la legitimación activa, la prescripción y la intervención de auxiliares delegados (por cuyos actos dañosos responde principalmente el administrador concursal, *in vigilando* o *in eligendo*). Junto a esta acción colectiva, la Ley Concursal esboza una acción individual (art. 36.6 LC) para los daños directos a intereses de acreedores o terceros. En este caso, el supuesto estrella es la falta de inclusión de un determinado crédito contra la masa en el listado correspondiente. Ahora bien, se cuestiona que la competencia corresponda al juez del concurso: muchas demandas se presentan ante juzgados de primera instancia y prosperan.

Seguidamente, el profesor Martínez Sanz hizo una breve referencia a la responsabilidad tributaria de los administradores concursales y concluyó con un minucioso análisis de la responsabilidad penal de los mismos, que se ha visto duramente agravada con la Ley Orgánica 1/2015.

## III. LA CLAUSURA DEL CONGRESO

La clausura del congreso corrió a cargo de la profesora Esperanza GALLEGO, catedrática de Derecho mercantil de la Universidad de Alicante y una de las presidentas del evento. Comenzó señalando la necesidad de que los administradores concursales pongan de manifiesto ante las autoridades gubernamentales sus consideraciones. En este sentido, apuntó que las deficiencias de régimen desgranadas a lo largo del congreso no remiten exclusivamente al contenido de las normas, sino a la manera de legislar en el ámbito concursal en los últimos años, que criticó duramente tanto desde un punto de vista formal como material.

La tendencia legislativa más reciente se muestra despectiva y peyorativa hacia los profesionales del sector. Se han ampliado las funciones y también la responsabilidad de los administradores concursales más allá de lo razonable. Y, paralelamente, muchos de los costes del concurso se han repercutido directamente sobre los honorarios de la administración concursal. Así, desde 2009, los honorarios de los expertos independientes corren a cargo de la retribución de la administración concursal. La consecuencia es que se ha prescindido en buena medida de sus servicios, y, por ese motivo, las valoraciones de la masa activa carecen a menudo de fiabilidad. En cuanto a la cuenta de garantía arancelaria, la profesora GALLEGO se preguntó acerca de la lógica que tiene que los administradores concursales deban renunciar a parte de su retribución para costear la Administración de Justicia. Por otra parte, en 2011 se establecieron determinados casos en los cuales era obligatorio el nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado, con la consiguiente atribución de estos costes a la administración concursal. Esta tendencia se ha mantenido con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (que establece la conversión del mediador concursal en administrador concursal en caso de que fracase el acuerdo extrajudicial de pagos, mas sin derecho a retribución) y el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad (que añade competencias a los administradores concursales sin incrementar sus honorarios). La conferencia de clausura concluyó con el exhorto a los asistentes a llamar la atención del legislador de cara a frenar y revertir esta tendencia y los continuos ataques frontales a la profesión de los administradores concursales.