

Conferencia impartida por Jesús Riesco Milla en las Jornadas de Derecho Concursal organizadas por la Escuela de Práctica Jurídica del Principado de Asturias en julio de 2009

I. INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO.

El día 1 de abril pasado, entró en vigor el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que afecta a 50 artículos de la Ley Concursal, que, como saben, entró en vigor hace apenas 4 años, revisión coyuntural y parcial que se justifica, según se puede leer en su escueta Exposición de Motivos en la necesidad de dar una respuesta a la inadecuación de las previsiones de la Ley, detectadas como consecuencia de la crisis financiera internacional y que tiene como principales objetivos facilitar la refinanciación de las empresas, agilizar los trámites procesales del concurso, reducir los costes de su tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de las empresas concursadas.

La doctrina más autorizada, y me remito a las conclusiones del I Congreso Español del derecho de la insolvencia que se celebró en Gijón en el mes de abril pasado, publicadas en el último Anuario de Derecho Concursal, considera insuficiente la reforma, y si bien es cierto que valora positivamente alguna de sus soluciones, califica otras de apresuradas o técnicamente imprecisas, insistiendo en la urgencia de acometer una profunda revisión de las concepciones básicas del derecho de la insolvencia a fin de convertirlo, superando de una vez por todas el estigma del concurso, en un eficaz instrumento para afrontar con eficacia las crisis empresariales, lo que no

está sucediendo actualmente, ni tampoco cuando entró en vigor de la Ley, en un momento en el que la crisis económica actual ni siquiera se había anticipado. El fracaso de la Ley Concursal, anunciado por muchos antes de que entrase en vigor, es hoy una realidad incontestable.

La necesidad de la reforma no es, pues, discutible, pero sí el cauce escogido, su alcance, su falta de armonía, su imprecisión técnica, y que se haya hurtado a la Comisión General de Codificación la posibilidad de participar en su elaboración, generando un evidente desequilibrio entre los diferentes intereses que confluyen en el concurso, siendo un rumor extendido en los foros concernidos que este apresurado parche es un traje a medida para neutralizar las posibles acciones de reintegración frente a los pactos de refinanciación formalizados por una importante entidad financiera con la empresa MARTINSA FADESA.

De hecho, uno de los efectos inmediatos de la entrada en vigor del Real Decreto Ley es la elusión de las empresas del proceso concursal a través de pactos de refinanciación con las entidades financieras, lo cual desvirtúa la finalidad de la Ley, y no resuelve el problema más que a corto plazo. Teniendo en cuenta la incertidumbre sobre la fecha de superación de la crisis económica, no es forzado pensar que a corto plazo, dos años a lo sumo, todos estos pactos bendecidos por la reforma, resultarán incumplidos y se producirá una avalancha de concursos de empresas en mucho peores condiciones que las que tenían cuando consiguieron superar ese primer hito con pactos paraconcursales con los acreedores más fuertes.

En cualquier caso, pese al juicio crítico que pueda merecer la reforma, lo cierto es que la nueva regulación es de aplicación, en lo que hace referencia

a la liquidación anticipada a todos aquellos concursos que estuvieran en tramitación en el momento de su entrada en vigor (el 1 de abril pasado), siempre y cuando no se hubiese presentado aún el informe de la administración concursal, y, en lo que hace referencia y ello nos exige ahondar en su interpretación, si bien con espíritu crítico y con la esperanza de que en la reforma integral de la Ley, anunciada estos días por el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia para el año 2010, tenga en cuenta las propuestas de revisión exigidas por todos los sectores implicados.

II. LA LIQUIDACIÓN ANTICIPADA

El nuevo art. 142 bis de la Ley Concursal admite la posibilidad de que el deudor presente una propuesta anticipada de liquidación hasta los 15 días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal (75), con independencia de que posteriormente se formulen impugnaciones al inventario o a la lista de acreedores. La liquidación se anticipa, por tanto, a la conclusión de la fase común con la finalidad de evitar el deterioro de la masa activa.

1. El plazo para presentar la propuesta

El Real Decreto Ley no precisa a partir de qué momento puede presentarse la propuesta anticipada de liquidación por el deudor, por lo que entendemos que puede hacerlo en la propia solicitud de concurso voluntario, conforme

autoriza el art. 142.1.1º, en relación con el art. 6.4, para la liquidación ordinaria.

No existe ningún motivo que justifique, a nuestro juicio, que se establezca un plazo máximo para la presentación de la propuesta, de 15 días contados a partir de la presentación del informe de la administración concursal (art. 75), vedando la posibilidad de que el deudor la presente una vez abierta la fase de convenio o de liquidación.

A nuestro juicio no cabe revocar la propuesta de liquidación anticipada, na vez presentada, lo que sí es posible en la liquidación ordinaria, ya que ello no se cohonestaría con la finalidad de la misma, esto es, agilizar el procedimiento y reducir sus costes, convirtiendo inútiles las actuaciones ya iniciadas como consecuencia de la misma.

2. Legitimación

La principal novedad de la institución radica en que la legitimación para formular la propuesta se le atribuye en exclusiva al deudor, incluso en el supuesto de sustitución de sus facultades de administración y disposición, sin perjuicio de su posible modificación por el juez, de oficio o a propuesta de la administración concursal, a diferencia de lo que sucede en la liquidación ordinaria, en que esa facultad es exclusiva de la administración concursal.

Admitiendo, lo que también resulta discutible, que debe de ser el deudor quien quien opte por una solución del concurso a través del convenio o de la liquidación, entendemos que debería de haberse facultado a la

administración concursal para interesar en interés del concurso la anticipación de la liquidación ordinaria solicitada por el deudor.

En otro orden de cosas, cabe preguntarse si, como sucede en la liquidación ordinaria (art. 1421.3º), puede presentar la propuesta el deudor que haya presentado y mantenga una propuesta anticipada de convenio. El art. 142 bis nada dice al respecto, por lo que entendemos que sí puede hacerlo, y ello habida cuenta que dicho precepto dispone que el acuerdo de apertura de la fase de liquidación deja sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas, cuya tramitación, además, no consume ni tiempo, ni genera gastos al concurso. Lo que sí parece claro es que no pueden mantenerse simultáneamente ambas propuestas.

3. El plan de liquidación

Aunque el Real Decreto Ley no lo disponga expresamente, entendemos que el deudor debe de acompañar a su propuesta, tanto si la presenta con la solicitud de concurso, como si lo hace posteriormente, un plan de liquidación, que deberá de ser sometido a la evaluación o propuesta de modificación de la administración concursal, a las observaciones de las partes personadas y demás interesados y a la aprobación del juez del concurso.

Si bien es cierto que la libertad de configuración de las operaciones de liquidación es muy amplia, con la única excepción de la prohibición de la adquisición de bienes y derechos de la masa activa por la administración concursal (art. 15), es discutible si le es de aplicación el art. 100, que regula

el contenido del convenio, y que prohíbe la posibilidad de una adjudicación en pago o para pago a los acreedores.

Entendemos que el art. 148, referido a la liquidación ordinaria, y que establece que el plan de liquidación que presente la administración concursal debe de contemplar, siempre que sea factible –concepto jurídico indeterminado que se refiere al interés del concurso y obtención del mayor valor posible-, la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos, es también aplicable a la liquidación anticipada.

En otro orden de cosas, si a la propuesta de liquidación anticipada se acompaña una solicitud de cese de actividad, se permitirá al deudor instar la interrupción de su actividad empresarial, aún cuando tenga suspendidas en sus facultades de administración y disposición, lo que contradice el art. 44.4, que otorga esa facultad a la administración concursal y que exige la audiencia de los representantes de los trabajadores.

Con las salvedades expuestas, la liquidación anticipada supone admitir la liquidación de la masa activa como forma solutoria del concurso que, a diferencia del convenio –que prohíbe tal posibilidad-, está sujeta al control judicial y a la previa evaluación de la administración concursal y sanción del juez del concurso. De estar en lo cierto, puede afirmarse que la liquidación anticipada debidamente negociada con los distintos sectores implicados y sin necesidad de sujetarse al régimen de mayorías para la aprobación del convenio puede constituir un instrumento idóneo para obtener los resultados de los convenios de liquidación tradicionales, actualmente prohibidos.

4. La anticipación de la liquidación cuando no haya habido impugnaciones

Debe de advertirse que en el supuesto de que no se planteen impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores el tiempo que se gana con la liquidación anticipada respecto a la ordinaria es mínimo.

En la liquidación ordinaria, si no hay impugnaciones el juez del concurso debe de dictar auto de apertura de la fase de liquidación en un plazo de 15 días (art. 142.2).

En la liquidación anticipada, la propuesta debe de someterse a la evaluación de la administración concursal, que debe de presentarse antes de la emisión del informe o, si la propuesta es posterior a la emisión del informe, en el plazo de los diez días siguientes al del preceptivo traslado de la misma, y debe de respetarse además el plazo de 10 días en que las partes personadas y demás interesados pueden formular observaciones a la propuesta, plazo que se contará desde la publicación en el Registro de Publicidad Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado (art. 142 bis 1), dándose además la paradoja de que la Ley no se contempla ningún plazo para que el juez del concurso dicte auto acordando la apertura de la liquidación.

Cuando se hayan formulado impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores y el juez del concurso rechace el plan de liquidación anticipada, será necesario esperar a que concluya la fase común, y, en ese momento, dictarse auto de apertura de la fase de liquidación, por haberla pedido el

deudor (142.2), correspondiendo a la administración concursal el deber de presentar un nuevo plan de liquidación en el plazo de 15 días (148).

Sin embargo, si no ha habido impugnaciones, lo lógico es que el rechazo de la solicitud de liquidación anticipada vaya acompañado de la apertura de la fase de liquidación, que deberá de regirse por las normas supletorias del art. 149, pues no tiene sentido que la administración pueda proponer un plan de liquidación cuando ha podido formular modificaciones a la propuesta del deudor o, habiéndolas formulado, éstas han sido rechazadas en el mismo auto que acuerda la apertura de la fase de liquidación.

Si la anticipación en la liquidación tiene como fin evitar una depreciación de la masa activa del concurso como consecuencia en la demora de la tramitación de la fase común, no se entiende porqué no se ha previsto que toda solicitud de liquidación anterior a la conclusión de la fase común sea considerada como liquidación anticipada y/o que la administración concursal tenga facultades para solicitar el carácter anticipado de la liquidación instada por el deudor antes de la fase común y porqué no se ha permitido, en definitiva, que la liquidación anticipada se tramite de forma simultánea y coexista con la fase común sin necesidad de esperar como mínimo a la emisión del informe de la administración concursal (art. 75). El riesgo no se produce en función del momento en que se liquidan los activos –que sí es determinante, en muchos casos, del mejor precio o valor de los mismos- sino en el momento en que se pagan los créditos.

La práctica nos demuestra que en aquellos concursos en los que existe un riesgo de depreciación de la masa de activos ociosos se sortea la liquidación y se procede a su venta directa por la vía del art. 43.2, si bien teniendo en

cuenta lo dispuesto en el art.155.4, cuando se trate de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial.

Quiero hacer un inciso en este punto, para mencionar un interesante auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 30 de abril de 2009, que autoriza la venta directa de una nave afecta, purgando todos los embargos y cargas anotados en su folio registral, salvo la inscripción de hipoteca de primer rango, rechazando la impugnación de la AEAT por considerar que contraviene su conducta procesal anterior en ese procedimiento y en otros tramitados ante el mismo órgano judicial.

5. La tramitación de la solicitud

La tramitación de la propuesta de liquidación anticipada depende de que se presente antes o después de la emisión del informe, lo que determina el momento en que la administración concursal debe de presentar su informe de evaluación y el momento en que podrán formularse observaciones a la misma.

En el primer caso, el juez dará traslado de la propuesta a la administración concursal para que proceda a su evaluación y, en su caso, proponga modificaciones a la misma antes de la presentación del informe regulado en el art. 75. No se prevé el establecimiento de un plazo mínimo para la evaluación de la propuesta cuando ésta sea inmediata al vencimiento del plazo de presentación del informe, lo que puede ocasionar problemas prácticos, que tal vez puedan salvarse mediante la concesión de una prórroga mínima o la suspensión del plazo de emisión por causas de fuerza mayor, solución esta admitida, por ejemplo, en el concurso de Air Madrid.

Los sujetos que se hubieran personado en el procedimiento, así como los demás interesados, podrán formular observaciones a la propuesta del deudor (art. 142 *bis* pár. 3º) en un plazo de 10 días desde que notificación (si están personados) o desde que se publique en el Registro de Publicidad Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado (si no están personados).

La legitimación para formular observaciones es más amplia en la liquidación anticipada que en la liquidación ordinaria, en la que únicamente están facultados el deudor y los acreedores concursales (art. 148), lo cual tiene sentido porque puede haber acreedores no reconocidos en el informe que, además de impugnar la lista, tengan interés en formular observaciones al plan de liquidación.

En otro orden de cosas, aunque al regular el trámite de audiencia para observaciones el art. 142 *bis*.1 se remite al art. 96, entendemos que sólo se refiere al plazo y condiciones y no a que deba de seguirse el trámite incidental, y así lo corrobora el hecho de que su rechazo o aprobación se haga mediante auto (142 *bis*) y no por medio de sentencia, no teniendo mucho sentido que la anticipación de la liquidación como solución a la demora de las impugnaciones en la fase común se someta al mismo cauce procesal que éstas.

Si la propuesta de liquidación anticipada se presenta con posterioridad a la emisión del informe de la administración concursal, el juez dará traslado a ésta para que proceda a su evaluación o propuesta de modificación en el plazo de los 10 días siguientes, abriéndose un plazo para formulación de observaciones, que se computará desde la notificación o desde la última de

las publicaciones de la propuesta de liquidación anticipada y el informe de evaluación de la administración concursal.

6. Liquidación anticipada que implique una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la extinción o suspensión colectiva de las relaciones laborales.

Aunque el art. 142 bis guarde silencio al respecto, el plan de liquidación anticipada que prevea la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la extinción o suspensión colectiva de las relaciones laborales tiene que someterse necesariamente al informe de los representantes de los trabajadores, y deberá de darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 64, es decir, una expresa resolución del juez por medio de auto en el plazo de 5 días, una vez celebrado el período de consultas entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal (entre 15 y 30 días en función del tamaño de la empresa) y una vez recabado el preceptivo informe de la autoridad laboral, que deberá de ser emitido en un plazo de 15 días.

Los plazos del art. 64 pueden demorar considerablemente la anticipación de la liquidación o incluso imposibilitarla. El art. 64.3 establece que las medidas sólo podrán solicitarse tras la emisión del informe. Si la finalidad de la anticipación de la liquidación es evitar la demora que puede suponer la tramitación de la fase común, la solicitud de iniciación del procedimiento del art. 64, una vez emitido el informe de la administración, puede comportar una nueva demora de hasta 50 días, antes de lograr la aprobación de la propuesta anticipada de liquidación.

Es cierto que el propio art. 64.3 admite una excepción por la que se puede anticipar el momento para instar las medidas al momento en que se dicte auto declarando el concurso, pero no está vinculada a las razones que justifican la anticipación de la liquidación, evitar la depreciación de la masa y agilizar los trámites, sino a la viabilidad de la empresa y la garantía del empleo, que son incompatibles con la liquidación.

Si el deudor solicita su liquidación con la solicitud del concurso, su propuesta de plan de liquidación no podría, en principio, incluir las medidas previstas en el art. 64, cuyo número 3 impide que, en ningún caso, puedan solicitarse antes del auto de declaración del concurso. En nuestra opinión, la interpretación literal debe de ser superada, pues lo que el legislador ha querido establecer en el art. 64.3 es que no pueda iniciarse en ningún caso el período de consultas, pero no presentarse la solicitud.

Por otro lado, dado que la aprobación de la anticipación de la liquidación no puede llevarse a cabo sino una vez emitido el informe, parece más oportuno que la solicitud de las medidas del art. 64 se realice al margen de la liquidación anticipada.

Hubiera sido conveniente que el legislador hubiera abordado y coordinado las previsiones del art. 64 con el nuevo art. 142 *bis*, evitando las incertidumbres que genera la actual regulación.

7. La decisión del juez del concurso

El art. 142 bis se limita a señalar que el juez resolverá mediante auto, aprobar o rechazar la liquidación anticipada teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 149 y los intereses del concurso, bien en los términos propuestos, bien introduciendo modificaciones a la misma.

La remisión al art. 149 es sorprendente, pues este artículo no contiene criterios que puedan orientar la decisión del juez. Para dotar de sentido a la remisión, podría entenderse que el rechazo del plan o de las propuestas de modificación, conduciría la apertura de la liquidación conforme a las normas supletorias del art. 149, pero para ello sería preciso corregir el inciso que vincula la apertura de la liquidación anticipada a la aprobación del plan de liquidación, interpretación que posiblemente sea la que se imponga por ser la más coherente con el interés del concurso.

La referencia a los intereses del concurso, que se identifica con la mejor satisfacción de los acreedores viene a convertirse, pues, en el criterio que debe de presidir la decisión judicial.

Es criticable que, a diferencia de lo que sucede en la liquidación ordinaria (148.2) el juez tiene que decidir sin poder solicitar un nuevo informe a la administración concursal a la vista de las observaciones formuladas por las partes personadas y demás interesados.

8. El auto decisorio: efectos y recursos

El auto que apruebe la liquidación anticipada acordará la apertura de la fase de liquidación con los efectos previstos en los arts. 144 a 147.

Contra el auto que apruebe la liquidación anticipada puede interponerse recurso de apelación con los efectos previstos en el art. 98, es decir, de apelación más próxima, efecto que no parece extensible al auto que la rechace al utilizarse el adjetivo demostrativo “éste” para referirse únicamente al primer supuesto. En consecuencia, cntra el auto que rechace la liquidación, sólo podrá recurrirse en reposición (art. 197.2), sin perjuicio de reproducir la impugnación en la apelación más próxima (art. 197.3), lo cual no tiene mucho sentido, pues esa resolución sería la que pone fin a la fase común y recaería con posterioridad a la apertura de la liquidación ordinaria.

9. El pago a los acreedores

Ejecutadas las operaciones de liquidación, deberá de procederse al pago de los acreedores, que se ajustará a lo establecido en los arts. 154 y siguientes, siendo aconsejable que no se inicien los pagos hasta que se resuelva las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, salvo que se trate de créditos contra la masa o con privilegio especial (en este caso con el producto obtenido por la realización de los bienes afectos) cuya calificación e importe no hayan sido impugnados en tiempo y forma.

Sin embargo, el art. 142 bis admite la posibilidad de que el juez autorice pagos anticipados antes de que concluya la fase común, siempre que, y así

lo dicte literalmente el precepto, se adopten medidas cautelares que aseguren su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.

La redacción no podría ser más desafortunada. En primer lugar, lo que se debe de garantizar no es la liquidación que se anticipa, sino la restitución de los créditos percibidos anticipadamente que proceda como consecuencia de las resoluciones que pongan fin a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores.

En segundo lugar, se emplea de forma inadecuada el término “medidas cautelares”, que tienen como finalidad garantizar la eficacia de un pronunciamiento ante el peligro de la mora procesal y cuya solicitud corresponde a los sujetos que hayan impugnado el inventario o la lista de acreedores, cuando lo que realmente se exige es que se constituyan garantías, cauciones o avales por el acreedor que cobre anticipadamente que garanticen la restitución de lo cobrado, si a ello hubiera lugar.

La regla de anticipación de los pagos del art. 142 bis no es coincidente con la que se contiene en el art. 157.1, que admite con carácter excepcional la posibilidad de anticipar el pago de créditos ordinarios a los créditos contra la masa o con privilegio, pero nada impide que en una liquidación anticipada se proponga la anticipación al amparo de ambos preceptos de un crédito ordinario.

Aunque la ley guarda silencio al respecto, entendemos que la legitimación para solicitar la anticipación del pago de créditos corresponde a la

administración concursal, salvo que se trate de créditos contra la masa o créditos reconocidos con privilegio especial en el informe inicial que no hayan sido impugnados y no hayan podido iniciar o proseguir con la ejecución sobre el bien afecto, bien entendido que hasta el límite de la responsabilidad pactado con la garantía del bien, en cuyo caso, ningún inconveniente habría en admitir la legitimación del acreedor.

En los demás supuestos consideramos que el juez debe de exigir en todo caso al acreedor que cobre anticipadamente la constitución de una garantía de restitución del importe percibido con sus intereses, y que sólo podrá autorizarse el pago anticipado cuando los créditos de mejor condición o rango esté cubierto o garantizado.

La solicitud de autorización para la anticipación del pago de ciertos créditos deberá de ser solicitada al juez del concurso por la administración concursal, salvo los casos en que, excepcionalmente, pueda ser solicitada por determinados acreedores. El procedimiento será el regulado en el art. 188, esto es, se dará traslado de la solicitud a todas las partes que deban de ser oídas por un plazo mínimo de 3 días y máximo de 10. El juez resolverá mediante auto contra el que únicamente cabe recurso de reposición (el RDL suprime la posibilidad de plantear incidente concursal).

La sentencia que estime alguna de las impugnaciones sobre el reconocimiento o clasificación del crédito satisfecho anticipadamente deberá de ordenar la ejecución del aval por el importe íntegro adelantado, en el caso de que se revoque el reconocimiento del crédito, o por la cantidad que corresponda en el caso de que sólo se varíe su clasificación y la cantidad

retenida por la administración concursal no sea suficiente para atender al pago de los créditos preferentes.

10. La anticipación de la liquidación y la impugnación del inventario

El nuevo art. 142 bis permite anticipar la liquidación a la resolución de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores. El pago, en cambio, se retrasa con carácter general al momento en que se hubiera confeccionado la lista definitiva de acreedores.

En la liquidación anticipada puede interferir el ejercicio por terceros del derecho de separación. Esa interferencia puede producirse cuando la administración reconozca el derecho de un tercero a la separación de un bien o derecho de su titularidad de la masa activa (art. 80.1). Si el bien se hubiera incluido por el deudor en su plan de liquidación, la administración concursal en su informe de evaluación deberá de formular una propuesta de modificación del plan.

Pero la interferencia puede alcanzar una mayor intensidad cuando la administración concursal no haya reconocido al tercero el derecho de separación, ya que éste podrá plantear un incidente concursal (art. 80.2), que no suspenderá la liquidación anticipada. En estos casos, entendemos que quien ejerce el derecho de separación podrá solicitar al juez del concurso la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad del pronunciamiento que pueda recaer en su impugnación en el supuesto de enajenación del activo afectado de forma irrevocable. Dicha medida no podrá consistir en una anotación preventiva de la demanda, pues sería

posterior a las que fueran consecuencia de la declaración del concurso y, por lo tanto, no privaría de la condición de tercero de buena fe al adquirente. Tampoco puede consistir en medidas como el depósito o el secuestro del bien cuya separación se discute pues el riesgo que se trata de conjurar no proviene de terceros, sino del propio desarrollo de la actividad liquidatoria. Tal vez lo más eficaz sea la suspensión cautelar de la liquidación respecto al bien concreto al amparo de lo dispuesto en el art. 726 de la LEC, debiendo el interesado prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de esa medida cautelar pudiera causar a la masa en el concurso.

II. LA RETRIBUCIÓN EFECTIVA DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES.

El Real Decreto ley 3/2009, en su afán de reducir los costes del procedimiento y agilizar sus trámites, introduce modificaciones en la ley que afectan de forma esencial al estatuto de los administradores concursales y su retribución, especialmente, del administrador abogado, incluyendo entre sus funciones la dirección técnica de todos los recursos e incidentes sin excepción en los que intervenga dicho órgano, lo que pone fin a la polémica surgida en relación a la interpretación del apartado 5 del art. 184 de la Ley, en su redacción anterior a la reforma, de la que son un claro exponente la Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de diciembre de 1998, que estima la impugnación presentada por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración

Tributaria, y acuerda excluir de una tasación de costas los honorarios minutados por el abogado miembro de la administración concursal por la dirección técnica de dicho órgano en un incidente tramitado en primera instancia en el seno del concurso, considerando que esa actuación profesional está comprendida en sus funciones como administrador y, consecuentemente, que sus honorarios están incluidos en la retribución que le corresponde de acuerdo con el arancel aprobado en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, siguiendo el criterio contrario las sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, de 16 de enero de 2005, y los autos del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo de 25 de abril de 2006 y 12 de enero de 2007, en el sentido de considerar que el abogado miembro de la administración concursal -ya sea el componente de la administración trimembre (art. 27), ya se trate de un administrador concursal único (art. 191.2)- tiene derecho a percibir con cargo a la masa activa los honorarios -no derechos arancelarios- que devengue por la dirección técnica y defensa de la administración concursal en los incidentes en que ésta intervenga durante la tramitación del concurso.

Las modificaciones aprobadas con la finalidad de reducir los costes del procedimiento que afectan directa o indirectamente a la retribución de la administración concursal son las siguientes:

1º Se modifica el apartado 5 del artículo 184, de aplicación inmediata a todos los procedimientos concursales en trámite (solución de derecho transitorio absolutamete discutible), estableciendo que cuando la administración concursal intervenga en recursos e incidentes deberá de hacerlo asistida de abogado (coincidiendo con la redacción original) y que la dirección técnica, no sólo de los recursos, sino también de los incidentes, se entiende incluida

sin excepciones entre las funciones del letrado miembro de la administración concursal, sin perjuicio, claro está, de la posible delegación de esa función concreta en abogados externos en calidad de auxiliares -necesaria en el supuesto de administrador único no abogado-, cuya retribución, eso sí, correrá a cargo de la administración concursal y precisará de la autorización del juez del concurso (art. 32.2).

La opción entre la delegación de esa función a un abogado externo o su asunción por el abogado miembro de la administración concursal no tendrá consecuencias para la masa activa del concurso, pero sí para los administradores concursales en conjunto o para el abogado administrador individualmente. En el supuesto de delegación, los honorarios del abogado externo serán a cargo de la retribución de los administradores a prorrata de sus retribuciones. Si es el abogado miembro de la administración concursal quien asume personalmente la defensa de dicho órgano, no obtendrá ninguna compensación económica por esa actuación.

A partir de ahora, no será infrecuente que en el seno del órgano de administración surjan conflictos, y que los dos administradores no abogados decidan por mayoría y en defensa de su interés, que sea el miembro que reúne la condición de abogado quien dirija las actuaciones procesales personalmente o que los honorarios del abogado externo se descuenten directamente de su retribución. Es más, en el supuesto de administrador único abogado, éste podría optar en defensa de sus intereses y en contra de los del concurso, por asumir personalmente la dirección de todas las actuaciones procesales, incluso de aquellas relacionadas con ámbitos del derecho con los que no está familiarizado (piénsese, por ejemplo, en un

abogado especializado en derecho mercantil en relación a incidentes en los que se planteen cuestiones de naturaleza laboral, fiscal o administrativa).

2º Se modifica el apartado 2 del art. 34, que establece la regla de la exclusividad, limitando las cantidades que pueden percibir los administradores concursales por su intervención en el concurso a las que resulten de la aplicación del arancel, garantizando además una retribución mínima en aquellos concursos en los que la masa sea insuficiente¹ a través de una cuenta que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales, que se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban en los concursos en los que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.

3º Se incluye un apartado 3 en el art. 83, que establece que los honorarios de los expertos independientes serán a cargo de la retribución de los administradores.

4º Se modifica el art. 190 de la Ley, elevando de un millón de euros a diez millones de euros la cifra del pasivo, según la estimación inicial del deudor, para la aplicación no ya potestativa, sino necesaria, del procedimiento abreviado, manteniendo la exigencia de que el deudor esté autorizado a presentar balance abreviado y la redacción original del art. 191, cuyo apartado 2 contempla la posibilidad de que el juez que conoce del concurso designe como excepción y por motivos especiales que lo justifiquen una administración trimembre.

¹ Algunos Juzgados, con sentido eminentemente práctico, pero muy discutible, no han admitido a trámite las solicitudes de deudores con masa activa insuficiente para atender a los gastos del concurso.

En las conclusiones del I Congreso Español de la Insolvencia celebrado en Gijón los días 16, 17 y 18 de abril, se hace expresa mención a estas modificaciones en los siguientes términos: *“El Congreso Español de Derecho de la Insolvencia valora positivamente la nueva regulación de la publicidad del concurso, la ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado (aunque considera desproporcionada la nueva cifra de pasivo fijada) y algunas modificaciones concretas (destacadamente, la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo para la impugnación de la lista de acreedores), por lo que supone de reducción de costes – económicos y temporales- del concurso. Es de lamentar, sin embargo, que esa reducción de costes se haya hecho casi exclusivamente a costa de la administración concursal y, en especial, del miembro letrado ...”*.

Llama poderosamente la atención que el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña en un incidente tramitado como pieza separada en el concurso de MARTINSA-FADESA dictó un auto, de fecha 31 de marzo de 2009, es decir, el mismo día en que se publicó el Real Decreto Ley 3/2009 y un día antes de que entrase en vigor, en el que, revisando su criterio -expuesto en las sentencia, ya citada, de 16 de enero de 2005- aplica la nueva regulación, denegando la inclusión como créditos contra la masa de los honorarios devengados por la dirección letrada de los incidentes en los que sea parte la administración concursal.

Es sorprendente, al margen de la justicia del caso concreto, que el juzgado no esperase siquiera a que la reforma entrase en vigor para aplicar la nueva regulación, y es muy significativo que la solicitud deducida por la administración del concurso el 16 de octubre de 2008 se haya resuelto el

mismo día en que se publica una norma que regula expresamente la cuestión planteada en dicha solicitud, revisando del criterio mantenido por el propio Juzgado en una resolución anterior.

Es más que un rumor la opinión generalizada de los sectores implicados que la reforma no atiende por igual todos los intereses en conflicto, *"sino que – utilizando las palabras del profesor Beltrán- parece pensar en algunos acreedores prevalentes, y no siempre parece perseguir realmente el interés del concurso"* .

III. CONCLUSIONES

Nadie discute la necesidad de la reforma, sugerida incluso antes de la promulgación de la Ley, lo que sí resulta discutible es que haya atendido principalmente a los intereses de determinados acreedores con capacidad de presión, como son las entidades financieras (protección de los acuerdos de refinanciación) y las administraciones públicas (protección de sus créditos), que establezca de forma indiscriminada soluciones pensadas para los macroconcursos, que no llegan al diez por ciento de los que se declaran en España, y que pretenda reducir los costes del procedimiento exigiendo un mayor sacrificio a los profesionales que desempeñen el cargo de administrador concursal, que han invertido tiempo y dinero en su preparación, multidisciplinar y altamente especializada, disminuyendo su retribución e incrementando notablemente sus funciones y responsabilidades.

En efecto, la modificación del sistema de retribución de la administración concursal supone gravarla con los honorarios de los expertos independientes -además de los de los auxiliares delegados- con los gastos suplidos (a diferencia de lo que sucede en el derecho comparado)², con la dotación porcentual para la cuenta de retribución mínima de administradores concursales y con los honorarios de los abogados que dirijan técnicamente y por delegación los recursos e incidentes concursales en defensa de dicho órgano, salvo que esa defensa la asuma el abogado miembro de la administración concursal sin compensación económica y en beneficio de la masa activa y de los acreedores, rompiéndose de esta forma el necesario equilibrio de las funciones de los miembros de dicho órgano, que justifica la regla de identidad de la norma arancelaria.

La consecuencia inmediata de la reforma, será, la disminución de la retribución de la administración concursal a pesar del incremento de sus funciones y responsabilidades en general -por la ampliación del umbral del procedimiento abreviado (concentración de todas las funciones en un solo administrador, como regla general, y reducción de los plazos de presentación del informe), y, en particular, para el abogado miembro de dicho órgano, por la atribución específica de la dirección técnica de recursos e incidentes sin excepción.

Es más, la generalización del procedimiento abreviado como cauce de tramitación de los concursos afectará a la carga de trabajo de los juzgados, actualmente saturados y que se ven incapaces de cumplir con los plazos previstos en la Ley para el procedimiento ordinario, y así lo advirtió el titular del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, el lltmo. Sr. Don Alfonso

² El derecho italiano, alemán y portugués.

Muñoz Paredes, en el I Congreso Español del Derecho de la Insolvencia, celebrado en Gijón los días 16, 17 y 18 de abril de 2009.

La consecuencia mediata será la devaluación del cargo de administrador concursal, que perderá atractivo para los profesionales más cualificados, que podrán ser apartados de las listas correspondientes (art. 29.2) no sólo por la falta de incentivos económicos, sino también por la complejidad y responsabilidades inherentes al mismo, contraviniendo el postulado fundamental del arancel aprobado en virtud del Real Decreto 1860/2004, esto es, buscar el justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto y la proporción respecto a la dificultad de las tareas encomendadas y que profesionales de calidad tengan suficiente motivación para desempeñar el cargo de administradores concursales, y también el objetivo de la Ley Concursal al diseñar la composición subjetiva y cualificación del órgano de administración del concurso procurando que sus miembros realicen directamente y en la medida de lo posible el mayor número de funciones y actos para los que estén capacitados, pero no de forma gratuita y con quebranto patrimonial, porque no se debe de olvidar que la retribución de los administradores tiene una doble función: es la contraprestación por las obligaciones que se asumen al aceptar el cargo y es la garantía de que lo ejercen en condiciones de objetividad e imparcialidad.

Si tenemos en cuenta la cifra media del activo y pasivo de los concursos declarados en el año 2007, la retribución media de cada administrador concursal en la fase común vendría a ser de unos 35.000 euros (Muy alejada de los 4 millones de euros, a que asciende -según la prensa- la retribución de cada uno de los administradores de martinsa-fadesa en la fase común), cuya percepción íntegra no estaría además asegurada, pues la experiencia

nos demuestra que la mayoría de los concursos acaban en liquidación y que la masa activa se agota por la falta de actividad de las empresas³, pudiendo darse el caso de que los administradores tengan que afrontar gastos por cuenta de la deudora en el ejercicio de sus funciones.

No se entiende, en otro orden de cosas, que no se haya previsto al menos la posibilidad de repercutir los honorarios de los incidentes y recursos en el caso de condena en costas de la parte contraria, tanto en el supuesto de delegación en un letrado externo -en que sí existe un crédito por honorarios a cargo de la administración concursal-, como en el de asunción personal por el abogado administrador de esa tarea, propiciando una indeseable litigiosidad en el seno del concurso -pues no es lo mismo litigar asumiendo una posible condena en costas, que hacerlo sin ese condicionante-, que pone en peligro la consecución de uno de los principales objetivos de la reforma: la reducción de la duración del procedimiento.

La circunstancia de que los honorarios de expertos independientes y auxiliares delegados sean a cargo de la administración concursal condicionará, qué duda cabe, las decisiones de dicho órgano a la hora de recabar informes para la valoración de los activos del deudor o a la hora de adoptar acuerdos respecto al ejercicio de acciones o su defensa frente a las mismas.

En lo que hace referencia a la cuenta de garantía de las retribuciones mínimas de la administración concursal en concursos con masa activa insuficiente entendemos que debería de ser el Estado el que asumiera su

³ De acuerdo con la Estadística Concursal 2007, citada en la nota 36, el 92,2% de los concursos declarados en España el año 2007 terminaron en liquidación.

dotación, solución que se contempla en el Derecho comparado, que fue defendida por la doctrina durante los trabajos pre-legislativos que condujeron a la Ley Concursal, y que estaría plenamente justificada, porque estamos hablando de la retribución de un órgano del concurso, que actúa como auxiliar del juez, en un procedimiento, el concursal, cuya tramitación presenta en la mayoría de las ocasiones un interés social, un interés público que trasciende al de los directamente implicados en el mismo y que hace indeseable el que un profesional que desarrolla una actividad onerosa pueda quedar sin percibir retribución alguna.

Creemos que el que reglamento que reforme el arancel de la retribución de los administradores concursales (art. 34.2) debería de incluir una previsión análoga a la del actual art. 11, es decir, establecer cantidades complementarias porcentuales que incentiven el éxito de las acciones ejercitadas por la administración concursal que supongan el incremento de la masa activa o la reducción de la masa pasiva, y que debería de revisar los principales criterios de cálculo de la retribución (activo y pasivo del deudor) y, sobre todo, la prevalencia de esas magnitudes entre sí, intentando establecer criterios definidos, que, reduciendo las facultades discrecionales de los jueces, tengan en cuenta la complejidad del concurso y de las funciones encomendadas a la administración concursal.

Finalmente, sería deseable, lo que exigiría la reforma de la Ley, que se estableciera la preferencia de la retribución mínima que reglamentariamente se establezca sobre los restantes créditos contra la masa al margen de la fecha de su vencimiento o, que se haga coincidir éste con la fecha de declaración del concurso, que se revisase a la baja la cifra de pasivo delimitadora del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado y que se

concedieran facultades discrecionales a los jueces para aplicar el procedimiento ordinario con independencia de la cifra de pasivo cuando, según su criterio, así lo demandase el interés el concurso, su complejidad o sus particularidades.

Antes de concluir, quiero mencionar, por su relación, siquiera indirecta con la cuestión que ahora nos ocupa, la sentencia dictada por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de octubre de 2008, que declara la ineficacia de un pacto formalizado entre el abogado instante del concurso y el deudor, por estimar que es perjudicial para la masa activa, acordando que reintegre la provisión percibida por la redacción y presentación de la solicitud del concurso, considerando aplicable la presunción *iuris tantum* establecida en el art. 71.2, que se refiere a los paos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento sea posterior a la declaración del concurso.