

La administración del concurso⁽¹⁾

Pablo Luis Núñez Lozano

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Sevilla

I

“La ley simplifica la estructura orgánica del concurso”.

Con esta frase, elegantemente sencilla, comienza la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, en el apartado IV, a presentar la regulación de los órganos concursales, las normas que atañen a los órganos del nuevo y único procedimiento concursal.

Si bien se mira, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal no dice ahí que la estructura orgánica del concurso sea simple, no complicada ni compleja. No: lo que en ese pasaje se dice, o se quiere decir, es que la estructura orgánica del concurso, ciertamente simple –cabe apostillar–, es el resultado de una tarea de simplificación. Se ha simplificado, se ha hecho más sencillo, menos complicado y complejo, lo que ya existía.

II

Entre profesores suele decirse que cuesta más trabajo olvidar lo aprendido que aprender lo nuevo, y puede que sea cierto. No por ello, sino porque me parece que puede resultar útil para mejor captar el alcance de la reforma –esta magna reforma concursal de 2003– en el extremo relativo a los órganos del concurso, sugiero que recordemos, siquiera sea sucintamente, la situación anterior (pero no tan anterior, si tenemos en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley Concursal y las cuestiones que puede plantear, en su caso, su aplicación; véase, por ejemplo, su apartado segundo en relación con el párrafo segundo del artículo 145.1).

Podemos recordar, así, que en el procedimiento de quiebra, aparte, claro está, del juez, y aparte también de la intervención del Ministerio Fiscal conforme a su carácter, sobre todo en la pieza de calificación, se contemplaban cuatro órganos.

Aparecía, en primer lugar, el comisario, un comerciante inscrito en el Registro Mercantil, para auxiliar al juez en el ejercicio de algunas funciones y para prestarle asesoramiento en los asuntos cuyo conocimiento se presumía en los comerciantes, dado que ese conocimiento, específico, de la materia mercantil, no era exigible a los jueces.

Aparecía, en segundo lugar, el depositario, también un comerciante, no necesariamente inscrito en el Registro Mercantil, incluso alguno de los acreedores del quebrado. Era el cargo de depositario un cargo provisional, pues se le nombraba al declararse la quiebra y cesaba a la toma de posesión de los síndicos. Ello se debía a que la declaración de quiebra comportaba la inhabilitación del quebrado, siendo así, por otra parte, que el nombramiento de los síndicos quedaba diferido a la celebración, sólo con esa finalidad, de la primera junta de acreedores.

La junta de acreedores, tercero de los órganos de la quiebra según el orden natural de aparición en el procedimiento, tenía asignadas unas funciones muy relevantes: designaba a los síndicos, examinaba y reconocía los créditos y los graduaba, recibía la rendición de cuentas de los síndicos, etc. Y también en la junta de acreedores, también, se discutía y aprobaba, en su caso, un convenio con el quebrado. En consecuencia, su convocatoria era necesaria en diversos momentos a lo largo del procedimiento.

Y aparecía, en fin, la sindicatura. Tres de los acreedores del quebrado, en línea de principio no preferentes, integraban la sindicatura, en virtud de una elección realizada, en junta de acreedores, de modo que uno de los síndicos proviniera del sector minoritario. A los síndicos se refería la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el artículo 1366, como "representantes de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su haber".

Ésta era, a grandes rasgos recordada, la estructura orgánica de la quiebra.

Notablemente más simple, y a la postre distinta, era la estructura orgánica de la suspensión de pagos, a la que me voy a referir también sucintamente.

Damos por supuesta, por una parte, la participación, destacada por la relevancia de sus

funciones, del juez, que nombraba a los interventores y reconocía a los créditos, así como, por otra parte, la consideración del Ministerio Fiscal como parte en el expediente.

La junta de acreedores, en el procedimiento de suspensión de pagos, se presentaba con una importancia menor, desde el punto de vista de las competencias, que la que tenía la junta de acreedores en el procedimiento de quiebra. No sólo esto se ha de recordar. El hecho de que la Ley de Suspensión de Pagos (art. 18 y 19) facultase al juez, en su caso, para "acordar la suspensión de la Junta, sustituyéndola por la tramitación escrita" de la propuesta de convenio, permite afirmar que la junta de acreedores no tenía, a la letra de la ley, el carácter de órgano necesario.

Resulta del mayor interés parar la atención un tanto, en este repaso de la anterior Legislación en materia concursal, en el órgano integrado por los interventores, cuyo nombramiento correspondía al juez, no a los acreedores del deudor común, salvo en el caso, contemplado en el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos, de continuación de la intervención tras la aprobación del convenio.

Tres eran los interventores que el juez tenía que nombrar; pero, según establecía la Ley de Suspensión de Pagos en el artículo 4, "si por la poca importancia o naturaleza de la suspensión el Juez lo creyera conveniente, podrá designar un solo Interventor, que en este caso será necesariamente acreedor". Siendo trimembre el órgano, uno de los interventores tenía que ser alguno de los acreedores del suspenso, también designado por el juez, como en el supuesto de interventor único, entre aquellos cuyos créditos fueran más importantes. La designación judicial de los otros dos interventores traía causa de la profesión ejercida. En efecto, establecía la Ley, asimismo en el artículo 4, que "serán peritos mercantiles o prácticos de los que figuren en las listas que con ese objeto deben remitir anualmente al Juzgado (o al Decanato, si hubiere varios en la localidad respectiva) las Cámaras de Comercio, las de Industria y las representaciones regionales de la Asociación de la Banca", a lo que se añadía que "para hacer la designación se dará preferencia a la lista remitida por la entidad a que esté asociado el deudor por la especialidad de su negocio". Sin embargo, en 1988, la Ley de Auditoría de Cuentas dispuso, en la adicional cuarta, que "la referencia a los dos interventores peritos mercantiles o prácticos" se entendiera hecha en adelante a "auditores de cuentas".

Ésta era, a grandes rasgos recordada, la estructura orgánica de la suspensión de pagos.

III

Esta reseña la he realizado en la medida oportuna para que sirva de introducción a las consideraciones que cabe hacer en torno a la reforma concursal de 2003. En consecuencia, he circunscrito las referencias a los procedimientos concursales mercantiles y he obviado referirme a las especialidades normativas.

Podemos convenir en que la administración concursal de hoy en día, básicamente regulada en el Título II de la Ley Concursal entre los artículos 26 y 39 inclusive, es la sucesora, en cuanto órgano del concurso, tanto de la sindicatura de la quiebra como de la intervención de la suspensión de pagos, del mismo modo que el concurso, el nuevo y único procedimiento concursal, sucede tanto a la quiebra, procedimiento fundamentalmente orientado a la liquidación del patrimonio del insolvente, como a la suspensión de pagos, procedimiento dirigido a encauzar la satisfacción colectiva de los acreedores del caído en insolvencia, aun definitiva, en los términos resultantes de un convenio celebrado entre éste y aquéllos.

Ahora bien, en el tránsito, ¿ruptura o reforma?

Una de las generalidades que proclama la Exposición de Motivos de la Ley Concursal es que “la reforma no supone una ruptura con la larga tradición española, pero sí una profunda modificación del derecho vigente”. Sin embargo, en el plano de lo particular y en concreto de la administración concursal, se predica en dicho texto que “se regula conforme a un modelo totalmente diferente del hasta ahora en vigor”.

Así pues, ¿ruptura o reforma?

Parece como si al redactar en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal la glosa de la regulación de la composición de la administración concursal se hubiera tenido a la vista el procedimiento de quiebra mas no tanto el de suspensión de pagos. Empero, se ha de tener presente que a la desaparición de la quiebra, como desaparecida la

suspensión de pagos y desaparecidos los demás procedimientos concursales de la antigua Legislación, queda el concurso, y queda como el único procedimiento concursal. Quiere decirse que parece razonable que para fijar el alcance de las innovaciones introducidas deba hacerse una comparación de conjunto (véanse, en este sentido, los dos primeros ordinales de la disposición adicional primera). Desde este punto de vista, como podremos comprobar, la regulación de la administración concursal, en términos generales, supone un tanto de ruptura con la de la sindicatura de la quiebra y supone un tanto de reforma si se atiende a la regulación de la intervención de la suspensión de pagos.

IV

Volvamos al principio: “La ley simplifica la estructura orgánica del concurso”. Añade la Exposición de Motivos de la Ley Concursal que “sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento”.

Poco nuevo se puede decir a estas alturas de la creación de los Juzgados de lo Mercantil como una de las más significativas innovaciones de la reforma concursal. El hecho mismo de la creación de estos Juzgados, sobre la base de un principio de especialización dentro del orden jurisdiccional civil, fue objeto de un interesante debate, cuya significación actual no es sino especulativa: ya están actuando los primeros titulares de estos nuevos Juzgados.

El protagonismo del juez del concurso, en cuanto “órgano rector del procedimiento” conforme a su caracterización en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, es manifiesto, no sólo por la índole de sus competencias, sino también por el grado de discrecionalidad en su ejercicio.

Ello se concreta en diversos extremos que conciernen a la administración concursal; pero quiero parar la atención, en este momento, en un asunto que puede resultar de interés en este foro.

Clave de bóveda de la reforma concursal, y presupuesto del éxito que esperamos que

alcance, es la concepción de la jurisdicción del juez del concurso como "exclusiva y excluyente" en las materias a que se refiere el apartado primero del artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo contenido se reproduce en el artículo 8 de la Ley Concursal.

Pues bien, en este contexto normativo aparece la atribución al juez del concurso de la competencia para conocer de determinadas "acciones sociales"; en concreto, "las que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección". A este respecto, tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como la Ley Concursal invocan "los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral". El artículo 64 de la Ley Concursal trata de dichas medidas colectivas; de los contratos del personal de alta dirección trata el siguiente artículo 65.

Este trasvase jurisdiccional, como lo ha calificado Jorge Carreras Llansana, tiene otras manifestaciones en la Ley Concursal. Así, el artículo 195 insta el "incidente concursal en materia laboral", circunscrito a encauzar las acciones individuales a que se refiere el artículo 64 en el apartado octavo. Sin embargo, en fase de recurso se vuelve, digámoslo así, al orden jurisdiccional social (véase el artículo 197.7 y los preceptos concordantes).

Y así llegamos al artículo 184, sobre "representación y defensa procesales", y "emplazamiento y averiguación de domicilio del deudor", según anuncia su rúbrica.

No estará de más recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la postulación, asigna al Capítulo V del Título I del Libro I la rúbrica "De la representación procesal y la defensa técnica"; expresión que abarca, por este orden, la procura y la abogacía. Si se unen el primero de los dos sustantivos y el segundo de los dos adjetivos, resulta la expresión "representación técnica".

Pero volvamos al artículo 184 de la Ley Concursal; como dije, sobre representación y defensa procesales. En este precepto se hace salvedad, literalmente, "de lo establecido

para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales". De suyo, una vez invocada la Ley de Procedimiento Laboral, no habría sido necesaria la especificación final.

En diciembre de 2003, promulgada la Ley Concursal pero no vigente aún, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial un precepto, en el apartado tercero del artículo 545, en virtud del cual los graduados sociales pueden ostentar "la representación técnica en los procedimientos laborales".

Así pues, cuando la Ley Concursal entró en vigor el pasado 1 de septiembre, teníamos, por una parte, la salvedad contenida en su artículo 184, que en rigor remite a la Ley de Procedimiento Laboral. Y también teníamos, porque así resulta del artículo 545 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que los graduados sociales pueden ostentar, en los procedimientos laborales, la representación técnica.

Debo confesar, y no por falsa modestia, que no llego a ver con claridad cuál deba ser el alcance, en toda su extensión, de dicha fórmula: representación técnica.

Sea como fuere, no es mi intención desarrollar estas materias, porque carezco de competencia para ello. Además, en estas Jornadas han de intervenir ilustres laboristas y procesalistas, los cuales, con mejor título, sin duda se pronunciarían con mayor acierto, si procediere, sobre tales cuestiones.

Sólo he pretendido, aprovechando la referencia al juez del concurso como el órgano rector del procedimiento, con jurisdicción exclusiva y excluyente sobre pretensiones que se pueden promover dentro de la rama social del Derecho, llevar a la palestra algunas cuestiones de interés, en mi sentir, para este auditorio.

Si bien se piensa, y ésta sí es una conclusión cierta, la fuerza atractiva del concurso como juicio universal, aunque limitada en materia laboral, abre a los graduados sociales las puertas de los Juzgados de lo Mercantil, en el orden jurisdiccional civil, para ostentar en él la representación técnica de que gozan.

V

La Exposición de Motivos de la Ley Concursal destaca, en contraposición al juez del concurso y a la administración concursal, que la junta de acreedores no es órgano necesario, como tampoco lo es el Ministerio Fiscal.

En cuanto a éste, ha de tener la condición de parte, según dispone el artículo 184.1, en la sección sexta del concurso, que comprenderá, con arreglo al artículo 183.6º, "lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos" (véanse también los artículos 4, 12 y 174).

Algo hay que decir también, antes de pasar al estudio más detenido de la administración concursal, acerca de la junta de acreedores en el concurso, en el nuevo único procedimiento concursal.

El Profesor Olivencia, que reconoce, y hoy ha vuelto a reconocer, que, "como un fraile protestante, lleva cuatro décadas predicando la reforma", en alguno de sus sermones, en concreto en un trabajo de 1979 sobre las modernas orientaciones y perspectivas de reforma del Derecho concursal, ponía de manifiesto cómo el papel primordial concedido a la junta de acreedores en el procedimiento de quiebra no era sino trasunto de la ideología dominante en la época de la codificación decimonónica.

El cambio de ideología, o, por mejor decir, la atenuación de los más radicales postulados de aquella ideología liberal y capitalista, ha tenido su reflejo también en la concepción del órgano que en el nuevo procedimiento concursal ha de reunir, en principio, a los acreedores del deudor común. Su función, su única función, es deliberar y votar sobre la propuesta de convenio o, en su caso, sobre las varias presentadas; quiere decirse en la fase de convenio.

En efecto, puede ocurrir que no haya lugar al ejercicio de esta función y de esa forma, porque puede ocurrir que no haya lugar a convocar siquiera la junta de acreedores, aparte, claro está, del caso de que, convocada, no llegue a constituirse. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal ya anuncia que la junta de acreedores no es un órgano

necesario. Así es: si se aprueba una propuesta anticipada de convenio, o a la fase común del concurso ha de seguir la de liquidación, entonces no procederá convocar la junta de acreedores.

VI

Al acercarme al estudio de la administración concursal, primero de todo debo decir que estamos en presencia de otro de los grandes temas debatidos con intensidad e incluso apasionamiento, en foros diversos como en la literatura y no sólo en la estrictamente jurídica, en el largo proceso de elaboración de la Ley Concursal. Desde luego, en el principio de ese debate se hallaba la cuestión más delicada, la más comprometida: la elección del modelo de órgano de administración del concurso, por supuesto a partir de una premisa ya aceptada más bien generalizadamente; a saber, la conveniencia de hacer presente la profesionalidad en la composición del órgano, la conveniencia de conferírle, lo que es lo mismo, calidad de profesional. Si en cuanto al órgano jurisdiccional se ha tenido como principio informador el de la especialización, como luce con reiteración a lo largo de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal tratando de los nuevos Juzgados de lo Mercantil, a la profesionalidad se ha tendido al regular la composición de la administración concursal.

El modelo de órgano de administración acogido por la Ley Concursal se corresponde con la idea de que el ejercicio de sus funciones ha de ser encomendado a profesionales. A este respecto debo formular de inmediato dos observaciones al menos, porque acabo de referirme a una idea, a un principio, y pudiera parecer que el texto legal lo desmiente siquiera en parte.

VII

Es cierto, en primer lugar, que la cualidad requerida para el nombramiento de uno de los tres integrantes de la administración concursal, en el régimen general de composición del órgano, es la de ser "acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado" (artículo 27.1.3º de la Ley Concursal); pero es evidente que esta condición subjetiva no presupone condición alguna de profesionali-

dad. En línea de principio, así se concreta normativamente la "presencia representativa" de los acreedores del concursado de la que habla la Exposición de Motivos contraponiéndola a la idea de profesionalidad, que directamente vale como rectora para los otros dos miembros del órgano: un profesional en la materia jurídica ("un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo", artículo 27.1.1º) y un profesional en la materia económica ("un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo", artículo 27.1.2º).

Ahora bien, si se toman en consideración las previsiones que en relación con el acreedor que resulte designado administrador concursal contiene el artículo 27 de la Ley Concursal, en los dos últimos párrafos del apartado primero y en el apartado cuarto, podremos convenir en que el panorama cambia bastante: en no pocos casos, por no decir que en la mayoría, será íntegramente profesional el triunvirato, no de los administradores concursales, sino de quienes efectivamente ejerzan las funciones propias del órgano. Este régimen, sin antecedente en el Anteproyecto ni en el Proyecto, no ha quedado reflejado en la redacción definitiva de la Exposición de Motivos, en la que la administración concursal viene presentada como dotada de un grado de profesionalidad menor que el resultante, a la postre, del sistema finalmente establecido. Veámoslo.

En el caso de que el acreedor designado administrador concursal sea una persona física, podrá aceptar o no el encargo, cuyo desempeño no es, en puridad de conceptos, obligatorio. Si no acepta el nombramiento, careciendo de justa causa de excusación, le sobrevendrá la consecuencia prevista en el artículo 29.2 de la Ley Concursal, de modo que "no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años". Parece claro que esta sanción puede resultar irrelevante en cuanto se aplique al designado por concurrir en él la simple condición de acreedor en el concurso; esto es, parece claro que los destinatarios naturales de la norma son los profesionales, en la materia jurídica o en la económica, dispuestos a participar en administraciones concursales, como también parece claro que el designio del precepto es evitar que tales profesionales rechacen el cargo en concursos carentes de interés para ellos. Por lo demás, la posición como acreedor en el concurso del que no aceptare el nombramiento no se verá afectada.

En el supuesto de que el acreedor persona física haya aceptado el encargo, si se da la circunstancia de que es auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, deberá participar en la administración concursal. Si, por el contrario, no concurre en él ninguna de las referidas condiciones profesionales, la Ley Concursal le faculta para optar por participar en la administración concursal o por designar un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo; esto es, puede dicho acreedor, si no desea participar en la administración concursal, designar, para que le represente en el ejercicio de las funciones propias del cargo aceptado, alguno de los profesionales en la materia económica inscritos en los listados que han de obrar en el juzgado, bien entendido que el acreedor que así proceda retiene la condición de administrador concursal, pero representado en el desempeño del cargo. El establecimiento de tal relación representativa, entre el titular de la condición jurídica de administrador concursal, que es el acreedor designado al efecto por el juez del concurso, y el profesional en la materia económica elegido por aquél para ejercer en su nombre las funciones propias del cargo aceptado, es tema que suscita no pocas cuestiones de interés, que sin embargo han de quedar al margen en esta ocasión. Sí conviene decir, a modo de conclusión, que la Ley Concursal ha abierto una puerta para favorecer el ejercicio íntegramente profesional de las funciones asignadas al órgano de administración del concurso.

En el caso de que el acreedor designado administrador concursal sea una persona jurídica, podrá aceptar o no el encargo: no existe al respecto diferencia alguna en relación con el caso de nombramiento de una persona física como administrador concursal entre los acreedores del concursado. Sí hay una notable diferencia entre ambos supuestos en cuanto al régimen de actuación en el ejercicio de las funciones propias del cargo aceptado. En efecto, la Ley Concursal establece que el acreedor persona jurídica que haya aceptado el nombramiento como administrador concursal habrá de designar, sin opción alternativa, un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo; esto es, en suma, alguno de los profesionales en la materia económica inscritos en los listados obrantes en el juzgado. Quiere decirse que el administrador concursal persona jurídica no puede ejercer por sí las funciones inherentes al cargo aceptado: no puede designar como representante a cualquier persona; ni siquiera puede designar al

efecto a persona en la que concurra una cierta cualificación profesional. Así las cosas, en este régimen de actuación en el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador concursal no puede verse sino otro intento de la Ley Concursal, sin apartarse formalmente del modelo de órgano descrito en la Exposición de Motivos, de propiciar que tales funciones sean ejercidas íntegramente por profesionales. En definitivas cuentas, el juez del concurso, siempre que las circunstancias lo permitan, puede asegurarse dicho resultado nombrando administrador concursal, entre los acreedores del concursado, a una persona jurídica.

Todavía es menester hacer otra matización. No sé si con las miras puestas en aminorar las cargas de la masa, o solamente por aquello de la reserva de un trato singular, la Ley Concursal contempla específicamente, en el apartado cuarto del artículo 27, la designación como administrador concursal, entre los acreedores del concursado, de “una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella”. En este caso, “la designación del profesional”, se entiende que como representante para el ejercicio de las funciones correspondientes, “podrá recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas”. Esta norma, obviamente, es especial respecto de la que tiene como supuesto de hecho la designación de una persona jurídica como administrador concursal entre los acreedores del concursado, anteriormente examinada.

Conviene tener presente, para no perder la perspectiva, que no siempre podrá el juez del concurso, en su caso, nombrar administrador concursal a “una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella”, dada la delimitación de la condición subjetiva de acreedor establecida, a este efecto, en el artículo 27.1.3.º de la Ley Concursal. Dejando de lado el supuesto de titularidad de un crédito que esté garantizado –por ejemplo, porque haya sido preciso, como requisito legal de contratación, el otorgamiento de una garantía bancaria o similar–, habrá que ver si el crédito goza de privilegio especial –ciertos créditos tributarios aún se benefician de hipoteca legal tácita– o si merece la tacha de subordinación –significativamente, créditos por intereses o por sanciones pecuniarias, cuando no tardíamente comunicados o no comunicados–. Todo esto hay que tener en cuenta a la hora de valorar la posible incidencia práctica de la norma especial que contiene el artículo 27.4.

Cabe suscitar la cuestión de si esta especialidad normativa que afecta, digámoslo así, a los acreedores públicos comporta la exclusión de la regla que califico como general –de modo que la “Administración pública” o la “entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella”, en vez de designar un profesional en la materia económica entre los que figuren en los listados correspondientes obrantes en el juzgado, tenga que designar a “cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas”– o, por el contrario, comporta la institución de una facultad, *ius eligendi*, en favor del acreedor designado administrador concursal –que, así, podría hacerse representar para el ejercicio de las funciones propias del cargo aceptado, a su elección, por unos o por otros–. Debería prevalecer, a mi juicio, la segunda de estas posibles interpretaciones.

Es cierto que la segunda proposición normativa del apartado cuarto del artículo 27 de la Ley Concursal proporciona un argumento en pro de la consideración de la regla especial como excluyente, y no complementaria, de la general. Se dispone allí, literalmente respecto de los funcionarios que pueden ser designados para ejercer funciones propias del cargo de administrador concursal en representación de acreedores públicos, que “la intervención de estos profesionales no dará lugar a retribución alguna con cargo a la masa del concurso”. Quiere decirse, así pues, que en el supuesto de designación como administrador concursal de alguno de estos acreedores no surge a cargo de la masa, en su caso, obligación alguna de pago de retribución, sin perjuicio, claro está, de la correspondiente a los otros dos administradores concursales. Podría sostenerse, desde este punto de vista, que el interés del concurso demanda que si un acreedor público resulta designado administrador concursal, deba, para evitar la generación de un crédito contra la masa, designar un funcionario en lugar de un profesional en la materia económica entre los que figuren en los listados correspondientes obrantes en el juzgado. No parece claro, sin embargo, que esa manifestación concreta del interés del concurso, la minoración de las cargas económicas imputables a la masa, deba prevalecer sobre la consistente en tender al mejor funcionamiento posible del órgano de administración.

El hecho de que las entidades públicas mencionadas en el artículo 27.4 de la Ley Concursal puedan hacerse representar en el desempeño del cargo de administrador

concurzal por un funcionario –un funcionario propio, no ajeno, como se ha de entender no obstante la vaga referencia legal a “cualquier funcionario”– constituye un privilegio. Es así, en virtud de *lex privata*, cómo tales entidades públicas, a diferencia de las demás personas jurídicas, pueden participar, personalmente por mejor decir, en la administración concursal, en el sentido de no tener que designar representante entre los profesionales en la materia económica cuya disponibilidad conste en el juzgado. Como contrapartida de ello, y ciertamente en interés del concurso, puede verse la exención de retribución establecida en el artículo 27.4.

Ahora bien, el designio de reservar a tales entidades públicas una posición particular en el caso de su designación para el cargo de administrador concursal entre los acreedores del concursado no debería dar lugar a que las beneficiarias no pudieran designar, se ha de presuponer que en interés del concurso, en lugar de un funcionario, un profesional en la materia económica en las condiciones establecidas con carácter general para las personas jurídicas. A este respecto cabe hacer valer la diferencia de dicción, en el artículo 27 de la Ley Concursal, de la proposición normativa contenida en el apartado cuarto “[...] la designación del profesional podrá recaer en cualquier funcionario [...]”–, en cuanto al verbo, en relación con la de la contenida en el penúltimo párrafo del apartado primero “[...] designará [...]”–, e incluso en relación con lo que se dispone, para las personas físicas, en el último párrafo del mismo apartado primero “[...] podrá participar en la administración concursal o designar un profesional [...]”–.

Con todo, téngase muy en cuenta que la norma especial del artículo 27.4 de la Ley Concursal puede ocasionar que el grado de profesionalidad de la administración concursal sea menor que el que se alcanzaría, en todo caso, si no se hubiera instituido este privilegio: en línea de principio, un “funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas” –¿cualesquiera áreas?– puede aportar al órgano la misma calidad de profesional, si no superior, que un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, con la experiencia profesional requerida para su nombramiento como administrador concursal, ex artículo 27.1.2º; pero la norma, que está mal redactada, también cubriría el supuesto de designación de un bedel, pongo por caso, con tal de que fuera “funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas”...

VIII

La otra observación de carácter general que anuncié acerca de la idea o principio de profesionalidad de la administración concursal tiende a precisar su alcance.

En la reforma concursal se ha descartado la opción de crear una suerte de profesionales de la insolvencia, en el sentido de personas dedicadas profesionalmente, en virtud de una habilitación específica, al ejercicio de las funciones propias de un órgano de la índole de la administración concursal. Desde el punto de vista de la consideración de las profesiones por razón de sujeción a estatuto, estatuto jurídico-profesional, no puede afirmarse, a la luz proyectada por las disposiciones de la Ley Concursal, que exista la profesión de administrador concursal, ni como privada ni como funcional. Sólo en sentido figurado, y como cuestión de hecho, podrá hablarse de una tal profesión: por mor de habitualidad en el desempeño del cargo.

Así es, porque es notorio que existen profesionales que venían ejerciendo con habitualidad en los antiguos procedimientos concursales, al amparo de las disposiciones entonces en vigor, las funciones de que se trata, fuera en representación de acreedores elegidos al efecto, fuese por designación judicial. Esta práctica, o, por mejor decir, el designio de moderar sus resultas, ha conducido a fijar una limitación, aun relativa porque su eficacia se ha condicionado, en cuanto a la reiteración, o habitualidad si así se quiere, en el ejercicio del cargo. Me refiero a lo que se dispone en el artículo 28.2, párrafo primero, de la Ley Concursal: “En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo”. Nuestros jueces, como antes nombraban a los interventores en las suspensiones de pagos, podrán nombrar administradores concursales con un alto grado de discrecionalidad, mas con sujeción a la referida limitación, así como, claro está, a las demás establecidas (véase, fundamentalmente, dicho artículo 28, que, bajo la rúbrica “Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones”, constituye el marco normativo

básico de las limitaciones atinentes al nombramiento de administradores concursales); pero, en todo caso, podrán nombrarlos discrecionalmente.

En suma, sólo en el sentido y en los términos expuestos podrá hablarse de administradores concursales profesionales, y ello en la medida en que los jueces, como es de esperar, orienten la discrecionalidad de la que gozan en cuanto al nombramiento en la dirección de asegurarse que ocupen el cargo quienes merezcan su confianza.

IX

Con independencia de lo anterior, lo cierto es que de ordinario se habla de administradores concursales profesionales, aunque la Ley Concursal ha tenido el cuidado de no utilizar una tal expresión. Bien. Lo que se quiere decir se entiende: en el régimen que puede tenerse por general en la concepción legislativa, de integración trimembre de la administración concursal y sin especialidad por razón de la naturaleza de la persona del concursado, uno de los miembros del órgano ha de ser "un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo"; otro, con la misma exigencia de experiencia profesional, "un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados"; el tercero, en los términos expuestos anteriormente, uno de los acreedores del concursado, que no pocas veces dará lugar, como hemos visto, a que la función sea ejercida, en su representación, por un profesional, por regla general de la rama económica.

Si hemos de hacer caso a lo que se dice en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y a lo que en ella viene a decirse, la profesionalidad del órgano, que es lo que se pretende alcanzar, se garantiza al establecerse que uno de sus integrantes sea un profesional en la materia jurídica y que otro lo sea en la materia económica. Luego el planteamiento es que el hecho de ser un profesional en una u otra materia es lo que aporta a la composición de la administración concursal la correspondiente dosis de profesionalidad, de calidad de profesional: en total, y al menos, en la medida de dos tercios.

La referencia del artículo 27.1.1º de la Ley Concursal a "un abogado con experiencia

profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo", comporta, en primer lugar, una remisión a los artículos 542.1 y 544.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como a los artículos 6 y 9 del Estatuto General de la Abogacía Española. Resulta, de este modo, que condición subjetiva para el nombramiento de administrador concursal es la de hallarse incorporado a un Colegio español de Abogados en calidad de ejerciente. Desde luego, el hecho de la colegiación, para la que no se requiere desde el punto de vista de la formación sino poseer el título de Licenciado en Derecho, nada significa, y cada vez menos si cabe, en cuanto a profesionalidad en la materia jurídica. De hecho, como dicho Estatuto general viene a reconocer sin ambages en el artículo 13.2.c), no hay fórmula alguna que garantice la preparación en el ejercicio de la profesión. No ha de extrañar, por tanto, que la Ley Concursal no se contente con exigir la condición de abogado, sino que añada un requisito adicional: contar con una cierta experiencia profesional.

El problema que plantea esta regla radica en cómo determinar la experiencia profesional que se requiere al efecto. Un solo criterio proporciona la Ley Concursal: la experiencia profesional ha de ser de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo. El problema subsiste porque ni en el artículo 27 de la Ley Concursal ni en otro lugar se ha fijado criterio alguno que sirva para determinar que un abogado cuente con la experiencia profesional que se exige como requisito integrante de la condición subjetiva contemplada en orden al nombramiento de administrador concursal.

Parece claro, porque el tenor de la norma lo es, que el lapso de cinco años, fijado con carácter de mínimo, no se refiere a la condición de abogado en sí: no se trata, conforme al texto legal, de haber acumulado, al menos, ese período de tiempo como colegiado ejerciente, sino de haber ejercido efectivamente la profesión de abogado durante un espacio de tiempo no inferior al indicado, lo cual, ocioso es decirlo, no es lo mismo. No obstante, vista la indeterminación de la que trato, a la postre no va a quedar más remedio que atribuir a la colegiación como ejerciente una suerte de significación presuntiva.

Por otra parte, aunque así pueda garantizarse una cierta profesionalidad en la materia jurídica, pero no más que en los términos expuestos, lo que sí que no resulta garantizado es que la experiencia profesional haya tenido que ver con las funciones asigna-

das a la administración concursal (véanse, al hilo, los artículos 35.2, párrafo segundo, y 184.5 de la Ley Concursal).

Con todo, el problema planteado no es tan grave como a primera vista pudiera parecer. He tenido ya la ocasión de apuntar que el sistema de designación de los administradores concursales descansa sobre la atribución al juez del concurso de un considerable grado de discrecionalidad en cuanto al ejercicio de esta competencia, y así lo destaca, enfáticamente, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal.

En este sistema de designación judicial se adopta como punto de partida el principio de que el desempeño del cargo de administrador concursal no es obligatorio para los profesionales tomados en consideración. Son los interesados en ser llamados a integrar el órgano, en concursos que se declaren, los que han de manifestar al correspondiente Colegio de Abogados su disponibilidad para ello. Los Colegios de Abogados han de confeccionar una lista en la que se enumeren quienes hayan realizado tal ofrecimiento; lista que, como precisa el artículo 27.3 de la Ley Concursal, las corporaciones “presentarán en el decanato de los juzgados competentes, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente”. También se especifica, lo que no deja de ser sintomático, que “la incorporación de los profesionales a las respectivas listas será gratuita”.

Dicho artículo 27.3 culmina con un mandato cuya formulación es muy enigmática: “Los profesionales implicados acreditarán en todo caso su compromiso de formación en la materia concursal”. Como quiera que la glosa de este precepto, que ciertamente atañe al tema de la profesionalidad de la administración concursal, entraña un esfuerzo que quizá, sin duda, no merece la pena hacer, me limitaré a confesar que su lectura me recuerda –al fin y al cabo, me dedico a la docencia– a aquellos alumnos que, habiendo obtenido un suspenso en el examen final, acaso suspenso *cum laude* por su majestuosidad, suplican el aprobado a la vez que se comprometen, incluso bajo palabra de honor, a repasar por su cuenta la asignatura durante el inminente verano, veraneo por mejor decir. Quisiera que no se entendieran estas palabras en desconsideración de los profesionales implicados, porque es del legislador de quien acabo de hacer, por vía de chanza, una seria crítica.

El caso es que el juez del concurso ha de proceder al nombramiento eligiendo a uno de los abogados incluidos en el listado correspondiente al año que corra. Ante el silencio legal al respecto, hay que concluir que el juez puede nombrar a quien tenga por conveniente, según su leal saber y entender, libre y prudencialmente; en suma, discrecionalmente. Ésa ha sido la opción de nuestro legislador.

Por esto dije antes que la indeterminación en la Ley Concursal de la experiencia profesional requerida para el nombramiento de administrador concursal no constituye un problema de tanta gravedad como aparenta. Se da por supuesto que los jueces se harán acompañar en el discurrir de los procedimientos por aquellos profesionales cuya idoneidad les conste del modo que sea.

Parecidas consideraciones cabe formular acerca de la referencia que el artículo 27.1.2º de la Ley Concursal hace a “un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo”; esto es, la mención del segundo de los administradores concursales cuyo nombramiento ha de estar en función de la profesión ejercida: en este otro caso, al decir de la Exposición de Motivos, por razón de profesionalidad en la materia económica.

Lo dicho en relación con el administrador concursal que se ha de nombrar entre abogados puede tenerse por reproducido, *mutatis mutandis*, respecto del que, sin ser auditor de cuentas, se nombre entre economistas o titulados mercantiles colegiados. Sin embargo, forzoso resulta reconocer que quienes ostenten la condición de auditor de cuentas, en virtud de su inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, gozarán, cuando menos en línea de principio y en el plano de lo presuntivo, de un mayor grado de preparación profesional en la materia económica que quienes para tener la condición subjetiva necesaria para el nombramiento de administrador concursal no haya tenido que satisfacer los requisitos establecidos para obtener la preceptiva autorización del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en orden a la inscripción en su Registro Oficial de Auditores de Cuentas (véase el artículo 7 de la Ley de Auditoría de Cuentas y los preceptos concordantes).

X

La preocupación por garantizar la profesionalidad en el ejercicio de las funciones propias de la administración concursal también está presente cuando la Ley Concursal toma en consideración, en el artículo 30, el supuesto de que el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, la cual, según se dispone en el apartado primero, "al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo". Lo establecido sin especificación de caso en dicho artículo es en principio aplicable cualquiera que sea, digámoslo así, el origen del nombramiento; esto es, tanto si la persona jurídica designada lo ha sido por ser acreedora del concursado, ex artículo 27.1.3º, como si no es acreedora del concursado. No obstante, del artículo 30 me ocupo ahora, básicamente, en relación con los otros dos supuestos; a saber, los de nombramiento por razón de profesionalidad en la materia jurídica y en la económica.

Pudiera parecer, dado el tenor de los dos primeros ordinales del artículo 27.1, que el nombramiento de administrador concursal por razón de la profesión ejercida no habría de recaer sino en persona física: abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado. Sin embargo, la lectura del apartado cuarto del artículo 30 hace que esa apariencia de restricción se desvanezca: "Cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta deberá concurrir en la persona natural que designe como representante". Quiere decirse que en este precepto se presupone, porque de suyo no está dicho *expressis verbis* al tratar de las condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales, que la designación de una persona jurídica puede realizarse en el concepto de profesional en la materia jurídica –un despacho colectivo de abogados, agrupación reconocida como tal en el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía, o incluso una agrupación mixta de abogados y de otros profesionales liberales, contemplada como tal en el artículo 29 de dicho Estatuto– o en el concepto de profesional en la materia económica –una sociedad de auditoría, especie societaria de la que trata el artículo 10 de la Ley de Auditoría de Cuentas–. Las entidades a las que me acabo de referir gozan como tales de sus respectivos reconocimientos normativos, y son, además, entidades registradas, en los correspondientes Registros Especiales de los Colegios de Abogados y en el Registro

Oficial de Auditores de Cuentas. En consecuencia, su manifestación de disponibilidad para el desempeño del cargo de administrador concursal es hacedero canalizarla a través de los listados que han de confeccionar y presentar, con arreglo a lo establecido en el artículo 27.3 de la Ley Concursal, los Colegios de Abogados y el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

En este sentido, el hecho de que el precepto últimamente citado haga referencia, como contrapuestos a "los profesionales cuya colegiación resulte obligatoria" –categoría dentro de la cual, visto el contexto, deben considerarse incluidos los auditores de cuentas, en puridad no colegiados, sino inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas–, a "los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria", que directamente "se inscribirán en las listas que a tal efecto se elaborarán en el decanato de los juzgados competentes", abre las puertas de los Juzgados –de lo Mercantil–, para manifestar directamente su disponibilidad para el desempeño del cargo de administrador concursal, a las agrupaciones de profesionales en la materia económica carentes como tales de reconocimiento normativo, lo cual no debería plantear particulares problemas atendido, por una parte, lo ya expuesto acerca de la discrecionalidad atribuida al juez del concurso en este extremo y, por otra parte, lo que de inmediato diré acerca de la cualificación profesional de las personas jurídicas.

En efecto, que "la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional", que es lo que se dice en el artículo 30.4 de la Ley Concursal, no puede significar que en ella deba concurrir la condición subjetiva, de profesionalidad en la materia jurídica o en la económica, de que se trate. Tal condición subjetiva –esto es lo que resulta del artículo 30.4 rectamente entendido– ha de concurrir en la persona física designada para actuar como representante de aquélla. Así, en concreto, el requisito de la experiencia profesional no es predicable de la persona jurídica: no tendría sentido, por ejemplo, que un despacho colectivo de abogados no pudiera ser nombrado administrador concursal por razón de que la agrupación tuviera una existencia, como tal, de menos de cinco años, porque lo relevante es que la experiencia profesional requerida la tenga el abogado designado para actuar como representante. Síguese, teniendo además en cuenta el grado de discrecionalidad de que goza el juez del concurso en cuanto a la integración del órgano de administración, que no parece razonable actuar

con excesiva restricción en relación con la posibilidad de inscripción directa en los correspondientes listados.

Cuestión distinta de la anteriormente tratada es la del sometimiento de las personas jurídicas designadas “al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones previsto en el artículo 28”, en los términos de la remisión, más bien defectuosamente expresada, que realiza el artículo 30.2 de la Ley Concursal. Esto significa, en particular, la sujeción a la limitación impuesta, en el primer párrafo del apartado segundo del artículo 28, por razón de reiteración o habitualidad en el desempeño del cargo de administrador concursal. Podrá convenirse en que representa una grave limitación para las firmas profesionales de cierta dimensión, hasta el punto de que parece razonable pensar que lo más acertado puede ser, en su caso, no manifestar la disponibilidad de la agrupación como tal, sino que sean las personas físicas integrantes las que se inscriban en los listados correspondientes (esto me parece factible a la vista de lo establecido en la segunda parte del artículo 30.2: “De igual modo, cuando haya sido designado un administrador persona natural, habrá de comunicar al juzgado si se encuentra integrado en alguna persona jurídica de carácter profesional al objeto de extender el mismo régimen de incompatibilidades a los restantes socios o colaboradores”).

XI

Las consideraciones realizadas precedentemente han girado en torno al régimen general de composición de la administración concursal, de integración trimembre del órgano y sin especialidad por razón de la naturaleza de la persona del concursado. La Ley Concursal también establece unas reglas especiales, “excepciones al régimen de composición de este órgano” al decir de la Exposición de Motivos, informadas asimismo por el principio de profesionalidad.

Estas especialidades normativas vienen clasificadas en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal en dos grupos, el primero de los cuales, a su vez, comprende dos supuestos distintos en cuanto a la regulación establecida en el artículo 27. Así, en primer lugar aparece la especialidad fundada en “la naturaleza de la persona del concursado”, y alberga, por una parte, el “concurso de una entidad emisora de valores o ins-

trumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión” (artículo 27.2.1º), e incluye, por otra parte, el “concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora” (artículo 27.2.2º). Y, en segundo lugar, también se ha configurado como especial, en lo relativo a la composición del órgano de administración, el concurso al cual “se aplique el procedimiento abreviado previsto en los artículos 190 y 191” (artículo 27.2.3º), supuesto que se funda, como dice la Exposición de Motivos, en “la escasa importancia del concurso”. En todos estos casos puede apreciarse, si bien con alcance propio y diverso en unos y otros, el designio del legislador de conferir profesionalidad, calidad de profesional, a la administración concursal.

El examen de estas excepciones, de indudable interés, ha de quedar aplazado para otra ocasión.

(1) Principales instituciones del derecho de la insolvencia (referencia DER2008-05874-C02-01/JURI).