

La justicia mercantil y el tratamiento de las insolvencias tras la crisis económica. El papel de la gestión profesional

Por [Leopoldo Pons Albertosa](#), presidente de LeopoldoPons Abogados&Economistas

1. Morosidad e insolvencia en España. Un problema recurrente

El Boletín Económico del Banco de España del mes de octubre de 2014 (BdE, 2014)[1], nos vuelve a dar un dato inquietante respecto a la morosidad de la Economía Española, el 13,0% nos lleva a un volumen por encima de los 180.000 millones de euros y ello sin contar con los prácticamente 100.000 millones de créditos refinanciados considerados como morosos del Informe de Estabilidad financiera del segundo semestre del año (BdE, 2014)[2].

Si continuamos haciendo un seguimiento de dichas magnitudes en el marco de otras fuentes relevantes y sectorializadas como son las del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), que presenta 102.023[3] casos de empresas con impagos a trabajadores hasta octubre (un 15,7% más que el mismo periodo del año anterior) entre otros, todos convergen en la importancia que desde la perspectiva del crecimiento tiene una solución óptima de las insolvencias. Aquí se unen los principios de seguridad jurídica en el tráfico mercantil con las variables de saneamiento y buen funcionamiento del tejido empresarial, por no hablar de los consumidores finales, que merecerían un tratamiento diferenciado.

2. Las soluciones normativas en el modelo concursal español (2003-2014). Un punto de inflexión de calado

Tanto el Ejecutivo español a través de los Reales Decreto-ley 4/2014 y 11/2014, como el Legislativo aprovechando la tramitación parlamentaria del primero de ellos, concretada en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, ha desarrollado un importante esfuerzo en materia normativa para facilitar la optimización de los recursos de empresas en situación de crisis financiera, RD-l 4/2014, y económica, RD-l 11, al ocuparse en profundidad de un replanteamiento de todos los perímetros que hasta ahora se aplicaban a la refinanciación homologada de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 22/2003, Concursal, y de las soluciones de convenio con posibles efectos arrastre para los créditos con garantías, tal y como hemos podido relatar en otro trabajo anterior (Pons, 2014)[4].

La Ley 17/2014 ha profundizado también en otras áreas estratégicas de la Ley Concursal, y en particular ha acometido en un *ex novo* regulador gran parte del Título II de la citada norma dedicado en su totalidad a la administración concursal.

La primera solución de 2003 en el marco del ejercicio profesional externo a la hora de gestionar los concursos declarados cambió el tratamiento conocido hasta ese momento del muy vetusto Código de Comercio de 1829 y de su reforma de 1885 en materia de Quiebras, y también la solución que, de una forma *ad hoc* y aparentemente improvisada, seguía vigente desde la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

El espíritu de la Ley en esta materia entronca de lleno con los movimientos del resto de países desarrollados que, desde prácticamente el Informe Cork (1982), vienen abogando por la búsqueda de soluciones entre prácticas y óptimas frente a la insolvencia empresarial.

Se instituyen en ese contexto dos coordenadas generales de gestión del concurso. Por un lado la judicatura mercantil, especializada y creada en el marco de la Ley Orgánica 8/2003, y la aparición de una nueva figura profesional del administrador concursal entroncado en cuatro raíces académico-técnicas, abogados, auditores, economistas y titulares mercantiles, dejando fuera a las personas jurídicas profesionales. Téngase en cuenta que el acreedor y la persona jurídica tiene otras referencias.

Con la experiencia de la crisis, y precisamente en medio de la misma, se acometió una reforma transversal de prácticamente la totalidad de la Ley Concursal, y en esa inmersión también fue abordado el marco de la administración concursal. Como novedades relevantes, desaparece la figura trimembre instaurada en el año 2003 y se incorporan a las personas jurídicas profesionales o de profesionales dentro del estatuto jurídico particular que nos ocupa.

Paralelamente el legislador ya mostró su preocupación por el ejercicio profesional cualificado de la administración concursal, nueva denominación genérica dada frente al *intuiti personae* que había acuñado la primera versión de la Ley, estableciendo criterios de idoneidad a la hora de la designación en unos u otros concursos en función de límites mínimos de experiencia en esta materia. Para ello hacía falta acumular una experiencia mínima en concursos abreviados a fin de poder acceder al tramo de designables para el resto de los mismos.

El legislador de la Ley 17/2014 cambia las reglas de juego de ese mercado profesional al redactar de nuevo y en su totalidad, entre otros, el artículo 27 LC, y suprimir el art. 27 bis que se ocupaba de la calificación de los concursos de especial transcendencia respecto de la designación de un segundo administrador concursal.

Podemos afirmar, de la simple lectura y comparación de textos, que efectivamente estamos ante un nuevo escenario, desconocido en los modelos de tratamiento de insolvencia de los países desarrollados, y lejos de todos nuestros homónimos de la UE (INSOL, 2014), y cimenta todo su éxito en contar con una población profesional en condiciones ideales de formación, experiencia y medios materiales y bajo la suposición de que todos ellos pueden ser considerados iguales, al menos, como hablaremos, en sus condiciones generales.

De forma sumaria, se observa que los mecanismos de designación de los administradores concursales, en lo que previsiblemente serán la inmensa mayoría de los concursos declarados, se confía a una población de profesionales con suficiente cualificación de forma general, asumiendo que dicho colectivo es lo suficientemente homogéneo como para que sea neutral desde la perspectiva de la eficiencia del concurso de una administración concursal a otra cualquiera. En términos prácticos, opta para los concursos denominados pequeños y medianos por un sistema de lotería a partir de un mecanismo aleatorio absolutamente objetivo y anónimo.

Para el caso de los concursos grandes, la regla general sigue siendo la misma, arbitrando una solución excepcional y extraordinaria para aquellos casos manifiestamente inadecuados, trasladando en ellos la totalidad de la carga de la prueba en sede de la judicatura, lo cual en la práctica la inhabilitaría con carácter general.

Para paliar la dificultad que entraña hacer la hipótesis de que es posible contar con un colectivo único, nuevamente el legislador introduce una matización a los efectos de la construcción de estos listados de administradores concursales, pudiendo crear conjuntos diferentes según estemos hablando de la geografía que ocupa los concursos pequeños respecto a los medianos y grandes, dejando todo el peso de tamaño tarea y responsabilidad a una solución reglamentaria.

Este modelo general encuentra excepciones a la hora de la designación cuando estemos hablando de entidades de crédito, que recaerá en el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), cuando se trate de concursos de entidades sujetas a supervisión por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y cuando estemos ante el caso de entidades aseguradoras, donde designará el Consorcio de Compensación de Seguros.

En otro tipo de excepciones, cual es la construcción de la lista, aparecen los concursos de interés público, criterio que queda en manos del juez del concurso, y en este caso cabrá un segundo administrador concursal nombrado por una Administración pública acreedora o una entidad de derecho público acreedora, y en este supuesto no cabe la delegación de esas funciones en terceros profesionales independientes, ya que la representación de la Administración sobre algún empleado público con titulación universitaria suficiente, aunque la administración pública acreedora o la entidad vinculada a ella, podrá renunciar a tal nombramiento.

3. La solución reglamentaria como protagonista por encima de la Ley

En el fondo en la mayoría de los casos, las leyes difícilmente se sitúan en los extremos de los escenarios, o muy buenas o muy malas. En la práctica, fruto de la discusión y confluencia de intereses parlamentarios, las mismas adquieren perímetros razonables, pero cuando nos movemos con leyes que necesariamente se tienen que vertebrar a partir de soluciones prácticas, concretas y complejas, las mismas dependen en gran medida de sus desarrollos reglamentarios, por lo que la mejor o peor valoración a posteriori que merecerá esta reforma va a depender en gran medida de la capacidad de gestión que el legislador traslada una y otra vez a dichas soluciones reglamentarias.

El problema está en que cuando hablamos de gestión no solo estamos refiriéndonos a la mejor fortuna a la hora de acotar las referencias y relaciones jurídicas en las que nos podamos mover, estatuto jurídico de la administración concursal y sus adláteres, sino que también estamos hablando de la gestión cotidiana de dicho escenario.

El legislador ha incorporado una nueva visión del Registro Público Concursal (RPC) como elemento esencial a la hora de gestionar ese colectivo profesional idóneo, y lo ha hecho adicionando una letra d) al punto 1 del artículo 198 de la Ley, por la que se crea la sección cuarta de administradores concursales y auxiliares delegados, construyendo una especie de registro oficial como pieza de referencia a la hora de la designación. Sin embargo, ha olvidado el legislador, por lo menos hasta estos momentos, que no es posible pensar en un simple listado de un colectivo que hoy por hoy dista mucho de considerarse como tal, ya que la experiencia acumulada no nos permite hablar de una administración concursal homogénea y, como decíamos, neutral sea quien sea el designado. Es por ello que llama la atención que acompañando a ese RPC no se haya creado la correspondiente entidad de derecho público necesaria para la correcta gestión del mismo.

4. Conclusión. Una solución con fuertes dosis de incertidumbre en el inmediato futuro

La experiencia reciente de la mediación concursal y de los listados de mediadores han demostrado de forma más fehaciente la inoperancia que este tipo de regulaciones a medias puede producir. Lo que sucede es que en ese caso, dado que la mediación y la mediación concursal eran institutos *ex novo*, sin repercusión ninguna a peor respecto de lo existente, su fracaso no ha implicado daños mayores. Ahora bien, cuando del tratamiento de las insolvencias hablamos, estamos en otro mundo con posibles repercusiones de incalculables consecuencias económicas negativas en el caso de que el modelo nuevo no funcione mejor que el conocido, o incluso ante la hipótesis nada descabellada de que pueda no funcionar aunque ello sea en el muy corto plazo.

Es importante llamar la atención respecto de la importancia de acertar en la construcción de ese modelo nuevo propuesto, incluyendo en ello tanto el régimen transitorio como el de las fases definitivas. La economía española se juega mucho más de lo que en un principio pudiera parecer si nos fijamos exclusivamente en ese número de concurso que cada trimestre anuncia el INE. Estamos ante un problema de seguridad jurídica en materia económica y, como la experiencia nos demuestra, este es un asunto de enorme sensibilidad para los agentes económicos en general, y muy en particular para los inversores tanto nacionales como extranjeros.

[1] BdE (2014) *Boletín Económico*. Octubre de 2014.

[2] BdE (2014) *Informe de estabilidad financiera*. Noviembre de 2014.

[3] FOGASA (2014) *Estadísticas anuales*. Octubre de 2014. <http://www.empleo.gob.es/fogasa/estadisticas.html>

[4] Pons (2014) *La refinanciación y reestructuración de deuda empresarial en la Ley 17 de 30 de septiembre de 2014. Una aproximación de contexto*. Revista Técnica Económica, nº 179.