

En torno a la reforma de la administración concursal y su desarrollo reglamentario (Notas y reflexiones en el contexto de un debate abierto)

Por [Leopoldo Pons Albentosa](#), Presidente de Leopoldo Pons, abogados y economistas.

Sumario.

La justicia económica juega un papel determinante en todo modelo de crecimiento sostenible, como venimos sosteniendo en la serie de trabajos que nos vienen ocupando a lo largo de 2014. El Ejecutivo y el propio Legislador, lejos de mostrarse ajenos a tal realidad, se han venido mostrado especialmente beligerantes y activos en general, y de forma particular, en el tratamiento de las insolvencias. De hecho nos vemos en medio de la tramitación parlamentaria del RD-l 11/2014 y a la espera de los desarrollos reglamentarios de la Ley 17/2014, ambas normas dedicadas monográficamente al mundo de la refinanciación y de las soluciones concursales. Las estadísticas de fin de año han ido aportando información relevante al respecto, y todo parece indicar que el año 2015 nos dará una imagen más estable de la evolución de la morosidad y la insolvencia, y su recorrido real. Ahora realizamos una nueva inmersión en el ámbito de la administración concursal y su devenir regulador en pleno debate, tanto en las esferas superiores de la Ley como en la menos importante área de las soluciones reglamentarias.

El tratamiento de la insolvencia es un asunto de primer orden en las economías desarrolladas (CORK 1982, UNCITRAL 1994, CE 2000, CE 2014, FMI 2014, PONS 2014), y la crisis lo ha agudizado considerablemente al poner sobre la mesa la necesidad de conjugar la eficiencia económica con el Estado de Derecho. En este escenario dos han sido las líneas maestras iniciadas en los años 80 pasados: una judicatura especializada y una administración concursal profesionalizada con una profunda despenalización de la insolvencia sobrevinida, la no culpable. El principio del modelo se inspiraba en una concepción universal del mismo, es decir, con cabida para todo tipo de insolvencia, ya fuese empresarial o de consumidor final.

Los años 90 ya conocieron en los sistemas líderes una profunda revisión del principio de unidad de procedimientos. El boom inmobiliario y consecuente desplome ha hecho que haya sido ampliado y seguido por la mayoría del resto de países (Francia 2005, USA 2005), propugnando mecanismos diferentes de solución al problema, según estuviésemos hablando de empresarios, personas jurídicas y naturales, en este último caso se han ido articulando soluciones de compromiso extrajudicial y a ello se ha sumado el ejecutivo y el legislador español (España 2013), aunque en nuestro caso la solución ha sido hasta ahora orillando el cambio de modelo concursal en este aspecto (España 2011). Sin embargo, el año 2014 ha conocido en nuestra legislación un giro copernicano en materia de paraconcursalidad, aunque se le denomine de preconcursalidad, al introducir una nueva fórmula de refinanciación homologada (Ley 17/2014), y quizás lo que puede ser más relevante una política bancaria impulsada por el Banco de España y el ejecutivo (Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual), fomentando las vías de refinanciación allá donde se han solicitado.

No obstante, aprovechando una especie de Pisuerga que pasa por Valladolid, la tramitación parlamentaria del RD-l 4/2014, de 7 de marzo, sobre la refinanciación homologada, ha servido para que con esa Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se haya acometido un cambio de modelo radical de la administración concursal y sobre el versan estas breves notas, y ello tanto en la propia regulación con rango de Ley como sobre la remisión reglamentaria de la misma.

La Ley 17/2014 aborda tres escenarios conceptuales respecto de la acreditación de la administración concursal, el sistema de designación de la misma en la declaración del concurso y la modulación de la retribución que se resumen en los siguientes puntos. La acreditación descansará sobre la adición de una sección cuarta al artículo 198 dedicado al Registro Público Concursal por la vía de la fijación de determinadas reglas de inscripción de las personas físicas y jurídicas, que cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente para poder ser designado administrador concursal. La designación se convierte, en términos generales, en una función aleatoria sobre los listados, designación secuencial, algo ya ensayado en el caso de la mediación (Ley 14/2013), con una mecánica basada en la segmentación de los requisitos necesarios según tres tramos de concursos, pequeños, medianos y grandes, dejando al albur reglamentario qué se entienda por cada uno de esos escenarios, aunque se mantienen determinadas especialidades, como las reservadas a las entidades bancarias, las compañías de seguros y las empresas que cotizan en Bolsa, donde este sistema se aparta en aras de la discrecionalidad oportuna. La retribución también encuentra modificaciones ya en la propia norma, excelencia en la gestión, para a continuación volver a la remisión reglamentaria posterior.

La modificación de la norma con rango de Ley, de la Ley 17/2014 al Real Decreto-ley 11/2014.

Al margen del trabajo en profundidad y extensión respecto de las mejoras que se pueden introducir en esta Ley 17/2014, y quizás aprovechando el debate en curso del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, en cuanto a la administración concursal se podrían abordar las siguientes modificaciones y ajustes:

Primero. Revisar en profundidad el sistema de designación arbitrado para el tramo considerado como de concursos grandes, donde de entre ese segmento de profesionales idóneos que deben explicitarse, habría que eliminar la suerte, y asegurando una rotación suficiente, se ajuste el concurso concreto con la administración concursal mejor para el mismo, tipo y cantidad de recursos humanos y materiales con los que se cuente.

Segundo. Asegurar la correcta gestión del colectivo de administradores concursales y auxiliares delegados a partir de un ente gestor del Registro Público Concursal financiado con la correspondiente tasa a cargo de cada concurso declarado.

Tercero. Incorporar a los auxiliares delegados y a la propia administración concursal a un perfil profesional de mayor rigor en materia de responsabilidad civil, seguro *ex ante*.

El posible desarrollo reglamentario de la administración concursal.

A partir de aquí cabría profundizar en el desarrollo reglamentario en esos tres segmentos de los requisitos de acceso a la administración concursal, designación de la misma, y el régimen de retribución, el arancel. Abordemos uno a uno todos los temas:

1.- Requisitos de acceso a la administración concursal.

La experiencia de 10 de años de Ley Concursal, con unos 50.000 concursos declarados, ha supuesto la designación de un número de administradores concursales diferentes, que todo parece indicar (RPC 2014) estará, cuando termine este 2014, por encima de las 14.000 personas físicas, entre designaciones directas o como representantes de personas jurídicas, y ello a partir de la suma de los listados construidos en los respectivos decanatos judiciales. El problema aparece, no ya con el número de posibles candidatos para futuras designaciones, sino en la enorme indefinición de un colectivo que a partir de cinco años de antigüedad de colegiación profesional, caso de abogados economistas o titulares mercantiles, o por su mera condición de auditores de cuentas (ROAC), no tiene otra referencia acreditativa común explícita.

El resultado ha sido una población concursal sin acreditaciones suficientes dando lugar a capacitaciones, dedicación y medios materiales y humanos enormemente dispersos y diferentes. Aquí el legislador con sus diferentes esfuerzos (Ley 22/2003, de 9 de julio y Ley 38/2011, de 10 de octubre) no ha conseguido ese objetivo de contar con garantías de excelencia profesional a partir de dicho listado. El problema ha venido resolviéndose de forma razonable a partir del trabajo de selección y de posterior designación que la Ley ha otorgado al juez responsable de la declaración del concurso. Sin embargo, como veníamos diciendo, el legislador ha cambiado el sistema, partiendo de la premisa de que para cada segmento de concursos llamados pequeños, medianos y grandes, habrá una lista homogénea de administradores concursales suficiente y competente disponibles para atender a cualquiera de ellos, eso sí, dentro de cada tramo.

Este sistema de designación plantea dos tipos de problemas, el primero es de fondo ya que se asume que es posible clasificar la complejidad e idiosincrasia de cada concurso a partir de unos parámetros genéricos que, por muchos que sean los mismos (volumen de activos y pasivos, cifra de negocios, número de trabajadores, número de acreedores, tipo y complejidad de la deuda acumulada, sector de actividad económica, irradiación territorial, entre otros posibles) nunca acabará de definir adecuadamente a todos y cada uno de los casos, y ello se aplica a todos los tramos, pero con mayor intensidad si cabe cuanto mayor sea el tamaño o complejidad del concurso. Por eso se propone una modificación *ex lege* en este último segmento donde el modelo permita el ajuste individual de forma natural y no extraordinaria o excepcional como pretende la Ley 17/2014.

No obstante, y volviendo a los requisitos de acceso a la administración concursal nos planteamos tres cuestiones diferentes. En primer lugar, una capacitación suficiente y de base que, dada la pluridisciplinariedad profesional del ejercicio del cargo, no hay más que leer el nuevo artículo 34 de la Ley Concursal, sólo se puede conseguir a partir del conocimiento profundo de las materias que ello conlleva con la correspondiente acreditación del mismo. Tradicionalmente este tipo de requisito se viene demostrando en otras áreas por la vía de la acreditación individual y específica, caso del acceso a las profesiones de carrera pública o regulada (Anteproyecto de Ley de Auditoría 2014) y a ello habrá que recurrir para situarse en ese primer escalón de capacitación suficiente del tramo primero, al menos como condición necesaria. En segundo lugar, nos enfrentamos a la acreditación de la experiencia acumulada, posible tramo segundo, algo así como lo que ya pretendió el legislador de 2003 y 2011 sin demasiado éxito, o bien ha incorporado la Ley de Acceso a la Abogacía y, en alguna medida, la Ley de Auditoría,

pudiéndose tener en cuenta el eje rector de experiencia previa, bien directa o en el tramo primero. En el tercer tramo nos ubicamos en la experiencia acumulada de especial relevancia y en los medios materiales y humanos con los que se cuenta, y habrá que prestar especial atención a las sociedades profesionales y su estructura interna.

2.- Designación de la administración concursal.

Aceptando que el modelo diseñado en la Ley 17/2014 necesita de un ajuste al menos en el denominado concurso grande, de forma que permita en la práctica ese grado de libertad necesario de acomodación entre el concurso específico y la administración concursal en mejor disposición para atenderlo, y que la actual redacción lo hace imposible, aunque la voluntad del legislador haya sido otra, y asumiendo que esa corrección de redacción debería producirse, nos encontramos con el hito de tener que definir a efectos de clasificación los concursos en pequeños, medianos y grandes y aquí aparecen algunos problemas de calado. El primero es el ya apuntado del número de variables a tener en cuenta, de hecho se puede acabar construyendo un algoritmo de imposible resolución, tal y como con motivo de la consideración de procedimiento abreviado o del periclitado concurso de especial transcendencia se ha ido poniendo de manifiesto, por no hablar de las clasificaciones realizadas con motivo de la incorporación del acuerdo extrajudicial de pagos.

El segundo escollo a tener en cuenta es el cambio radical que se está produciendo en el mundo concursal con motivo, por un lado, de la superación de la profunda crisis vivida y del trascendente cambio de criterio en la regulación de las insolvencias de 2014, abriendo con ello un horizonte difícil de predecir respecto de la evolución de la vida concursal y sus estadísticas. Teniendo en cuenta estas salvedades, habría que pensar que, siempre desde esta óptica que nos ocupa del concurso, el primer referente es el volumen del pasivo a dirimir junto que el número de trabajadores implicado en el mismo, a continuación se desgranarían las siguientes variables apuntadas del número de acreedores, establecimientos dispersos, nacional e internacionalmente hablando, volumen de operaciones y complejidad de los activos y pasivos en liza. Delimitar el elenco a tener en cuenta, jerarquizarlos y cuantificarlos es tarea ardua en estos momentos, a no despreciar el estado incompleto de la propia información. No obstante podemos estar hablando de hasta un millón de pasivo, hasta nueve trabajadores, hasta cincuenta acreedores y un único establecimiento, como referentes de los concursos pequeños. Para el tramo de los concursos medianos nos podríamos situar en pasivos entre uno y cinco millones, de nueve a cincuenta trabajadores, de cincuenta a doscientos cincuenta acreedores y entre uno y cinco establecimientos diferentes, y por lo que respecta a los grandes concursos nos situaríamos en las cifras que desborden las acotadas para los concursos medianos.

3.- Régimen de retribución de la administración concursal.

El arancel es un mecanismo de conformación de la retribución profesional que en el caso de la administración concursal resulta prácticamente de obligada presencia para asegurar el principio de independencia necesario entre las partes implicadas en el proceso concursal. Ahora bien, la cuantificación de tal retribución, otorgada por la autoridad judicial, necesita de un componente objetivo que no permite de nuevo jugar con mucho más allá de unos parámetros generales y de incuestionable razón de ser.

Dado que los principios generales de cargas de trabajo, oportunidad, dificultad y responsabilidad, obligarían a ir mucho más allá, a poco que se desgranasen uno a uno dichos parámetros. La solución encontrada en el ya lejano 2004 ha permitido, en el segmento de concursos donde se ha dado un mínimo nivel crítico tanto en cuanto a volumen como a cobrabilidad del mismo, una solución razonablemente plausible para la mayoría de los casos. La solución reglamentaria de 2004 recoge hasta ocho casos de previsible complejidad añadida, el caso del convenio anticipado y las reglas especiales para las fases posteriores a la común, ya sea la de convenio o la de liquidación. La imposibilidad del cobro de un número más que considerable de concursos, probablemente cercanos al 50 por cien del total, hizo que el Real Decreto-ley 3/2009, introdujese la figura de la cuenta de garantía arancelaria que se debería dotar con aportaciones obligatorias de los administradores concursales, dejando la cantidad, porcentaje, a la posterior solución reglamentaria, redacción que ha quedado igual tanto tras la de la reforma de 2011, si pasamos por alto el que las cargas de trabajo se han multiplicado prácticamente por tres en la mayoría de los concursos ordinarios al suprimirse la fórmula tripartita y sustituirse, con carácter general, por la administración única, como de la más reciente aportada por la Ley 17/2014.

No obstante, no ha habido, siempre hasta la fecha de redacción del presente trabajo, nuevas aportaciones reglamentarias, aunque el legislador de la Ley 17/2014 sí ha introducido en el marco general de la conformación de la retribución algunas matizaciones respecto de la cantidad final de la misma en función de la eficiencia del trabajo realizado.

En cualquier caso sí que se han producido algunas aproximaciones a una nueva solución reglamentaria de cálculo de retribuciones, y entre dichas iniciativas cabría reseñar dos cuestiones, la retribución del auxiliar delegado o los límites máximos del arancel final. También se han ido articulando mecanismos de ajuste del mismo ante las diferentes circunstancias de complejidad y cargas de trabajo que se pudiesen dar. Sin embargo, dado que las estadísticas y estudios hasta ahora disponibles, como por ejemplo el de Registradores, apuntan a una realidad

concurzal de microempresas con escasas posibilidades de hacer frente a las deudas tanto concursales como de los propios créditos contra la masa, cualquier cálculo de arancel debería tener en cuenta esta realidad.

Incertidumbres y tareas ante un cambio de modelo.

Todo modelo viable en cuanto a la puesta en marcha y sostenibilidad tiene que afrontar un escenario de incertidumbre que deben ser paliadas a partir tanto de la bondad del propio modelo nuevo frente al existente, como con la articulación de los mecanismos de transición oportunos. En el caso que nos ocupa estamos ante una propuesta realmente novedosa respecto de lo existente hasta ahora y además no tiene escenarios razonablemente similares con los que compararse en otros entornos. No parece que, sea cual sea el recorrido de transición, nos encontremos con soluciones que aporten esa necesaria reducción de la incertidumbre en esa transición del sistema actual al propuesto, es decir, qué hacer con lo que hay y qué dejar de lo que hay. Además y dado que el nuevo planteamiento descansa sobre una solución objetiva, ello traslada toda la carga de su éxito al propio sistema, con muy pocos grados de libertad al ajuste subjetivo, lo cual incide aún más en la necesidad de acertar de lleno en lo diseñado.

Referencias bibliográficas.

- UNCITRAL (1994) INSOL: «Report on UNCITRAL-INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency» en UNCITRAL Yearbook, vol. XXV.
- FMI (2014) Spain 2014 Article IV Consultation Concluding Statement of the Mission.
- PONS, L. (2014) Reflexiones sobre el arancel de la administración concursal. El Derecho, 29 de mayo de 2014.
- PICH, V. y PONS, L. (2014) La administración concursal y su designación en el modelo español. Una reflexión de contexto. El Derecho 4 de septiembre de 2014.
- PONS, L. (2014) La justicia y el tratamiento de las insolvencias tras la crisis económica. El papel de la gestión profesional. El Derecho 24 de noviembre de 2014.
- CORK, K. (1982) Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD (2014). Resolución de 10 de enero de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. BOE 23 de enero de 2014.
- España (2013) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE-A-2013-10074.
- España (2011) Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE-A-2011-15938.
- USA (2005) Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act.
- Francia (2005) Loi 2005-845 du 26 juillet 2005 Procédure de sauvegarde.
- CE (2000) Reglamento (CE) n° 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia.
- CE (2014) Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial.